

Vergaderjaar 2001–2002

**28 337**

## **Regels met betrekking tot ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht (Wet internationale misdrijven)**

**Nr. 3**

### **MEMORIE VAN TOELICHTING**

#### **1. Inleiding: doelstellingen en inhoud van het wetsvoorstel**

Dit wetsvoorstel roept een Wet internationale misdrijven in het leven. Deze wet vervangt de Uitvoeringswet genocideverdrag en de Uitvoeringswet folteringverdrag. Voorts wordt een deel van de Wet Oorlogsstrafrecht overgeheveld naar de nieuwe wet. Daarnaast zijn de strafbaar gestelde handelingen uit het Tweede Protocol bij het Verdrag van 's-Gravenhage van 1954 inzake de bescherming van culturele goederen in geval van gewapend conflict (26 maart 1999, Trb. 1999, 107) opgenomen.

De voorgestelde Wet internationale misdrijven is een brede wet, strafbaar stellende «de ernstigste misdrijven die de gehele internationale gemeenschap met zorg vervullen» (preambule van het Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof, 17 juli 1998, Trb. 2000, nr. 120; hierna ook wel: het Statuut van het Strafhof). Het gaat hier om het misdrijf genocide, misdrijven tegen de menselijkheid, foltering en oorlogsmisdrijven. De nieuwe wet vestigt voorts ter zake van deze misdrijven ruime extra-territoriale jurisdictie voor de Nederlandse rechter, deels gebaseerd op het universaliteitsbeginsel. Zij bevat tot slot een aantal noodzakelijke voorzieningen van materieel-strafrechtelijke en strafprocesrechtelijke aard, waaronder de aanwijzing van de (relatief) competente rechter. Aanleiding voor deze wetswijziging is de totstandkoming van het bovengenoemde Statuut van het Internationaal Strafhof. Dit verdrag roept een supranationaal strafgerecht in het leven dat bevoegd is ter zake van genocide, misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven. Vestigingsplaats van dit Internationaal Strafhof zal zijn Den Haag. Het Statuut treedt in werking na de zestigste ratificatie. Deze heeft op 11 april jl. plaatsgevonden, zodat het Statuut op 1 juli 2002 in werking zal treden. Dit verdrag dient tot aanpassing van de Nederlandse wetgeving te leiden. Deze wettelijke aanpassingen vallen in twee delen uiteen. Het eerste deel bevat de wettelijke regeling inzake de rechtshulp en andere vormen van samenwerking die het Koninkrijk als partij bij het Statuut en als gastland verplicht is aan het Strafhof te verlenen (de Uitvoeringswet Internationaal Strafhof). Het hiertoe strekkende wetsvoorstel is bij de Tweede Kamer ingediend op 16 november 2001 en op 19 maart met algemene stemmen door de Tweede Kamer aanvaard (Kamerstukken II 2001/2002, 28 088 (R 1704), nrs. 1–3). Het andere deel is neergelegd in dit wetsvoorstel en omvat de

aanpassingen van de Nederlandse strafwetgeving die nodig zijn om de meergenoemde misdrijven hier te lande te kunnen vervolgen en berechten. Aan het Statuut van het Internationaal Strafhof ligt namelijk het zogenaamde complementariteitsbeginsel ten grondslag, of zoals de preambule en artikel 1 van het Statuut van het Strafhof het uitdrukken: het Strafhof heeft een bevoegdheid «die complementair is aan de nationale jurisdicties in strafzaken». Dit houdt in dat het Strafhof pas optreedt – dat wil zeggen rechtsmacht kan uitoefenen – indien geen staat bereid of bij machte is het onderzoek of de vervolging daadwerkelijk uit te voeren (zie artikel 17, eerste lid, sub a, Statuut van het Strafhof). Hoewel dit niet uitdrukkelijk in het Statuut is bepaald, is door een meerderheid van staten – waaronder het Koninkrijk – steeds aangenomen dat uit het complementariteitsbeginsel volgt dat de staten die partij zijn bij het Statuut gehouden zijn om de misdrijven die aan de rechtsmacht van het Strafhof zijn onderworpen, in hun nationale strafwetgeving strafbaar te stellen en voorts om extra-territoriale, universele rechtsmacht te vestigen die hun nationale strafgerechten in staat stelt die misdrijven te berechten óók als ze in het buitenland door niet-nationalen zijn gepleegd. Immers dienen, zoals de preambule van het Statuut het uitdrukt, «de ernstigste misdrijven die de gehele internationale gemeenschap met zorg vervullen niet onbestraft te blijven». De voorgestelde Wet internationale misdrijven strekt er dan ook primair toe, op inzichtelijke wijze te voldoen aan de eisen die voortvloeien uit het complementariteitsbeginsel ten grondslag liggend aan het Statuut van het Internationaal Strafhof.

Overigens is er ook los van het Statuut aanleiding om de Nederlandse strafwetgeving op het punt van de strafbaarheid van de onderhavige misdrijven, en de rechtmacht van de Nederlandse rechter dienaangaande, aan te passen. Al vaker is geconstateerd, ook in het parlement, dat onze wetgeving met name met betrekking tot misdrijven tegen de menselijkheid lacunes bevat (zie de op 8 december 2000 aan de Kamer aangeboden wetgevingsnotitie «Wetgeving ter implementatie van het Statuut van het Internationaal Strafhof», Kamerstukken II 2000/2001, 26 262, nr. 9). In genoemde wetgevingsnotitie werd nog aangekondigd dat de op te stellen Wet internationale misdrijven de uit 1952 daterende Wet Oorlogsstrafrecht (WOS) zou vervangen. Van dit voornemen is bij nadere overweging afgezien. De nieuwe wet vervangt slechts een deel van de WOS en komt dus náást die wet te staan. Ter toelichting op de verhouding tussen beide wetten moet hier enige aandacht aan de WOS worden besteed. Aanleiding voor de Wet Oorlogsstrafrecht was de Tweede Wereldoorlog en de bevinding na die oorlog dat de Nederlandse wetgeving en rechtspleging niet berekend waren op de omvang van en het soort misdrijven zoals gepleegd tijdens de bezetting van Nederland tijdens de Tweede Wereldoorlog. Bij wijze van noodwetgeving werden na de oorlog regelingen tot stand gebracht, die hierin voorzagen. De Wet Oorlogsstrafrecht voorzag vervolgens in de noodzakelijke permanente voorzieningen. Zo stelt deze wet strafbaar een aantal «landverraderlijke» feiten (artikelen 4 tot en met 7 WOS). Verder regelt zij de bevoegdheid van de militaire rechter om misdrijven tegen de veiligheid van de staat, oorlogsmisdrijven en andere ernstige misdrijven, gepleegd in geval van een oorlog waarbij het Koninkrijk is betrokken, te berechten. Volgens de memorie van toelichting was dit nodig omdat in een situatie van oorlog – dat wil zeggen van feitelijke oorlogshandelingen – een snelle en afdoende repressie is vereist; de gewone rechter – rechtsprekend in drie instanties – bood in de ogen van de wetgever onvoldoende bescherming. Tot slot voorziet de WOS in de instelling – wanneer dat gelet op de omstandigheden waarin het land verkeert nodig is – door de regering van de zogenaamde bijzondere rechtbanken en het Bijzondere Hooggerechtshof. Deze bijzondere rechtspleging wordt in voorkomend geval belast met de berechting van de eerder bedoelde misdrijven, indien de vervolging plaatsvindt na een vijandelijke bezetting van het grondgebied van het rijk in Europa of van een gedeelte

daarvan (artikel 12, tweede lid, WOS). De redenen voor het in het leven roepen van deze bijzondere rechtspleging, waren onder andere dat de gewone rechter de berechting van omvangrijke bezettingscriminaliteit niet aan zou kunnen dan ten koste van het normale werk en met onaanvaardbare vertraging, terwijl vanwege het geheel of gedeeltelijk militaire karakter van de bezettingsmisdrijven het militair deskundige element in de rechtspleging niet zou kunnen worden gemist. De WOS bevat dus allereerst een aantal bijzondere voorzieningen specifiek met het oog op bepaalde ernstige misdrijven gepleegd in een oorlog waarbij het Koninkrijk is betrokken. Hiernaast kreeg de wet er, hangende de voorbereiding, een doelstelling bij, namelijk te verzekeren dat Nederland voldeed aan de verplichtingen op grond van de Rode Kruis Verdragen van Genève van 1949 om elke ernstige schending («grave breach») van die verdragen strafbaar te stellen en daarover rechtsmacht te vestigen die de Nederlandse rechter in staat zou stellen zo'n misdrijf te berechten, ook als het door een niet-Nederlander buiten Nederland is begaan in een oorlog waarbij Nederland geen partij is. Deze doelstelling resulteerde in de artikelen 8 en 9, betreffende de strafbaarstelling van oorlogsmisdrijven, en artikel 3, onder 1, WOS, waarbij universele jurisdictie werd gevestigd. Met deze strafbaarstelling is het Nederlandse recht wat betreft de oorlogsmisdrijven reeds geheel in overeenstemming met het eerdergenoemde complementariteitsbeginsel uit het Statuut van het Strafhof. De vraag waarvoor de regering bij dit wetsvoorstel stond, was of, voor wat betreft de andere in het Statuut omschreven misdrijven (waarbij met name aan de misdrijven tegen de menselijkheid moet worden gedacht), voorzieningen in de WOS moesten worden opgenomen dan wel in een zelfstandige, naast de WOS staande wet. In het laatste geval lag het voor de hand om de strafbaarstelling van de oorlogsmisdrijven uit de WOS te halen en over te hevelen naar de nieuwe wet. Na ampele overweging heeft de regering voor de laatste optie – een aparte wet, nevens geschikt aan de WOS – gekozen. Overwegingen van wetseenvoud en wetssystematiek pleiten hiervoor. Ook de doelmatigheid van het wetgevingsproces is niet gediend met een integrale «verbouwing» van de WOS, nu grote delen van die wet geheel intact kunnen blijven, in het bijzonder de bovenbeschreven specifieke voorzieningen voor het geval van een oorlog waarbij het Koninkrijk is betrokken. Integendeel, het uit de WOS halen van het deel dat betrekking heeft op de strafbaarstelling van oorlogsmisdrijven, komt de positie en inzichtelijkheid van de WOS ten goede. De WOS herkrijgt hiermee immers zijn oorspronkelijk zo bedoelde karakter van een oorlogswet, specifiek bedoeld voor de vervolging en berechting van een aantal delicten die specifiek samenhangen met een gewapend conflict waarin het Koninkrijk verwickeld is geraakt.

Een ander punt dat in deze inleiding kort vermeld dient te worden, is dat de voorgestelde wet een «gewone», Nederlandse wet is. In het overleg met de Koninkrijkspartners over de wettelijke aanpassingen die voor het Koninkrijk voortvloeien uit het Statuut van het Internationaal Strafhof, is afgesproken dat het ene deel, betreffende de samenwerking met het Strafhof, in de vorm van een rijkswet wordt gegoten – hiervoor is een belangrijk argument de duidelijkheid van de Koninkrijkspositie ten opzichte van het Strafhof, naast het argument dat uit- c.q. overlevering van verdachten een Koninkrijksaangelegenheid is (zie artikel 3, eerste lid, onder h, van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden) – en het hier aan de orde zijnde deel betreffende de strafbaarstelling van internationale misdrijven door elk van de Koninkrijkspartners in zijn eigen wetgeving zal worden verwerkt. Dit laatste is in lijn met de in het Statuut voor het Koninkrijk besloten liggende autonomie voor de drie landen op het terrein van het strafrecht. Tot slot van deze inleiding zij opgemerkt dat bij de opstelling van deze toelichting naast de Minister van Justitie de Ministers van Defensie en Buitenlandse Zaken betrokken waren. Vanzelfsprekend hebben zij daarbij ook gekeken naar de ontwikkelingen op het gebied

van strafbaarstelling van internationale misdrijven in andere landen, zoals Duitsland, België, het Verenigd Koninkrijk, Zweden, Frankrijk en Canada. Bij de voorbereiding van het ontwerp van dit wetsvoorstel was voorts een klankbordgroep betrokken, waarin een aantal personen zitting had met buitengewone deskundigheid op het terrein van het internationaal humanitair recht en het internationale strafrecht. Daarnaast heeft consultatie plaatsgevonden van een aantal organen en organisaties op het gebied van de (straf-)rechtspleging en mensenrechten (schriftelijke adviezen 1) zijn ontvangen van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, het openbaar ministerie, de Nederlandse Orde van Advocaten, het Nederlandse Rode Kruis en het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten; met de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht heeft een mondeling overleg plaatsgevonden).

## **2. De internationale misdrijven**

De kern van de voorgestelde wet wordt gevormd door de omschrijving en strafbaarstelling van zogenaamde internationale misdrijven, in het bijzonder genocide, misdrijven tegen de menselijkheid, foltering en oorlogsmisdrijven. Deze misdrijven worden zo genoemd omdat ze tot zorg zijn van de internationale gemeenschap als geheel en worden beschouwd als misdrijven tegen het internationale recht. Ook andere misdrijven, zoals piraterij, slavernij, vliegtuigkaping en misdrijven tegen de vrede en agressie, worden wel tot de internationale misdrijven gerekend. Niettemin zijn die niet in het onderhavige voorstel opgenomen. Het is niet de bedoeling van het onderhavige voorstel om een uitputtende regeling te geven van alle internationale misdrijven. Uitgangspunt is geweest dat het voorstel ten minste moet voorzien in strafbaarstelling van de misdrijven die ook tot de competentie van het Internationaal Strafhof behoren, alsmede in adequate extra-territoriale rechtsmacht terzake, zodat Nederland kan voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit het aan het Statuut van het Internationaal Strafhof ten grondslag liggende complementariteitsbeginsel. Daarbij gaat het om een categorie misdrijven waarvoor in het internationale recht inmiddels een aantal specifieke regels en leerstukken is ontwikkeld, zoals met betrekking tot de onverjaarbaarheid, universele rechtsmacht en de aansprakelijkheid van de meerdere (*command responsibility*). Andere internationale misdrijven, zoals slavernij, vliegtuigkaping en piraterij, kunnen niet zonder meer onder deze categorie, met het bijbehorende rechtsregime, worden gerangschikt. Zo is het internationaal nog zeker geen regel dat vliegtuigkaping en andere terroristische delicten niet kunnen verjaren. De regering kiest dus voor een vooralsnog beperkte opzet van deze Wet internationale misdrijven. Zij sluit echter niet uit dat op termijn, mede afhankelijk van de internationale rechtsontwikkeling, andere misdrijven voor opneming in aanmerking komen. Eventuele uitbreiding van de competentie van het Internationaal Strafhof zal daarvoor richtinggevend kunnen zijn.

Hoewel enige verwarring kan ontstaan met andersoortige misdrijven met een internationaal – in de zin van grensoverschrijdend – aspect, zoals drugshandel of mensensmokkel, is de regering van mening dat de term «internationale misdrijven» zo gebruikelijk is dat zij in deze wet en in haar opschrift kan worden gehanteerd.

Terrorisme als afzonderlijk misdrijf is in deze wet niet opgenomen, evenmin als overigens in het Statuut van het Strafhof. Evenals vele andere staten is Nederland steeds van mening geweest dat daden van terrorisme adequaat kunnen worden bestraft aan de hand van het commune strafrecht. Momenteel ligt, zoals bekend, een wetsvoorstel bij de Raad van State dat het terroristisch oogmerk een plaats geeft in het Wetboek van Strafrecht. Een en ander neemt echter niet weg dat het denkbaar is dat onder omstandigheden een daad van terrorisme als misdrijf

tegen de menselijkheid of oorlogsmisdrijf kan worden gekwalificeerd. Voor een kwalificatie als misdrijf tegen de menselijkheid is in een geval van terrorisme vereist dat een daad, zoals opzettelijk doden of martelen, onderdeel uitmaakt van een wijdverbreide of stelselmatige aanval op de burgerbevolking, waarbij de dader kennis had van die aanval. Onder de term «wijdverbreid» is met name gedacht aan aanvallen die grootschalig dan wel omvangrijk zijn, terwijl het «stelselmatige» karakter refereert aan een bepaald patroon of methodisch plan. Daarbij dient het te gaan om een aanval tegen de burgerbevolking die bestaat uit meerdere handelingen, ter uitvoering of voortzetting van het beleid van een staat of organisatie, die het plegen van een dergelijke aanval tot doel heeft. Voor een kwalificatie als oorlogsmisdrijf is vereist dat er sprake is van een schending van de wetten en gebruiken van de oorlog, gepleegd tijdens een internationaal of niet-internationaal gewapend conflict. De daad in kwestie zal moeten vallen onder een van de delictsomschrijvingen binnen de categorie oorlogsmisdrijven, waarbij in dit geval met name kan worden gedacht aan «grove schendingen» tegen de door het oorlogsrecht beschermde personen, waaronder burgers. Voordat hieronder in algemene zin wordt ingegaan op de vier categorieën van internationale misdrijven die in deze wet worden strafbaar gesteld, verdient de wijze van omschrijving van de delicten kort enige toelichting. Zoals zal blijken is voor de delictsomschrijvingen aansluiting gezocht, doorgaans letterlijk, bij de internationale instrumenten waarin de feiten als misdrijf zijn aangemerkt. Dit betekent in sommige gevallen dat de delictsomschrijvingen beknopter zijn en termen bevatten die algemener – zo men wil: vager – zijn dan in het Nederlandse strafrecht gebruikelijk is. Niet gepoogd is om de internationale omschrijvingen als het ware te vertalen in – uitgewerkte – Nederlandse delictsomschrijvingen. Dit zou een miskenning zijn van het internationale karakter van de misdrijven en de «worteling» in verdragen en ongeschreven recht zoals neergelegd in internationale jurisprudentie (soms verwijzen de delictsomschrijvingen zelfs door naar achterliggende normen van internationaal recht, zoals bij deportatie (artikel 1, eerste lid, onder c) en ernstige vrijheidsberoving (artikel 4, eerste lid, onder e), zie hierover de artikelsgewijze toelichting). De regering is het niet eens met de in de consultatieronde wel gehoorde stelling dat deze aansluiting bij de internationale delictsomschrijvingen op sommige punten tot spanning met de lex-certa-eis leidt. Daarbij merkt zij op dat waar het gaat om de eis dat voor de burger duidelijk is wat wel en wat niet mag, wel enige relativering op haar plaats is, nu het bij de internationale misdrijven in het algemeen gaat om de ernstigste misdrijven, die als het ware in een internationaal, gemeenschappelijk rechtsbewustzijn zijn geworteld. Voor «vertaling» in eigen Nederlandse delictsomschrijvingen is voorts niet gekozen, omdat dit het risico in zich zou bergen dat de Nederlandse wet zou afdrijven van de internationaal gehanteerde invulling van de misdrijven. Dit is niet wenselijk. De Nederlandse rechter dient zich dan ook voor de invulling van delictsbestanddelen (objectieve en subjectieve) en voor het trekken van de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid te oriënteren op het internationale recht dienaangaande, zoals onder andere neergelegd in het Statuut van het Internationaal Strafhof en de op de voet van artikel 9 van het Statuut van het Strafhof opgestelde Elementen van Misdrijven, die dienen als hulpmiddel bij de interpretatie van de misdrijven (zie VN-document PCNICC/2000/INF/3/Add.2, te vinden op: <http://www.un.org/law/icc/index.html>). Een voorbeeld moge verduidelijken hoe de Nederlandse rechter de delictsomschrijvingen van de internationale misdrijven zou moeten toepassen. Artikel 4, eerste lid, aanhef, van het onderhavige voorstel bevat als bestanddeel van de misdrijven tegen de menselijkheid dat de in dat artikel omschreven handelingen zijn gepleegd «met kennis van de aanval» (gericht tegen een burgerbevolking). Dit is overgenomen uit artikel 7 van het Statuut van het Strafhof. Dit bestanddeel impliceert een opzet-eis met betrekking tot de individuele

verdachte. Volgens de Elementen van Misdrijven dient deze eis echter niet zo te worden uitgelegd dat bewijs nodig zou zijn «that the perpetrator had knowledge of all characteristics of the attack or the precise details of the plan or policy of the State or organization» (a.w., Introduction to Article 7, Crimes against humanity, paragraaf 2). In zoverre lijkt er ruimte te bestaan voor toepassing van de in het Nederlandse strafrecht bekende figuur van het voorwaardelijk opzet.

De regering realiseert zich terdege dat deze aansluiting bij de internationale omschrijvingen en terminologie meebrengt dat de Nederlandse rechter (en hetzelfde geldt voor het openbaar ministerie en opsporingsambtenaren) zich vertrouwd zal moeten maken met de internationale rechtsvorming op dit terrein. Dit vereist tijd en inzet van betrokkenen. Dit proces zal naar verwachting worden bevorderd door de verderop in de toelichting nog te bespreken concentratie – en daarmee gepaard gaande specialisatie – van de rechtspraak bij de rechtbank en het hof te Arnhem. Overigens is deze ontwikkeling, waarbij de Nederlandse rechter zich voor de toepassing van delictomschrijvingen moet oriënteren op internationaal recht en internationale jurisprudentie, geenszins nieuw. De delictomschrijving van oorlogsmisdrijven zoals wij die tot nu toe in de WOS kennen («schending van de wetten en gebruiken van de oorlog», artikel 8 WOS), is daarvan het voorbeeld bij uitstek.

#### *a. Genocide*

De definitie van het misdrijf genocide is identiek aan de definitie van genocide, zoals neergelegd in artikel II van het op 9 december 1948 te Parijs totstandgekomen Verdrag inzake de voorkoming en de bestraffing van genocide (Trb. 1960, 32; hierna te noemen het genocideverdrag). In de Statuten van het Joegoslaviëtribunaal en het Rwandatribunaal (Veiligheidsraadsresoluties 827 van 25 mei 1993 en 955 van 8 november 1994) en het Statuut van het Strafhof is dit misdrijf, zonder enige aanpassing, opgenomen. Het kenmerkende van genocide is gelegen in het bijzondere oogmerk dat bij de dader aanwezig moet zijn om nationale, etnische, raciale of religieuze groepen als zodanig geheel of gedeeltelijk te vernietigen. In de definitie wordt een aantal handelingen omschreven die dit doel kunnen bewerkstelligen.

Genocide behoort tot de zwaarste categorie misdrijven die het recht kent, evenals overigens de in dit voorstel opgenomen misdrijven tegen de menselijkheid, foltering en bepaalde oorlogsmisdrijven. Dit wordt uitgedrukt door op genocide (en de overige genoemde misdrijven) de zwaarste straf te stellen die het Nederlandse strafrecht kent, namelijk de levenslange gevangenisstraf. In de praktijk zal naar verwachting de gevangenisstraf voor de onderhavige misdrijven de belangrijkste straf zijn. In aanvulling daarop kunnen uiteraard andere straffen en maatregelen worden opgelegd, zoals een geldboete (van de vijfde categorie) of de maatregel van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.

#### *b. Misdrijven tegen de menselijkheid*

Het artikel met betrekking tot de misdrijven tegen de menselijkheid is nieuw. De bepaling is een vrijwel letterlijke weergave van artikel 7 van het Statuut van het Strafhof. Aan deze bepaling liggen verscheidene precedents ten grondslag, waaronder de handvesten van de tribunaal van Neurenberg en Tokio, de Allied Control Council Law No. 10, het Verdrag inzake slavernij van 1928, het folteringverdrag van 1984, de Statuten van de ad hoc-tribunalen voor Joegoslavië en Rwanda en de jurisprudentie van de beide ad hoc-tribunalen. Als misdrijven tegen de menselijkheid zijn slechts die misdrijven opgenomen in het Statuut van het Strafhof en in deze wet, die tijdens de onderhandelingen over het Statuut van het Strafhof geacht werden tot het internationaal gewoonterecht te behoren.

Misdrijven tegen de menselijkheid zijn tot nu toe in het Nederlandse strafrecht niet als zodanig strafbaar gesteld.

### *c. Foltering*

Aan handhaving van een specifieke strafbaarstelling van foltering naast het misdrijf tegen de menselijkheid en het oorlogsmisdrijf marteling bestaat behoefte om de mogelijkheid te behouden om foltering als een zelfstandig misdrijf te vervolgen. Door een handeling te kwalificeren als foltering kunnen plegers van dit misdrijf vervolgd worden ook al is de handeling niet gepleegd als onderdeel van een wijdverbreide of stelselmatige aanval gericht tegen de burgerbevolking, met kennis van de aanval (misdrijf tegen de menselijkheid), noch gepleegd gedurende een gewapend conflict (oorlogsmisdrijf).

De definitie van foltering als een zelfstandig misdrijf wijkt af van de definities van marteling als misdrijf tegen de menselijkheid en als oorlogsmisdrijf; wel is overigens van dezelfde grondgedraging uitgegaan. De definitie van marteling als een misdrijf tegen de menselijkheid in artikel 7, tweede lid, sub e, van het Statuut van het Strafhof is weliswaar gebaseerd op de definitie, neergelegd in het op 10 december 1984 te New York totstandgekomen Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of mensonterende behandeling of bestraffing (Trb. 1985, 69), maar wijkt daarvan op enkele essentiële punten af. Het Statuut van het Strafhof eist, anders dan het folteringverdrag, niet dat het folteren gebeurt van overheidswege. Misdrijven tegen de menselijkheid, zoals neergelegd in het Statuut, kunnen alle niet alleen gepleegd worden door statelijke actoren, maar ook door niet-statelijke actoren, met inbegrip van individuele burgers. Verder eist het Statuut van het Strafhof niet dat de marteling is gepleegd met een bepaald oogmerk zoals het verkrijgen van inlichtingen of een bekentenis, het bestraffen van een persoon of het intimideren of discrimineren van een persoon. Maken deze twee elementen van de definitie van marteling in het Statuut de bepaling ruimer ten opzichte van de bepaling in het folteringverdrag, de voor misdrijven tegen de menselijkheid in het Statuut geëiste drempel dat deze misdrijven worden gepleegd «als onderdeel van een wijdverbreide of stelselmatige aanval gericht tegen de burgerbevolking, met kennis van de aanval» maakt de definitie in het Statuut in zoverre juist enger dan die in het folteringverdrag. De definitie van foltering als een zelfstandig misdrijf wijkt ook af van die van marteling als oorlogsmisdrijf. Het verbod tegen marteling gedurende een gewapend conflict van een internationaal of van een niet-internationaal karakter is geregeld in de artikelen 8(2)(a)(ii)-1 respectievelijk 8(2)(c)(i)-4 van het Statuut. Evenmin als bij misdrijven tegen de menselijkheid is het nodig, in tegenstelling tot de definitie van foltering onder het folteringverdrag, dat de marteling van overheidswege gebeurt.

In het oorspronkelijke voorstel zoals aan de Raad van State voorgelegd, was de delictsomschrijving gehandhaafd zoals die was opgenomen in de Uitvoeringswet folteringverdrag (Wet van 29 september 1988, Stb. 1988, 478). Naar aanleiding van het advies van de Raad heeft de regering gemeend deze delictsomschrijving op enkele punten te moeten aanpassen. Bij de implementatie van het folteringverdrag in de Nederlandse strafwetgeving heeft de wetgever zoveel mogelijk aangeknoopt bij in het Wetboek van Strafrecht voorkomende begrippen als «mishandeling», «uitlokking» en «ambtenaar» (zie Kamerstukken II 1986/87, 20 042, nr. 3, p. 1 (memorie van toelichting Uitvoeringswet folteringverdrag)). De regering meent thans dat met name het gebruik van de term «mishandeling» minder juist is, mede tegen de achtergrond van de andere in het voorstel opgenomen internationale misdrijven en de omschrijving daarvan. Reeds bij de Uitvoeringswet folteringverdrag was duidelijk dat de aansluiting bij de mishandeling uit het Wetboek van Strafrecht niet geheel voldeed om de zeer ernstige vormen van mishandeling te

omschrijven waar het bij foltering om gaat. Daarom werd het gekwalificeerde karakter van de mishandeling toen nader aangeduid door onder andere de opneming van het bestanddeel «zo deze gedragingen (dat wil zeggen: de mishandeling met het specifieke folteringsmerk) van dien aard zijn dat zij het beoogde doel kunnen bevorderen» en door de uitbreiding, in een apart lid, van de mishandeling tot «het opzettelijk teweegbrengen van een toestand van hevige angst of een andere vorm van ernstige geestelijke ontreddeering» (zie memorie van toelichting, a.w., p. 2). Thans wordt voorgesteld om deze aansluiting bij de term «mishandeling» los te laten en daarvoor in de plaats een omschrijving van de folteringshandeling op te nemen die nauw aansluit bij de in het folteringsverdrag gehanteerde omschrijving (zie artikel 1 onder d en e van het voorstel). Deze omschrijving beoogt, evenals de Uitvoeringswet folteringsverdrag, de definitie van foltering in het folteringsverdrag zo volledig mogelijk in de Nederlandse strafwet te implementeren en dekt dan ook dezelfde gedragingen als de omschrijving van de Uitvoeringswet folteringsverdrag. De gewijzigde redactie moet dus niet worden opgevat als een gewijzigd inzicht omtrent de strafwaardigheid van in dit kader relevante gedragingen dat tot toepassing van artikel 1, tweede lid, Sr zou nopen. Over de omschrijving van foltering in het voorstel zij tot slot opgemerkt dat de overige bestanddelen van het misdrijf grotendeels gelijk gebleven aan die van de Uitvoeringswet folteringsverdrag (voor enkele kleine tekstuele aanpassingen zie de artikelsgewijze toelichting). Ten opzichte van de Uitvoeringswet folteringsverdrag is de maximumstraf voor foltering verhoogd. In die wet was de maximumstraf vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie. Alleen ingeval het feit de dood ten gevolge had, werd de maximumstraf verhoogd tot levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren. Voorgesteld wordt nu om in alle gevallen van foltering – dus ook die waarin het feit geen dodelijk gevolg heeft gehad – levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren mogelijk te maken. Dit past beter bij de buitengewone ernst van dit delict, dat wordt gekenmerkt door enerzijds misbruik, door een overheidsfunctionaris, van zijn machtspositie en anderzijds volstreekte machteloosheid van het slachtoffer. Dit strafmaximum sluit ook beter aan bij de straffen gesteld op andere in het voorstel opgenomen internationale misdrijven, zoals de marteling als misdrijf tegen de menselijkheid en de marteling als oorlogsmisdrijf.

#### *d. Oorlogsmisdrijven*

##### *Algemeen*

De Wet Oorlogsstrafrecht (Wet van 10 Juli 1952, houdende vaststelling van de Wet Oorlogsstrafrecht alsmede van enige daarmee verband houdende wijzigingen in het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Militair Strafrecht en de Invoeringswet Militair Straf- en Tucht recht van 10 juli 1952, Stb. 408, hierna WOS) bevat thans in de artikelen 8 en 9 de strafbaarstelling van oorlogsmisdrijven voor het Nederlandse strafrecht. De bepaling van artikel 8 is ruim geformuleerd («Hij die zich schuldig maakt aan een schending van de wetten en gebruiken van de oorlog»), waarna artikel 9 de verantwoordelijkheid van commandanten aangeeft ten opzichte van gedragingen in het kader van artikel 8, gepleegd door ondergeschikten. Hoewel de formulering van met name artikel 8 in belangrijke mate bijdraagt aan de mogelijkheden tot vervolging, zoals hieronder nader wordt uiteengezet in de bespreking van artikel 7, eerste lid, is in de onderhavige wet besloten tot een nadere specificering van de strafbare gedragingen. Wat betreft de herkomst van deze gedragingen is uitgegaan van drie categorieën:

- verdragsbepalingen ten opzichte waarin een verplichting is vervat voor de Staten-Partij om de daarin genoemde feiten strafbaar te stellen in het nationale recht;



- bepalingen uit het Statuut van het Internationaal Strafhof (gedaan te Rome, 17 juli 1998, Trb. 2000, 120);
- een «vangnet» bepaling, gebaseerd op de oorspronkelijke bepaling, artikel 8, van de WOS. Eerstgenoemde categorie bepalingen is ontleend aan de vier Verdragen van Genève van 12 augustus 1949, die allen als eis stellen dat de Staten Partij de in die Verdragen omschreven «grove schendingen» strafbaar stellen in het nationale strafrecht:

	Trb.	Grove schendingen
Verdrag (I) voor de verbetering van het lot der gewonden en zieken, zich bevindende bij de strijdkrachten te velde	1 951, 72	Art. 49–50
Verdrag (II) ter verbetering van het lot der gewonden, zieken en schipbreukelingen van de strijdkrachten ter zee	1 951, 73	Art. 50–51
Verdrag (III) betreffende de behandeling van krijgsgevangenen	1 951, 74	Art. 129–130
Verdrag (IV) betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd	1 951, 75	Art. 146–147

Tevens maken van deze categorie deel uit de bepalingen inzake grove schendingen van het Aanvullend protocol bij de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949, betreffende de bescherming van slachtoffers van internationale gewapende conflicten (Bern, 12 december 1977, Trb. 1978, 41, Nederlandse vertaling in Trb. 1980, 87, hierna Protocol I; de grove schendingen zijn opgenomen in artikel 11, vierde lid, en artikel 85, derde en vierde lid, van Protocol I).

De grove schendingen van de Verdragen van Genève en Protocol I zijn in dit voorstel vooropgesteld (artikel 5, eerste en tweede lid). Zij worden binnen het humanitair oorlogsrecht beschouwd als de meest ernstige oorlogsmisdrijven. In artikel 8 van het Statuut van het Internationaal Strafhof zijn de grove schendingen, althans wat betreft de grove schendingen van de vier Verdragen van Genève, dan ook separaat opgenomen. Dat de grove schendingen uit Protocol I niet tevens separaat zijn opgenomen in het Statuut van het Internationaal Strafhof kan worden verklaard uit het feit dat (nog) niet alle deelnemers aan de conferentie in Rome partij zijn bij Protocol I.

Artikel 8 van het Statuut van het Strafhof bevat, naast een opsomming van de grove schendingen van de Verdragen van Genève, een aantal misdrijven ontleend aan andere verdragen. Daarbij kan onder andere worden gedacht aan de Haagse Verdragen van 1907, het Verdrag inzake bescherming van VN- en geassocieerd personeel (New York, 9 december 1994, Trb. 1996, 62) en het Verdrag voor de bescherming van culturele goederen in geval van een gewapend conflict, met uitvoeringsreglement en protocol (Den Haag, 14 mei 1954, Trb. 1955, 47).

Tot slot zijn separaat (in artikel 5, vierde lid, van het voorstel) opgenomen de ernstige schendingen van het Tweede Protocol bij het Haagse Verdrag voor de bescherming van culturele goederen in geval van een gewapend conflict (Den Haag, 26 maart 1999, Trb. 1999, 107; hierna UNESCO Protocol) ten aanzien waarvan eveneens een verplichting tot strafbaarstelling bestaat. Hoewel bedoelde bepalingen deels een overlap vertonen met bepalingen opgenomen in het Statuut voor het Internationaal Strafhof, zijn de bepalingen uit het UNESCO Protocol van recentere datum en specifieker in de omschrijving van het strafbare feit.

In de strafbaarstelling van de opgenomen schendingen van het humanitair oorlogsrecht in het onderhavige voorstel is de aanduiding «gewapend conflict» gehanteerd, met één uitzondering. De term «gewapend conflict»

is sinds de totstandkoming van de Verdragen van Genève in toenemende mate in de plaats getreden van het oudere begrip «oorlog». Een van de belangrijkste redenen hiervoor is de doelstelling van het humanitair oorlogsrecht om de slachtoffers van gewapende conflicten en oorlogsgeweld onder alle omstandigheden te beschermen. Het zou onwenselijk zijn indien het ontbreken van een formele oorlogsverklaring of het ontkennen van een staat van oorlog door een of meerdere van de strijdende partijen de toepassing van de beschermingsmaatregelen zou blokkeren. Daarnaast is sinds de Tweede Wereldoorlog in de praktijk ook geen gebruik meer gemaakt van formele oorlogsverklaringen, waardoor het begrip «oorlog» aan belang heeft ingeboet, met name in het juridische lexicon. Thans wordt uitgegaan van de feitelijke constatering dat een gewapend conflict plaatsvindt in plaats van een juridische of politieke beslissing aangaande de staat van oorlog. Daarbij wordt uitgegaan van de opvatting dat «gewapend conflict» een ruim begrip is, terwijl «oorlog» een specifiek bepaalde vorm binnen dat ruime begrip omvat. Op dit begrip wordt verderop in deze paragraaf nader ingegaan.

De uitzondering op de zojuist geschetste terminologie is de bepaling in artikel 7, eerste lid. De aldaar gebruikte term «wetten en gebruiken van de oorlog» kent zijn oorsprong in de WOS, en is in dit wetsvoorstel overgenomen vanwege het begrippenkader dat rond deze term is ontstaan. Met deze term wordt het gehele corpus juris bedoeld zoals van toepassing in het geval van een gewapend conflict. Deze term is synoniem aan de term «humanitair oorlogsrecht», alsmede aan de term «recht inzake gewapende conflicten» (in het Engels doorgaans aangeduid met de term «law of armed conflict»). Hiermee wordt bedoeld het gehele gamma aan verdragen, regelingen, gewoonterecht en overige normen van internationaal recht waarmee enerzijds het gebruik van geweld door humanitaire normen wordt begrensd, en anderzijds waarborgen worden gecreëerd voor de bescherming van de slachtoffers van gewapende conflicten. De term «wetten en gebruiken van de oorlog» is dan ook eerder een historische term en heeft geen betekenis wat betreft de reikwijdte van artikel 7 enerzijds en de overige bepalingen in de artikelen 5 en 6 anderzijds.

### *Structuur*

Evenals in het Statuut voor het Internationaal Strafhof wordt in de artikelen 5 en 6 van het onderhavige wetsvoorstel een onderverdeling gemaakt tussen misdrijven die slechts strafbaar zijn ten tijde van een internationaal gewapend conflict en misdrijven die slechts strafbaar zijn ten tijde van een niet-internationaal gewapend conflict. De reden voor deze verdeling, die in het kader van de consultatie uitgebreid is besproken, is dat de humanitair oorlogsrechtelijke bepalingen niet eensluidend zijn voor deze twee categorieën conflicten. Niet-internationale gewapende conflicten zijn voor sommige staten een politiek gevoelig onderwerp; er bestaat vaak een voorkeur om dergelijke conflicten als interne aangelegenheid van de staat te beschouwen. Toepassing van de regels van het humanitair oorlogsrecht op niet-internationale gewapende conflicten wordt vaak gezien als een (impliciete of expliciete) erkenning van de niet-regeringspartij bij het conflict als gelijkwaardige opponent. Om die reden is de bescherming ten tijde van niet-internationale gewapende conflicten minder ontwikkeld dan ten tijde van internationale conflicten.

Het bovenstaande is mede aanleiding geweest voor het feit dat de Verdragen van Genève wat betreft niet-internationale gewapende conflicten slechts één bepaling bevatten, opgenomen in het gemeenschappelijke artikel 3 van de Verdragen. Genoemd artikel bevat de minimumgedragsnormen waaraan de strijdende partijen zich bij een niet-internationaal gewapend conflict dienen te houden. Tevens bevat het Aanvullend Protocol bij de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949,

betreffende de bescherming van slachtoffers van niet-internationale gewapende conflicten (Bern, 12 december 1977, Trb. 1978, 42, hierna Protocol II) humanitair oorlogsrechtelijke bepalingen dienaangaande. In tegenstelling tot Protocol I bevat Protocol II echter geen bepalingen inzake grove schendingen.

In de consultatieronde werd er door sommigen op gewezen, dat in toeneemende mate wordt bepleit het onderscheid tussen misdrijven gepleegd in internationale gewapende conflicten en die welke worden gepleegd in niet-internationale gewapende conflicten achterwege te laten. Jurisprudentie van het Joegoslaviëtribunaal wijst eveneens in die richting. Daarbij kan echter worden opgemerkt dat deze gedachte nog in ontwikkeling is en, zoals uit de structuur van het Statuut van het Strafhof blijkt, nog geen gemeengoed is. Tevens kan worden opgemerkt dat het Joegoslaviëtribunaal is opgericht voor een specifieke situatie waarin de betrokken partijen als opvolgers van één en dezelfde staat gelijkelijk gebonden waren aan dezelfde regels van het humanitair oorlogsrecht. Bij een algemene toepassing van rechtsregels zoals in het onderhavige wetsvoorstel wordt beoogd is een dergelijke benadering niet aangewezen en lijkt het nationaal reeds invoeren van een internationaal nog niet uitgekristalliseerde ontwikkeling in het internationale recht onverenigbaar met het beginsel van rechtszekerheid.

Uiteraard zijn sommige gedragingen niettemin strafbaar zowel ten tijde van een internationaal gewapend conflict als ten tijde van een niet-internationaal gewapend conflict. Het Statuut voor het Internationaal Strafhof heeft deze gedragingen opgenomen zowel in het artikellid aangaande internationale gewapende conflicten (artikel 8, tweede lid, sub a en b) als in het artikellid aangaande niet-internationale gewapende conflicten (artikel 8, tweede lid, sub c en e). Evenzo is in het onderhavige wetsvoorstel gekozen om dergelijke misdrijven op te nemen zowel in artikel 5 (misdrijven gepleegd ten tijde van een internationaal gewapend conflict) als in artikel 6 (misdrijven gepleegd ten tijde van een niet-internationaal gewapend conflict). In het ontwerp van dit wetsvoorstel waren deze – aan internationale en niet-internationale gewapende conflicten gemeenschappelijke – misdrijven nog opgenomen in een apart artikel, náást de artikelen over respectievelijk misdrijven in een internationaal en misdrijven in een niet-internationaal gewapend conflict. In de consultatieronde werd terecht opgemerkt dat deze verdeling in drie «lijsten» van oorlogsmisdrijven de leesbaarheid en inzichtelijkheid niet ten goede kwam, reden waarom de omschrijving van de oorlogsmisdrijven nu is teruggebracht tot twee lijsten.

Tot slot kan er op deze plaats nog op worden gewezen, dat naast de artikelen 5 en 6, waarin min of meer uitgewerkte delictomschrijvingen zijn opgenomen, in artikel 7 als sluitstuk de «vangnet»-bepaling is opgenomen die reeds in de WOS voorkwam, met inbegrip van de eveneens uit de WOS overgenomen strafverzwaringgronden. Deze vangnetbepaling heeft betrekking op hier niet nader genoemde, maar in het internationaal recht mogelijkerwijs nog te ontwikkelen oorlogsmisdrijven, gepleegd in een al dan niet internationaal gewapend conflict.

In de consultatieronde werd opgemerkt dat de handhaving van verschillende lijsten van strafbare feiten die respectievelijk van toepassing zijn in een internationaal en een niet-internationaal gewapend conflict, in die zin tekort doet aan de inzichtelijkheid van de wet, dat niet steeds duidelijk is tot welke bron (c.q. verdrag) een bepaald strafbaar feit is te herleiden. Dit is reden geweest om een transponeringstabel op te stellen (zie verderop in deze paragraaf), waarin per in de artikelen 5 tot en met 7 opgenomen misdrijf is aangegeven aan welke verdragsbepaling dat misdrijf is ontleend en voorts met welk misdrijf uit het Statuut van het Strafhof dat misdrijf correspondeert. De regering is van mening dat met deze tabel een goede hanteerbaarheid van de in dit wetsvoorstel omschreven oorlogsmisdrijven in de praktijk is verzekerd.

De misdrijven in de artikelen 5, 6 en 7 zijn eerst strafbaar indien gepleegd in geval van een gewapend conflict. Het vaststellen van een gewapend conflict, alsmede van de aard van dat conflict, is tijdens de consultatieronde nadrukkelijk onderwerp van bespreking geweest. Het gaat daarbij om feitelijke vaststellingen, in tegenstelling tot de formele handelingen die noodzakelijk zijn voor een oorlogsverklaring (zie, bijvoorbeeld, artikel 96 van de Grondwet). Sinds de Tweede Wereldoorlog is nagenoeg bij uitsluiting sprake geweest van feitelijke situaties van gewapend conflict waarbij de formele oorlogsverklaring achterwege is gebleven.

Het vaststellen van het bestaan van een gewapend conflict vereist een analyse van de feitelijke situatie, gebaseerd op de aard en omvang van de gevechtshandelingen, de doelstelling daarvan, alsmede de grondslag waarop de handelingen worden verricht. Incidentele of sporadische gevechtshandelingen, bijvoorbeeld, van een – onder internationaal mandaat in een staat aanwezige – vredesmacht welke slechts toepassingen betreffen van het recht op zelfverdediging jegens vijandige handelingen, maken de vredesmacht nog geen partij bij een conflict. Anders wordt dat indien de handelingen aanhoudend en grootschalig zijn en de handelingen erop zijn gericht de strijdkrachten van de tegenpartij uit te schakelen.

Deze analyse is moeilijker te maken in het geval van een niet-internationaal gewapend conflict. Het zou immers onwenselijk zijn indien personen die het oneens zijn met hun regering, handelingen die geoorloofd zijn als oorlogsdaad, maar strafbaar onder het recht dat van toepassing is onder normale omstandigheden, door het uiten van al dan niet ideologische doelstellingen buiten het bereik van het toepasselijke strafrecht kunnen brengen. Omgekeerd zou het evenzo onwenselijk zijn indien een staat door het ontkennen van een gewapend conflict zich niet belemmerd zou hoeven voelen door de toepasselijke regels van het humanitair oorlogsrecht in het bestrijden van de tegenpartij in een burgeroorlog. Protocol II en het Statuut van het Internationale Strafhof bevatten dan ook enige aanknopingspunten voor de afweging en beoordeling of een situatie een niet-internationaal gewapend conflict is. Zo bepaalt artikel 1, eerste lid, van Protocol II dat voor toepassing van dat Protocol sprake moet zijn van een conflict tussen het regeringsleger van een staat en groeperingen die aan de volgende eisen voldoen:

- zij moeten georganiseerd zijn;
- er moet sprake zijn van een verantwoordelijk bevel of commandovoering;
- zij moeten het grondgebied van de staat (ten minste) gedeeltelijk beheersen, op een zodanige wijze dat zij in staat zijn aanhoudende en samenhangende militaire operaties uit te voeren en de bepalingen van het Protocol toe te passen.

Artikel 8, tweede lid, sub f, van het Statuut van het Internationale Strafhof verruimt deze bepalingen door het Statuut ook van toepassing te verklaren op gewapende conflicten tussen georganiseerde gewapende groeperingen, zonder echter afbreuk te doen aan de eis van een aanhoudend of voortdurend gewapend conflict. Artikel 1, tweede lid, van Protocol II en artikel 8, tweede lid, sub d en sub f, van het Statuut van het Internationale Strafhof stellen vervolgens dat de bepalingen van het Protocol en het Statuut niet van toepassing zijn op interne ongeregelde en spanningen, zoals:

- rellen;
- op zichzelf staande en sporadisch voorkomende daden van geweld; en
- andere daden van soortgelijke aard.

Artikel 8, derde lid, van het Statuut van het Strafhof voegt hier nog aan toe dat de bepalingen van het Statuut met betrekking tot niet-internationale gewapende conflicten geen betekenis hebben voor de

verantwoordelijkheid van een staat om, met gebruik van alle legitieme middelen, de (strafrechtelijke) rechtsorde binnen de staat te beschermen of te herstellen, alsmede om de eenheid en territoriale integriteit van de staat te verdedigen.

Uit het bovenstaande blijkt dat al dan niet gewapende handelingen van groeperingen in het kader van bijvoorbeeld de (georganiseerde) misdaad niet snel te kwalificeren zullen zijn als een niet-internationaal gewapend conflict, zij het dat een en ander afhankelijk is van de doelstelling van de groeperingen. Legitieme gevechtshandelingen van vrijheidsstrijders in het kader van het recht op zelfbeschikking kunnen daarentegen uiteraard wel aanleiding geven tot een dergelijke kwalificatie. Steeds zal echter aan de hand van de feitelijke situatie moeten worden beoordeeld of sprake is van een (al of niet internationaal) gewapend conflict.

### *Strafmaat*

In principe is elke schending van de wetten en gebruiken van de oorlog aan te duiden als oorlogsmisdrijf. Zoals hierboven echter reeds is aangegeven, worden een aantal oorlogsmisdrijven als relatief ernstiger vergrijpen beschouwd dan de overige oorlogsmisdrijven. Hiermee is rekening gehouden bij de vaststelling van de strafmaat in de artikelen 5, 6 en 7.

De grove schendingen van de Verdragen van Genève en Protocol I kennen als strafmaximum levenslange gevangenisstraf, of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren, of geldboete van de vijfde categorie. Een dergelijke straf is ook gesteld op schendingen van gemeenschappelijk artikel 3 van de Verdragen van Genève (zie artikel 6, eerste lid, van het voorstel), aangezien de in dat artikel opgenomen basisregels als dusdanig fundamenteel worden beschouwd dat schending daarvan ten tijde van een niet-internationaal gewapend conflict naar huidige rechtsopvattingen kan worden gelijkgesteld met de grove schendingen ten tijde van een internationaal gewapend conflict. Tot slot geldt deze hoogste strafmaat ook ten aanzien van gedragingen die overeenkomen met de omschrijvingen in de strafverzwaringen zoals opgenomen in, en overgenomen uit, de WOS (artikel 5, zesde lid, van het voorstel).

Overige specifiek omschreven oorlogsmisdrijven, ongeacht de aard van het gewapend conflict, zijn strafbaar gesteld met een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren, of een geldboete van de vijfde categorie. Deze misdrijven zijn over het algemeen ontleend aan het Statuut voor het Internationaal Strafhof, waarmee zij reeds vallen onder de in artikel 5 van het Statuut opgenomen omschrijving als «meest ernstige misdrijven van belang voor de internationale gemeenschap als geheel». Dezelfde strafmaat is toegekend aan de opgenomen ernstige schendingen van het UNESCO Protocol, als zijnde een nadere invulling van het misdrijf zoals opgenomen in artikel 8, tweede lid, sub (b)(ix) en sub (e)(iv), van het Statuut voor het Internationaal Strafhof. Tot slot geldt deze strafmaat ook ten aanzien van gedragingen die overeenkomen met de omschrijvingen in de strafverzwaringen zoals opgenomen in, en overgenomen uit, artikel 8, tweede lid, WOS (zie artikel 7, tweede lid, van het voorstel).

Voor de «vangnet» bepaling is een strafmaat vastgesteld bestaande uit gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren, of een geldboete van de vijfde categorie. Gedragingen die alleen onder deze bepaling vervolgd kunnen worden zullen over het algemeen van minder ernstiger aard zijn dan de specifiek omschreven misdrijven in de artikelen 5 en 6. Gelet echter op het belang van de «vangnet» bepaling voor toekomstige humanitair oorlogsrechtelijke bepalingen, zoals hieronder nader uiteengezet, zijn in artikel 7, tweede en derde lid, van het voorstel de strafverzwarringsgronden uit de WOS overgenomen. Indien een misdrijf alleen door toepassing van de «vangnet» bepaling vervolgd kan worden, maar past binnen de omschrij-

vingen van de strafverzwaringgronden, wordt de maximum-gevangenisstraf verhoogd tot 15 jaren of levenslang. Bij het bepalen van de grondslag voor vervolging, alsmede de grondslag voor eventuele berechting, ligt het in de rede het hierboven geschetste onderscheid toe te passen. De strafmaat van gedragingen waarop de strafverzwaringbepalingen van toepassing zijn kan dezelfde zijn als die welke van toepassing is op grove schendingen van de Verdragen van Genève of Protocol I. Deze gelijktrekking van de strafmaat is gerelateerd aan de ernst van de uitwerking van het strafbare feit jegens het slachtoffer, alsmede de ernst van het strafbare feit vanuit strafrechtelijke optiek. Vanuit humanitair oorlogsrechtelijke optiek, alsmede vanuit de optiek van de signaalfunctie van toepassing van deze wet, zijn de gedragingen echter niet in gelijke mate verstorend voor de (internationale) rechtsorde. Een veroordeling op basis van een grove schending zal als zwaarder worden beschouwd dan een veroordeling op basis van een «gewone» schending van het humanitair oorlogsrecht waarop een strafverzwaring is toegepast. Indien een feit zowel als grove schending als op grond van een «gewone» schending kan worden vervolgd, dient met het hierboven gestelde rekening te worden gehouden bij de primaire en subsidiaire tenlastelegging.

#### Transponeringstabel

WIM	ICC	Verdragen + WOS
artikel 5 lid 1	Artikel 8 lid 2 sub (a)	GCI 50; GCII 51; GCIII 130; GCIV 147
artikel 5 lid 2 sub a	Geen	API 85 lid 2
artikel 5 lid 2 sub b	Geen	API 11 lid 4
artikel 5 lid 2 sub c	Geen	API 85 lid 3
artikel 5 lid 2 sub d	Geen	API 85 lid 4
artikel 5 lid 3 sub a	Artikel 8 lid 2 sub (b)(xxii)	gebaseerd op API 75 lid 2 (b)
artikel 5 lid 3 sub b	Artikel 8 lid 2 sub (b)(xxii) jo. Artikel 7 lid 2 (f)	geen
artikel 5 lid 3 sub c	Artikel 8 lid 2 sub (b)(x)	samenvoegsel van GCI 50; GCII 51; GCIII 130; GCIV 147; API 11 lid 1 en 2
artikel 5 lid 3 sub d	Artikel 8 lid 2 sub (b)(xi)	HIV 23 (b)
artikel 5 lid 3 sub e	Artikel 8 lid 2 sub (b)(vi)	HIV 23 (c) jo. API 41 lid 1 en 2
artikel 5 lid 3 sub f	Artikel 8 lid 2 sub (b)(vii)	HIV 23 (f) jo. API 38 en 39
artikel 5 lid 4 sub a	Geen	TPHC 15 (a)
artikel 5 lid 4 sub b	Geen	TPHC 15 (b)
artikel 5 lid 4 sub c	Geen	TPHC 15 (c)
artikel 5 lid 4 sub d	Geen	TPHC 15 (d)
artikel 5 lid 4 sub e	Geen	TPHC 15 (e)
artikel 5 lid 5 sub a	Artikel 8 lid 2 sub (b)(ii)	gebaseerd op API 52 lid 1
artikel 5 lid 5 sub b	Artikel 8 lid 2 sub (b)(iv)	samenvoegsel van API 35 lid 3; 51 lid 5 (b); 55 lid 1; 85 lid 3 (b)
artikel 5 lid 5 sub c	Artikel 8 lid 2 sub (b)(v)	HIV 25
artikel 5 lid 5 sub d	Artikel 8 lid 2 sub (b)(viii)	GCIV 49; API 85 lid 4 (a)
artikel 5 lid 5 sub e	Artikel 8 lid 2 sub (b)(xiv)	HIV 23 (h)
artikel 5 lid 5 sub f	Artikel 8 lid 2 sub (b)(xv)	HIV 23 slotparagraaf
artikel 5 lid 5 sub g	Artikel 8 lid 2 sub (b)(xvii)	HIV 23 (a)
artikel 5 lid 5 sub h	Artikel 8 lid 2 sub (b)(xviii)	GGP1925
artikel 5 lid 5 sub i	Artikel 8 lid 2 sub (b)(xix)	HDIV(3)1899

WIM	ICC	Verdragen + WOS
artikel 5 lid 5 sub j	Artikel 8 lid 2 sub (b)(xxi)	API 75 lid 2 (b)
artikel 5 lid 5 sub k	Artikel 8 lid 2 sub (b)(xxiii)	gebaseerd op GCIII 23; GCIV 28; API 51 lid 7
artikel 5 lid 5 sub l	Artikel 8 lid 2 sub (b)(xxv)	gebaseerd op API 54
artikel 5 lid 5 sub m	Artikel 8 lid 2 sub (b)(i)	gebaseerd op API 51 lid 2 en 85 lid 3 (a)
artikel 5 lid 5 sub n	Artikel 8 lid 2 sub (b)(xxiv)	samenvoegsel van GCI 24–27, 36, 39–44; GCII 42–44; GCIV 18–22; API 8, 12, 15, 18, 23–24
artikel 5 lid 5 sub o	Artikel 8 lid 2 sub (b)(iii)	geen
artikel 5 lid 5 sub p	Artikel 8 lid 2 sub (b)(ix)	samenvoegsel van HIV 27 en 56; alle GC meerdere bepalingen
artikel 5 lid 5 sub q	Artikel 8 lid 2 sub (b)(xvi)	HIV 28
artikel 5 lid 5 sub r	Artikel 8 lid 2 sub (b)(xxvi)	gebaseerd op API 77 lid 2, VRK 38
artikel 5 lid 5 sub s	Artikel 8 lid 2 sub (b)(xii)	HIV 23 (d)
artikel 5 lid 5 sub t	Artikel 8 lid 2 sub (b)(xiii)	HIV 23 (g)
artikel 5 lid 6	Geen	WOS 8 lid 3
artikel 5 lid 7	Geen	API 11 lid 3
artikel 6 lid 1 sub a	Artikel 8 lid 2 sub (c)(i)	GCI 3 lid 1 (a); GCII 3 lid 1 (a); GCIII 3 lid 1 (a); GCIV 3 lid 1 (a)
artikel 6 lid 1 sub b	Artikel 8 lid 2 sub (c)(iii)	GCI 3 lid 1 (b); GCII 3 lid 1 (b); GCIII 3 lid 1 (b); GCIV 3 lid 1 (b)
artikel 6 lid 1 sub c	Artikel 8 lid 2 sub (c)(ii)	GCI 3 lid 1 (c); GCII 3 lid 1 (c); GCIII 3 lid 1 (c); GCIV 3 lid 1 (c)
artikel 6 lid 1 sub d	Artikel 8 lid 2 sub (c)(iv)	GCI 3 lid 1 (d); GCII 3 lid 1 (d); GCIII 3 lid 1 (d); GCIV 3 lid 1 (d)
artikel 6 lid 2 sub a	Artikel 8 lid 2 sub (e)(vi)	gebaseerd op APII 4 lid 2 (e)
artikel 6 lid 2 sub b	Artikel 8 lid 2 sub (e)(vi) jo. Artikel 7 lid 2 (f)	geen
artikel 6 lid 2 sub c	Artikel 8 lid 2 sub (e)(xi)	gebaseerd op APII 5 lid 2 (e)
artikel 6 lid 2 sub d	Artikel 8 lid 2 sub (e)(ix)	geen (HIV 23 (b))
artikel 6 lid 3 sub a	Artikel 8 lid 2 sub (e)(i)	gebaseerd op APII 13 lid 2
artikel 6 lid 3 sub b	Artikel 8 lid 2 sub (e)(ii)	samenvoegsel van APII 9 lid 1, APII 11, APII 12
artikel 6 lid 3 sub c	Artikel 8 lid 2 sub (e)(iii)	geen
artikel 6 lid 3 sub d	Artikel 8 lid 2 sub (e)(iv)	gebaseerd op APII 16, APII 11 (HIV 27, 56)
artikel 6 lid 3 sub e	Artikel 8 lid 2 sub (e)(v)	gebaseerd op APII 4 lid 2 (g) (HIV 28)
artikel 6 lid 3 sub f	Artikel 8 lid 2 sub (e)(vii)	VRK 38
artikel 6 lid 3 sub g	Artikel 8 lid 2 sub (e)(x)	gebaseerd op APII 4 lid 1
artikel 6 lid 3 sub h	Artikel 8 lid 2 sub (e)(xii)	gebaseerd op APII 13 lid 1 (HIV 23 (g))
artikel 6 lid 3 sub i	Artikel 8 lid 2 sub (e)(viii)	gebaseerd op APII 17 lid 1
artikel 6 lid 4	Geen	WOS 8 lid 3
artikel 7 lid 1	Geen	WOS 8 lid 1
artikel 7 lid 2	Geen	WOS 8 lid 2
artikel 7 lid 3	Geen	WOS 8 lid 3

GCI = Verdrag (I) van Genève van 1949

GCII = Verdrag (II) van Genève van 1949

GCIII = Verdrag (III) van Genève van 1949

GCIV = Verdrag (IV) van Genève van 1949

API = Aanvullende Protocol I

APII = Aanvullende Protocol II

HIV = Haags Verdrag (IV) met bijbehorend Landoorlogsreglement van 1907

### **3. Rechtsmacht en vraagstukken die hiermee verbonden zijn**

#### *a. Universele rechtsmacht*

Algemeen wordt aangenomen dat staten ter zake van de internationale misdrijven zoals omschreven in het onderhavige voorstel universele rechtsmacht voor hun strafgerechten kunnen vestigen. Ter zake van sommige misdrijven bestaat daartoe zelfs een verdragsrechtelijke plicht. Onder universele rechtsmacht wordt hier begrepen de rechtsmacht die uitsluitend is gebaseerd op de aard en ernst van het misdrijf, ongeacht of er een direct aanknopingspunt is met de rechtsorde van de staat die die rechtsmacht claimt, bijvoorbeeld gelegen in de plaats waar het misdrijf is gepleegd, de nationaliteit van de verdachte of de nationaliteit van het slachtoffer. Reden voor het vestigen van universele rechtsmacht is dat de internationale misdrijven zo ernstig zijn dat zij niet onbestraft mogen blijven. Hoe meer staten universele rechtsmacht voor deze misdrijven vestigen, des te kleiner wordt de kans dat de daders hun gerechte straf kunnen ontgaan door naar veilige oorden te vluchten. Het leerstuk van de universele rechtsmacht heeft een sterke impuls gekregen door de instelling van de ad-hoc Tribunalen voor het voormalig Joegoslavië en Rwanda en de totstandkoming van het Statuut van het Internationaal Strafhof. In de preambule van dat Statuut wordt gesteld dat de daarin omschreven misdrijven «niet onbestraft dienen te blijven en dat een doeltreffende vervolging daarvan verzekerd dient te worden door het treffen van maatregelen op nationaal niveau en door het versterken van internationale samenwerking.» Deze ontwikkelingen maken tegelijkertijd dat het leerstuk van de universele rechtsmacht in beweging is en dat er vragen rijzen over de precieze grenzen. Zo'n vraag is hoe universele rechtsmacht zich verhoudt tot de immuniteit waarop staatshoofden, diplomaten en andere overheidsfunctionarissen volgens het volkenrecht aanspraak hebben (zie hierna onderdeel b). In het op 14 februari jl. door het Internationaal Gerechtshof gewezen vonnis in de zaak D.R. Congo/België (te vinden op de website van het Internationaal Gerechtshof: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iCOBE/iCOBEframe.htm>) is het Gerechtshof op deze kwestie nader ingegaan. Op de (onbeperkt) universele rechtsmacht die de Belgische wetgever heeft gevestigd ter zake van internationale misdrijven, wordt in de uitspraak zelf niet ingegaan, maar wel in enkele *opinions* van individuele rechters van het Internationaal Gerechtshof. Het Nederlandse strafrecht kent voor bepaalde misdrijven reeds universele rechtsmacht. Gewezen zij in artikel 4 van het Wetboek van Strafrecht op valsemunterij (artikel 4 onder 3) en bepaalde misdrijven tegen zee- en luchtvaartuigen (onder 7 en 8). Verder heeft de Wet Oorlogsstrafrecht universele rechtsmacht gevestigd ter zake van de oorlogsmisdrijven (artikel 3 onder 1 WOS, bevestigd door de Hoge Raad in de zgn. Knesevic-beschikking van 11 november 1997, NJ 1998, 463, m.nt. 'tH). Ook de Uitvoeringswet folteringverdrag gaat uit van universele jurisdictie (artikel 5). Bij de Uitvoeringswet genocideverdrag daarentegen is ter zake van genocide alleen extraterritoriale jurisdictie geschapen op basis van het actieve en passieve nationaliteitsbeginsel, dat wil zeggen voor zover het feit is gepleegd door een Nederlander (artikel 5 Uitvoeringswet) of tegen of met betrekking tot een Nederlander of een Nederlandse rechtspersoon of voor zover enig Nederlands belang door het feit is of kon worden geschaad (artikel 3 onder 2 en 4 WOS). Recent heeft Nederland, ter uitvoering van twee anti-terrorismeverdragen, universele rechtsmacht gevestigd ter zake van, kortweg, terroristische bomaanslagen en financiering van terrorisme,



mits de verdachte zich in Nederland bevindt (artikel 4 onderdelen 13 en 14 Sr, zie de uitvoeringswetten van 20 december 2001, Stb. 673 en 675).

Aangenomen wordt dat staten slechts universele rechtsmacht kunnen vestigen voor zover het volkenrecht daaraan niet in de weg staat. Soms bestaat zelfs een volkenrechtelijke verplichting daartoe. Een verplichting tot het vestigen van universele rechtsmacht treft men bijvoorbeeld aan in de Verdragen van Genève van 1949 betreffende oorlogsmisdrijven. Artikel 146 van het Verdrag van Genève betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd, van 12 Augustus 1949, luidt bijvoorbeeld:

- «1. De Hoge Verdragsluitende Partijen verbinden zich alle benodigde wettelijke regelingen tot stand te brengen, nodig om doeltreffende strafbepalingen vast te stellen voor personen die één der ernstige inbreuken op dit Verdrag, omschreven in het volgend artikel, hebben gepleegd, dan wel bevel tot het plegen daarvan hebben gegeven.
2. Iedere Hoge Verdragsluitende Partij is verplicht personen die ervan verdacht worden één van deze ernstige inbreuken te hebben gepleegd, dan wel bevel tot het plegen daarvan te hebben gegeven, op te sporen en moet hen, ongeacht hun nationaliteit, voor haar eigen gerechten brengen. Zij kan hen ook, indien zij daaraan de voorkeur geeft, en overeenkomstig de bepalingen van haar eigen wetgeving, ter berechting overleveren aan een andere bij de vervolging belang hebbende Hoge Verdragsluitende Partij, mits deze Verdragsluitende Partij een met voldoende bewijzen gestaafde telastlegging welke een vervolging rechtvaardigt, tegen de betrokken personen inbrengt.»

Uit het tweede lid blijkt dat de verdragsstaten zich verbinden universele rechtsmacht te vestigen voor de betrokken ernstige inbreuken, waar en door wie ook gepleegd, voor het geval de verdachte wordt aangetroffen op hun grondgebied. In dat geval hebben ze de keuze tussen zelf berechten of overleveren aan een andere staat («aut dedere aut iudicare»). Dezelfde verplichtingen bestaan bijvoorbeeld op grond van artikel 5, tweede lid, van het folteringverdrag. Deze vorm van universele rechtsmacht wordt ook wel «secundaire universele rechtsmacht» genoemd: rechtsmacht voor het geval in Nederland een persoon wordt aangetroffen, verdacht van het plegen van een bepaald misdrijf ten aanzien waarvan een andere staat primaire rechtsmacht heeft. Bij laatstbedoelde staat wordt dan gedacht aan een staat met een direct aanknopingspunt met de zaak, zoals de staat waar het feit is gepleegd of de staat waarvan de verdachte of het slachtoffer onderdaan is. Secundaire universele rechtsmacht strekt ertoe om te voorzien in de mogelijkheid voor de staat waar de verdachte wordt aangetroffen, om de verdachte te vervolgen in het geval dat de staat met primaire rechtsmacht om een of andere reden niet tot optreden overgaat (soms zelfs «het erbij laat zitten») of kan overgaan. Dit kan zowel het geval betreffen dat een verzoek om uitlevering door die andere staat is gedaan en is afgewezen als het geval dat niet om uitlevering is gevraagd (zie hierover de toelichting bij eerdergenoemde wetten ter uitvoering van twee anti-terrorismedoverdragen, Kamerstukken II 2001/2002, 28 028, nr. 3, blz. 5–6, en 28 031, nr. 3, blz. 5).

Het is in discussie of staten nog verder kunnen gaan en ook universele rechtsmacht kunnen vestigen voor het geval dat de verdachte zich niet op hun grondgebied bevindt. De wvd. A-G bij de Hoge Raad N. Keijzer komt in zijn uitvoerige en gedocumenteerde conclusie bij de vordering tot cassatie in het belang der wet in de zaak betreffende de Decembermoorden tot de conclusie dat dit naar de huidige stand van het volkenrecht niet kan (HR 18 september 2001, ELRO-nr. AB 1471, AA 2002, p. 99 m.nt. Y. Buruma, overweging 138). Zoals gezegd is het Internationaal Gerechtshof in de zaak D.R. Congo/België niet op dit punt ingegaan. De rechters Higgins, Kooijmans en Buergenthal betoogden echter in hun *separate opinion* dat er geen reden is om volledige, onbeperkte universele jurisdictie zoals België die heeft gevestigd, volkenrechtelijk ontoelaatbaar

te achten. De president van het Gerechtshof, G. Guillaume, komt daarentegen in zijn *opinion individuelle* tot de tegenovergestelde conclusie. Hoe dit ook zij, naar het oordeel van de regering gebiedt het geldende volkenrecht geenszins tot het vestigen van onbeperkt universele rechtsmacht voor internationale misdrijven als in dit wetsvoorstel voorzien. De internationale praktijk lijkt nog steeds meer geneigd naar de beperkte vorm van (secundaire) universele rechtsmacht, gebaseerd op het beginsel *aut dedere aut iudicare*. Ook het Statuut van het Internationaal Strafhof verplicht niet tot het vestigen van de ene of de ander vorm van rechtsmacht. Het bevat geen rechtstreekse verplichtingen voor staten om tot strafbaarstelling van de daarin omschreven misdrijven en vestiging van universele rechtsmacht over te gaan; het Statuut gaat immers niet over de nationale vervolging van die misdrijven maar over de vervolging voor het Strafhof. Wel wordt, zoals gezegd, aangenomen dat uit het in het Statuut besloten liggende complementariteitsbeginsel volgt dat de staten die partij zijn, de betrokken misdrijven ook zelf strafbaar stellen en terzake adequate rechtsmacht vestigen zodanig dat de daders niet onbestraft blijven. Het blijkt dat de meeste staten overgaan tot de vestiging van universele rechtsmacht voor oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de menselijkheid en genocide, zij het dat de vormgeving daarvan van staat tot staat kan verschillen.

Er zijn goede redenen aan te voeren voor de beperking van de universele rechtsmacht tot verdachten die aanwezig zijn op het grondgebied van de staat. Ten eerste wordt berechting bij verstek, zonder enig aanknopingspunt met de zaak (feit gepleegd op het grondgebied, verdachte is onderdaan e.d.), over het algemeen niet juist geacht. Verder kan berechting bij verstek gemakkelijk tot jurisdictieconflicten leiden met staten die wel een aanknopingspunt met de zaak hebben. Deze jurisdictieconflicten kunnen een effectieve internationale samenwerking voor de berechting van internationale misdrijven ondermijnen, onder andere door de regel dat een land dat zelf in een bepaalde zaak vervolging heeft ingesteld, niet zal overgaan tot het verlenen van kleine rechtshulp in diezelfde zaak aan een ander land (zie ten onzent artikel 552l, eerste lid, onder c, Sv).

Mede gelet op het voorgaande stelt de regering voor om voor de in het onderhavige voorstel strafbaar gestelde misdrijven secundaire universele rechtsmacht te vestigen (voor zover deze naar Nederlands recht al niet bestaat). Hiermee zal ook Nederland zijn bijdrage kunnen leveren aan het tegengaan van straffeloosheid voor de onderhavige misdrijven. Voorgesteld wordt de universele rechtsmacht te beperken tot de situatie waarin de verdachte zich in Nederland bevindt. In die situatie zal Nederland – in lijn met het bovengenoemde *aut-dedere-aut-iudicare*-beginsel – hetzij zelf tot vervolging en berechting van betrokkene kunnen overgaan hetzij hem uitleveren aan een andere staat met een sterker aanknopingspunt met de zaak, zoals de staat op wiens grondgebied het feit is gepleegd, de staat waarvan de verdachte onderdaan is of de staat wiens onderdanen slachtoffer zijn van het feit. Ook is denkbaar dat Nederland de verdachte overlevert aan een supranationaal strafgerecht, zoals de ad-hoc-tribunalen of het Internationaal Strafhof. Zo'n gerecht zal soms met meer gezag en meer onderzoeksmogelijkheden de vervolging ter hand kunnen nemen dan een staat die geen ander aanknopingspunt met de zaak heeft dan dat de verdachte zich op zijn grondgebied bevindt. Het complementariteitsbeginsel zoals dat ten opzichte van het Internationaal Strafhof geldt, hoeft hieraan niet in de weg te staan. Dit houdt naar de mening van de regering namelijk niet in dat iedere willekeurige staat die rechtsmacht heeft, met voorrang boven het Strafhof de zaak moet vervolgen, maar dat de staten met een direct aanknopingspunt met de zaak (anders dan de enkele aanwezigheid van de verdachte op hun grondgebied, bijvoorbeeld de staat waar het feit is gepleegd of de staat van de verdachte) allereerst hun verantwoordelijkheid nemen. Het onderhavige voorstel tot vestiging van universele rechtsmacht, met de beperking tot de aanwezigheid van de

verdachte op het grondgebied, is in overeenstemming met de wetgeving (of in voorbereiding zijnde wetgeving) van een aantal andere landen, zoals Canada, het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk.

De beperking van de rechtsmacht tot de situatie dat de verdachte zich in Nederland bevindt, is in de consultatieronde onderwerp van discussie geweest. Sommigen vonden dit een realistische en redelijke beperking. Anderen hadden er kritiek op, en meenden dat de beperking een effectieve handhaving van het onderhavige wetsvoorstel ondermijnt. Naar de mening van de regering is deze kritiek niet terecht. De kritiek gaat er kennelijk vanuit dat wanneer Nederland in een bepaalde zaak geen vervolging instelt, die zaak geheel onvervolgd zal blijven. In een situatie waarin steeds meer staten overgaan tot het vestigen van – al dan niet beperkt uit te oefenen – universele rechtsmacht ter zake van de internationale misdrijven, wordt de kans op straffeloosheid echter steeds kleiner, en het internationaal isolement van de betrokken persoon steeds groter. Wanneer Nederland geen vervolging instelt, bijvoorbeeld bij gebreke van rechtsmacht omdat de verdachte zich elders bevindt, is het geenszins uitgesloten dat het Internationaal Strafhof of een andere staat wèl een strafrechtelijk onderzoek instelt. Daarbij moet in het bijzonder worden gedacht, zoals hierboven al aangegeven, aan staten met een direct aanknopingspunt met de zaak. Indien mogelijk zal in onderlinge afstemming door deze staten en het Internationaal Strafhof moeten worden bepaald waar de zaak voor het gerecht zal worden gebracht. Daarbij kunnen zij elkaar onderling rechtshulp verlenen, daaronder begrepen de uit- of overlevering van de verdachte. Ook Nederland zal, waar dat van haar wordt verlangd, hierbij rechtshulp verlenen. Aldus past het voorgestelde artikel 2 in een patroon van internationale samenwerking, tussen staten onderling en tussen staten en het Internationaal Strafhof, ter voorkoming van straffeloosheid.

Naast universele jurisdictie wordt voorgesteld voor de in dit wetsvoorstel omschreven misdrijven rechtsmacht te vestigen op basis van het actief en passief nationaliteitsbeginsel, dat wil zeggen voor zover het feit door of tegen een Nederlander is gepleegd. Hiermee wordt de universele rechtsmacht, voorzien in artikel 2, eerste lid, onder a, aangevuld voor zover de verdachte zich niet in Nederland bevindt. Deze rechtsmachtgrondslagen zijn, zoals hierboven aangegeven, door de Nederlandse wetgever ook gehanteerd bij de invoering van de strafbaarstelling van genocide. De vestiging van rechtsmacht op basis van het actief nationaliteitsbeginsel vindt ook erkenning in de rechtsmacht van het Internationaal Strafhof, waar die onder andere bestaat wanneer in een bepaalde zaak de nationaliteitsstaat van de persoon die van het misdrijf wordt beschuldigd, partij is bij het Statuut van het Strafhof dan wel ad hoc de rechtsmacht van het Strafhof heeft aanvaard (zie artikel 12, tweede lid, Statuut van het Strafhof).

#### *b. Immuniteiten*

Zoals hierboven al is aangegeven is het leerstuk van de universele rechtsmacht sterk in beweging en rijzen vragen over de precieze grenzen. Een van de belangrijkste vragen in dat verband is de vraag in hoeverre bijvoorbeeld buitenlandse staatshoofden en regeringsleiders alsmede andere hoge vertegenwoordigers van staten aanspraak kunnen maken op in het volkenrecht erkende immuniteit voor de Nederlandse strafrechter als zij ervan worden verdacht internationale misdrijven te hebben begaan. De afgelopen jaren zijn strafrechters in verschillende landen geconfronteerd met deze vraag. De discussie over dit onderwerp is vooral aangezet door de Pinochet-uitspraken van het Engelse House of Lords, waarin het beroep op immuniteit van het voormalig staatshoofd van Chili werd verworpen. Mede naar aanleiding hiervan is in de volkenrechtelijke litera-

tuur en in gezaghebbende internationale fora een uitgebreide discussie op gang gekomen.

Op 14 februari 2002 is door het Internationaal Gerechtshof arrest gewezen in de zaak Congo – België betreffende het in 2000 uitgevaardigde arrestatiebevel tegen de toenmalige Congolese Minister van Buitenlandse Zaken Yerodia. In dit arrest oordeelt het Hof dat *zittende* ministers van buitenlandse zaken op grond van internationaal gewoonterecht volledige strafrechtelijke immuniteit genieten. Zonder deze immuniteit zou het functioneren van ministers van buitenlandse zaken onmogelijk worden. Het Hof geeft aan dat strafrechtelijke vervolging van een zittende minister van buitenlandse zaken slechts plaats kan vinden voor de eigen nationale rechter, voor een vreemde nationale rechter als de immuniteit door de eigen staat is opgeheven, en voor internationale tribunalen (zoals het toekomstige Internationale Strafhof). Daarnaast is vervolging van *voormalige* ministers van buitenlandse zaken voor een vreemde nationale rechter toegestaan met betrekking tot daden verricht voorafgaand aan of na afloop van hun ministerschap dan wel met betrekking tot daden die zij «in a private capacity» hebben verricht tijdens hun ministerschap. Naar het oordeel van de regering gaat de conclusie van het Hof ook op voor staats- hoofden en regeringsleiders. Het Hof zegt dit niet met zoveel woorden – hun immuniteiten waren in deze zaak ook niet aan de orde. Een analyse van hun functies zou er niettemin op neerkomen dat deze evenmin goed uitgeoefend kunnen worden indien niet eenzelfde immuniteit zou gelden. Van speciaal belang is de vaststelling door het Internationaal Gerechtshof dat voormalige ministers van buitenlandse zaken geen beroep op immuniteit kunnen doen met betrekking tot daden die zij «in a private capacity» hebben verricht tijdens hun ministerschap. Het Hof geeft niet nader aan om welke handelingen het daarbij gaat. De regering is van mening dat een ruime interpretatie moet worden gegeven aan het hier bedoelde begrip «daden die «in a private capacity» zijn verricht». Het hier besproken internationale immuniteitsrecht is immers in beweging. De afgelopen jaren heeft in toenemende mate de gedachte postgevat dat onder bepaalde omstandigheden het beroep op immuniteit door hoge voormalige vertegenwoordigers van staten voor de rechter van een vreemde staat dient te falen. Tegelijk is door het Internationaal Gerechtshof thans duidelijk vastgesteld dat er grenzen zijn aan deze ontwikkeling en heeft het Hof door de woorden «acts committed [...] in a private capacity» te kiezen (in plaats van bijvoorbeeld «non-official acts») gekozen voor een beperkte invulling van de daden waarvoor geen immuniteit geldt ten overstaan van de vreemde nationale rechter. In het licht van deze situatie is de regering van oordeel dat enerzijds de uitspraak van het Hof als uitgangspunt dient te worden genomen, en tegelijkertijd anderzijds, binnen de door het Hof gekozen, beperkte invalshoek, ruimte open moet worden gehouden voor verdere rechtsontwikkeling op dit punt.

Wat is nu de stand van het internationale immuniteitsrecht? Uit de staten- praktijk, jurisprudentie, internationale discussies en literatuur blijkt naar het oordeel van de regering het volgende. Vastgesteld kan allereerst worden dat de van oudsher bestaande volkenrechtelijke immuniteits- regels een minder absoluut en een meer functioneel karakter hebben gekregen. Zo genieten naar de mening van de regering oud-staatschefs, oud-regeringsleiders en voormalige ministers van buitenlandse zaken bij de huidige stand van het volkenrecht weliswaar in beginsel nog steeds immuniteit ten overstaan van de vreemde nationale strafrechter voor handelingen die zij in het verleden tijdens en uit hoofde van hun functie hebben verricht (immuniteit *ratione materiae*), maar moet thans worden aangenomen dat zij geen immuniteit genieten voor handelingen die zij hebben verricht voorafgaand aan of volgend op hun ambts- periode, en evenmin voor handelingen die zij tijdens hun ambtsperiode

als privépersoon hebben verricht («in a private capacity», zoals het Internationaal Gerechtshof omschreef in het bovengenoemde arrest).

Tegelijk blijft naar de opvatting van de regering ten aanzien van zittende staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken (blijkens Artikel 7 van het Weens Verdragenverdrag algemeen als hoogste vertegenwoordigers van staten in het internationale verkeer beschouwd) de volledige strafrechtelijke immuniteit (*immunitate ratione personae*) ten overstaan van de nationale strafrechter ook in de huidige tijd onverkort van toepassing. Bij alle discussies over ontwikkelingen in het volkenrecht bestaat hierover een grote mate van overeenstemming.

Voor die opvatting worden diverse redenen aangevoerd. Bijvoorbeeld de gelijkheid van staten brengt mee dat zij niet over elkaar of hun hoogste gezagsdragers mogen oordelen (formele gelijkheidsbeginsel: *par in parem non habet imperium*). Met het oog daarop wordt met name het staatshoofd nogal eens met de staat vereenzelvigd. Een andere overweging is dat staten zich niet met de «interne zaken» van andere staten dienen te bemoeien (non-interventie beginsel). Wat hier ook van zij, een derde doorgaans aangevoerde reden moet heden ten dage als meest overtuigende worden beschouwd, namelijk dat zonder een zekere mate van strafrechtelijke immuniteit voor bepaalde categorieën van personen het onderhouden van internationale betrekkingen onmogelijk zou worden. Het is juist voor een internationaal gericht land als Nederland cruciaal dat contacten op hoog niveau met het buitenland open worden gehouden. Via deze contacten kan waar nodig ook kritiek worden uitgeoefend indien bijvoorbeeld de mensenrechtensituatie in een ander land daar aanleiding toe geeft. Ook dient Nederland er zorg voor te dragen dat contacten van buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken met in Nederland gevestigde internationale organisaties niet door strafrechtelijke procedures voor de Nederlandse rechter worden belemmerd. Voorts dient naar het inzicht van de regering de algemeen erkende strafrechtelijke immuniteit van zittende staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken ertoe te voorkomen dat deze personen mogelijk op onzuivere politieke gronden in het buitenland strafrechtelijk worden vervolgd.

De regering hecht eraan direct hieraan toe te voegen dat het bezitten van immuniteit niet betekent dat genoemde hoogwaardigheidsbekleders nooit strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden voor internationale misdrijven die zij mogelijk hebben begaan. Immuniteit staat niet gelijk met straffeloosheid. Kort gezegd: immunity, no impunity. Mogelijkheden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid liggen zowel op nationaal als op internationaal niveau. Op nationaal niveau kan deze mogelijkheid bestaan vanaf het moment dat betrokkene niet meer in functie is; wellicht in eigen land, en anders – zoals hierboven al is aangegeven – bij bezoek aan het buitenland. Op internationaal niveau kan de mogelijkheid bestaan dat niet alleen voormalige maar ook zittende staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken worden vervolgd voor een internationaal tribunaal (men denke aan het Joegoslaviëtribunaal of het Rwanda-tribunaal) ofwel voor het Internationaal Strafhof. In artikel 27 van het Statuut van het Internationaal Strafhof is immers expliciet aangegeven dat eventueel bestaande immuniteit geen beletsel vormt voor het uitoefenen van rechtsmacht door het Hof over de betreffende persoon. Voor al deze mogelijkheden geldt dat het volkenrecht het afgelopen decennium belangrijke ontwikkelingen heeft doorgemaakt. Van impunity, straffeloosheid is derhalve steeds minder sprake.

De hierbovengenoemde strafrechtelijke immuniteit van zittende staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken ter zake van de in het wetsvoorstel genoemde internationale misdrijven vloeit voort uit het volkenrechtelijk gewoonterecht. Ook voor andere personen kan dat het geval zijn, bijvoorbeeld hier te lande geaccrediteerde diplomaten.

Daarnaast kan immuniteit ook voortvloeien uit verdragen waaraan Nederland is gebonden.

Enkele voorbeelden van dergelijke verdragen zijn:

- de Weense Conventie inzake diplomatieke betrekkingen (1961),
- de Conventie inzake privileges en immuniteiten van de Verenigde Naties (1946) en
- de Conventie inzake privileges en immuniteiten van de gespecialiseerde organisaties (1947).

Uit de genoemde verdragen blijkt dat het vraagstuk van de strafrechtelijke immuniteit c.q. persoonlijke onschendbaarheid niet alleen speelt bij buitenlandse staats- of regeringshoofden of ministers van buitenlandse zaken, maar bijvoorbeeld ook bij buitenlandse diplomaten, gedelegeerden naar bijeenkomsten van internationale organisaties of stafleden van dergelijke organisaties. Aangenomen wordt dat daarin eventueel toegekende immuniteit *ratione personae* (bijvoorbeeld bij geaccrediteerde diplomaten) ook geldt voor internationale misdrijven en dat eventueel toegekende immuniteit *ratione materiae* niet in de weg zal staan aan een berechting door de Nederlandse rechter van internationale misdrijven, tenzij op grond van de strekking van een verdrag het tegendeel moet worden aangenomen.

De regering heeft gemeend in het geval van het onderhavige wetsvoorstel niet te moeten volstaan met een enkele verwijzing in de memorie van toelichting naar beperkingen op de toepasselijkheid van de bepalingen van het onderhavige wetsvoorstel «door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend» (vgl. meer in het algemeen artikel 8 Sr). Zij heeft met het oog op het creëren van de nodige duidelijkheid op dit punt artikel 16 opgenomen in de onderhavige wet. Deze duidelijkheid is vooral van belang opdat in voorkomend geval het OM op verantwoorde wijze en op basis van een heldere beoordeling van de zaak in kwestie een beslissing zal kunnen nemen over het instellen van vervolging en met het oog daarop te treffen maatregelen. Hierbij dient te worden bedacht dat de kwestie van de immuniteit doorgaans speelt in publicitair, politiek en diplomatiek gevoelige zaken met name waar het zittende dan wel voormalige buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken betreft, waarbij het OM bovendien vaak slechts weinig tijd heeft voor het nemen van een beslissing omdat de betrokken persoon maar kort in Nederland is. Dat de wetgever zich nadrukkelijk uitspreekt over de geldende immuniteiten is bovendien gewenst omdat deze immuniteiten verbonden zijn met de betrekkingen tussen staten. Hierbij zij verwezen naar de hiervoor genoemde redenen voor het handhaven van bepaalde immuniteiten, in het bijzonder het kunnen blijven onderhouden van internationale betrekkingen. Bij de artikelsgewijze toelichting zal op artikel 16 nader worden ingegaan.

Tot slot wil de regering nog opmerken dat een eventueel nog bestaande strafrechtelijke immuniteit inzake vervolging voor de Nederlandse strafrechter in bepaalde gevallen niet in de weg zal hoeven te staan aan overlevering van de betreffende persoon door de Nederlandse autoriteiten aan het Internationaal Strafhof overeenkomstig artikel 98 van het Statuut. Zoals de regering reeds te kennen gaf in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel inzake goedkeuring van het Statuut van het Internationaal Strafhof zal een staat, partij bij het Statuut in zijn algemeenheid gehouden zijn tot samenwerking met het Strafhof en tot overlevering van door het Hof opgeëiste personen. Dit is neergelegd in artikel 86. Voor wat de positie van onderdanen van een derde staat betreft, moet onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat de derde staat eveneens partij is bij het Statuut en de situatie dat de derde staat geen partij is bij het Statuut.

Indien de derde staat partij is bij het Statuut, heeft ook deze staat zich gecommitteerd aan de regel van artikel 27 van het Statuut en de algemene verplichting tot samenwerking onder artikel 86. Deze staat

aanvaardt derhalve dat zijn onderdanen zich ter zake van de misdrijven waarover het Hof jurisdictie kan uitoefenen ingevolge artikel 5 van het Statuut niet op immuniteit kunnen beroepen. Het Hof hoeft in geval van een verzoek, gericht aan de aangezochte staat, tot overlevering van een onderdaan van een derde staat, partij bij het Statuut, dan ook geen «waiver» door deze derde staat te verzoeken. De aangezochte staat zal in een dergelijk geval niet in strijd handelen met zijn internationaalrechtelijke verplichtingen met betrekking tot immuniteit door de betrokken persoon aan het Hof over te leveren en met het Hof moeten samenwerken. Indien de derde staat echter geen partij is bij het Statuut, is deze, de uitzondering van artikel 12, derde lid, van het Statuut, daargelaten, evident niet gebonden aan de samenwerkingsverplichtingen met het Strafhof. In dergelijke situaties is het derhalve wel mogelijk dat een eventueel aangezochte staat in strijd met zijn volkenrechtelijke verplichtingen zou handelen door een persoon, die een beroep doet op immuniteit, over te leveren aan het Strafhof zonder dat de derde staat zijn immuniteit heeft opgeheven. Dat het daarbij zou gaan om een mogelijke strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor universeel erkende misdrijven doet daaraan niets af. Het is dan op grond van artikel 98, eerste lid, van het Statuut, in eerste instantie aan het Strafhof om zich daarover een oordeel te vormen en na te gaan of het zijn verzoek jegens de aangezochte staat kan handhaven.

Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de mogelijkheid tot toepassing, op verzoek van het Strafhof, van andere opsporingshandelingen ten aanzien van een immuniteitsgerechtigde persoon, zoals fouillering en inbeslagname en het afnemen van een getuigenverhoor. Artikel 98, eerste lid, van het Statuut van het Internationaal Strafhof bepaalt namelijk dat het Strafhof ook een verzoek om rechtshulp dat zou meebrengen dat de aangezochte staat in strijd met zijn internationale verplichtingen ten aanzien van immuniteit zou handelen, in beginsel niet mag handhaven (tenzij de zendstaat een waiver zou afgeven). Per geval zal moeten worden nagegaan of de gevraagde opsporingshandeling in strijd is met de aan de betrokken persoon toekomende immuniteit. Doorgaans zal deze immuniteit zich bijvoorbeeld uitstrekken tot de door de persoon meegevoerde voorwerpen, zodat fouillering of inbeslagname niet zonder meer mogelijk zijn. Wat betreft de mogelijkheid tot het horen van zo'n persoon door de rechter-commissaris, zijn bijvoorbeeld artikel 31, tweede lid, van het Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer, alsmede artikel 44 van het Verdrag van Wenen inzake consulaire betrekkingen van belang. Artikel 31, tweede lid, van het Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer bepaalt dat een diplomatiek ambtenaar niet verplicht is om als getuige op te treden. Artikel 44 van het Verdrag van Wenen inzake consulaire betrekkingen bepaalt dat de leden van een consulaire post in beginsel gehoord dienen te geven aan een oproeping om te getuigen, maar dat zij niet verplicht zijn te getuigen over zaken die verband houden met de uitoefening van hun functie. Als hij of zij weigert te getuigen, kan de staat geen dwangmiddelen of sancties toepassen.

### *c. De positie van Nederland als gastland van internationale strafgerichten*

In de context van de Nederlandse rechtsmacht kan niet onbesproken blijven hoe de taken en verplichtingen van Nederland onder dit wetsvoorstel zich verhouden tot de positie van Nederland als gastland van het Joegoslaviëtribunaal en het toekomstige Internationaal Strafhof. Ook in de toelichting bij het wetsvoorstel inzake de Uitvoeringswet Internationaal Strafhof, waarin de taken voor het gastland nader werden uitgewerkt, werd daarop al enigszins ingegaan, maar nu juist het onderhavige wetsvoorstel de Nederlandse strafrechtsmacht ten aanzien van niet-onderdanen aanzienlijk uitbreidt, past hier een korte aanvulling. Het zal in de toekomst mogelijkerwijs voorkomen, dat Nederland zelf rechtsmacht

heeft over personen die als verdachte, getuige of anderszins ten behoeve van en op bevel of verzoek van het Strafhof door de Nederlandse autoriteiten over Nederlands grondgebied naar of van het terrein van het Strafhof worden begeleid. Naar de mening van de regering kan Nederland ten aanzien van die personen op dat moment geen rechtsmacht uitoefenen voor feiten begaan voorafgaande aan die doorvoer. Daarmee zou Nederland als gastland immers de werkzaamheden van het Strafhof door kruisen en belemmeren in plaats van faciliteren, en bijvoorbeeld in het geval van een overlevering door een derde staat ook diens samenwerking met het Strafhof frustreren. Een eventuele aangifte tegen een persoon die in transit op weg is naar het Strafhof, of na vervulling van zijn taken aldaar weer op de terugweg naar zijn staat van herkomst is, zal het openbaar ministerie dan ook reeds moeten afwijzen op grond van strijdigheid met de volkenrechtelijke verplichtingen die op Nederland als gastland van het Strafhof rusten. De Uitvoeringswet Joegoslaviëtribunaal (Wet van 21 april 1994, Stb. 308) bevat in verband hiermee in artikel 10 een vrijgeleide voor getuigen of deskundigen ter zake van feiten of veroordelingen die voorafgingen aan hun aankomst in Nederland; deze bepaling is gebaseerd op de Zetelovereenkomst tussen het Koninkrijk en de Verenigde Naties. Het voorstel voor een Uitvoeringswet Internationaal Strafhof bevat een vergelijkbare bepaling.

#### *d. Terugwerkende kracht*

Met de vestiging van rechtsmacht hangt samen de vraag naar de mogelijkheid om terugwerkende kracht te verlenen aan de strafbaarstellingen in het onderhavige voorstel. De Tweede Kamer heeft in het kader van de totstandkoming van de Goedkeuringswet van het Statuut van het Strafhof herhaaldelijk expliciet aandacht gevraagd voor deze mogelijkheid. In dit verband wil de regering er allereerst op wijzen dat dit vraagstuk in beginsel alleen betekenis heeft voor de misdrijven tegen de menselijkheid (en die gevallen van genocide waarover Nederland voorheen geen rechtsmacht had). Immers, de strafbaarstelling van de in het onderhavige wetsvoorstel opgenomen oorlogsmisdrijven is niet nieuw, terwijl sinds de Knesevic-beschikking van de Hoge Raad (HR 11 november 1997, NJ 1998, 463 m.nt. 'tH) vaststaat dat Nederland daarover universele rechtsmacht kan uitoefenen.

Met betrekking tot de kwestie van de terugwerkende kracht van strafwetgeving heeft de Hoge Raad zeer recent een belangwekkende beslissing gewezen, namelijk in de zaak tegen D. Bouterse betreffende de Decembermoorden in Suriname (HR 18 september 2001, ELRO-nr. AB 1471, AA 2002, p. 99 m.nt. Y. Buruma). Hierin heeft de Hoge Raad aangegeven dat artikel 16 Grondwet en artikel 1, eerste lid, Sr een ongeclausuleerd verbod bevatten tot berechting en bestraffing van iemand ter zake van een feit dat ten tijde van het begaan van dat feit niet bij of krachtens de Nederlandse wet strafbaar was gesteld. Dit verbod kan (dan wel moet) slechts dan opzij worden gezet indien een ieder verbindende bepalingen van verdragen of van besluiten van volkenrechtelijke organisaties als bedoeld in artikel 94 Grondwet de verplichting bevatten om het betrokken feit met terugwerkende kracht strafbaar te achten. Het verbod van terugwerkende kracht kan, zo stelt de Hoge Raad vast, niet buiten toepassing worden gelaten wegens strijd met ongeschreven volkenrecht. Het Hof Amsterdam, waarvan het bevel tot vervolging op grond van artikel 12 Sv in cassatie ter beoordeling stond, had dit bevel gegrond op de aanname dat reeds ten tijde van de Decembermoorden foltering als misdrijf tegen de menselijkheid een misdrijf was volgens internationaal gewoonrecht. Volgens de Hoge Raad echter heeft de grondwetgever blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 94 Grondwet toepassing van ongeschreven volkenrecht indien deze toepassing zou botsen met nationale wettelijke voorschriften, niet willen aanvaarden.



Hierbij zij nog opgemerkt dat weliswaar artikel 7, tweede lid, EVRM en artikel 15, tweede lid, BUPO-verdrag, anders dan artikel 16 Gw, een uitzondering maken op het verbod van terugwerkende kracht van strafbepalingen voor gedragingen die misdrijven zijn overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen die door de beschaafde volken respectievelijk de volkerengemeenschap worden onderkend. Deze bepalingen hebben echter alleen de betekenis van een uitzondering op het verbod, omschreven in het eerste lid, en houden geen verplichting in terugwerkende kracht toe te kennen. Tegen deze achtergrond acht de regering het niet wenselijk om, in afwijking van het in het strafrecht geldende legaliteitsbeginsel, aan de thans voorgestelde strafbaarstelling van misdrijven tegen de menselijkheid terugwerkende kracht te verlenen. Er is geen verdrag of besluit van een volkenrechtelijke organisatie dat daartoe, in afwijking van artikel 16 Grondwet en artikel 1 Sr, verplicht. Als de wetgever aan de in het onderhavige voorstel opgenomen strafbaarstellingen terugwerkende kracht zou verlenen, zou hij derhalve in strijd handelen met het, zoals de Hoge Raad aangeeft, ongeclausuleerde verbod van artikel 16 Grondwet. Ook het Statuut van het Internationaal Strafhof bevat op verschillende plaatsen het verbod om iemand met terugwerkende kracht strafrechtelijk aansprakelijk te stellen op grond van het Statuut (zie de artikelen 11, eerste lid, 22, eerste lid, en 24, eerste lid, van het Statuut van het Strafhof). Hierbij komt dat het bijzonder moeilijk, zo niet onmogelijk, is om te bepalen tot welk moment de strafbaarstelling dan zou mogen terugwerken, omdat zeer moeilijk bepaalbaar en voor veel discussie vatbaar is wat de stand van het (ongescreven) volkenrecht op enig moment is. De rechtszekerheid – ratio van het verbod van terugwerkende kracht – is dan ook niet gediend met het verlenen van terugwerkende kracht aan de misdrijven tegen de menselijkheid.

#### **4. Algemene onderwerpen van strafrechtelijke aansprakelijkheid**

##### *a. Algemeen*

Behoudens enkele uitzonderingen zijn de algemene regels van het commune strafrecht ook van toepassing bij de berechting van de internationale misdrijven (zie ook artikel 91 Sr). Hierbij wordt in het bijzonder bedoeld op de regels betreffende het legaliteitsbeginsel, poging en voorbereiding, deelneming, samenloop, ne bis in idem, verjaring e.d. Het Statuut van het Internationaal Strafhof bevat ook regels over deze onderwerpen, grotendeels in deel 3 «Algemene beginselen van strafrecht». Over het geheel genomen hebben deze regels van het Statuut eenzelfde strekking en beogen ze dezelfde belangen en rechten te beschermen als de pendanten in ons Wetboek van Strafrecht. Op onderdelen zijn ze echter anders geformuleerd en kunnen de criteria en grenzen iets anders liggen. Op de overeenkomsten en verschillen tussen de beginselen uit het Statuut en de algemene beginselen van het Nederlandse strafrecht wordt hier kort ingegaan.

- Artikel 22, eerste lid, van het Statuut bevat het legaliteitsbeginsel («geen strafbaar feit zonder wetsbepaling») en bepaalt, dat het Strafhof alleen feiten mag bestraffen waarover het op het moment van plegen rechtsmacht heeft. Qua strekking en reikwijdte komt het overeen met artikel 16 van de Grondwet en artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht, zoals recentelijk nog toegepast door de Hoge Raad in zijn beschikking inzake de Decembermoorden.
- In artikel 22, tweede lid, van het Statuut is het zogenaamde verbod van analogie opgenomen, dat in de Nederlandse rechtspraak van oudsher wordt beschouwd als een onderdeel van het legaliteitsbeginsel.
- Artikel 22, derde lid, van het Statuut bepaalt, dat het legaliteitsbeginsel niet in de weg staat aan de verdere ontwikkeling van strafbare feiten in het internationale recht, en geeft als zodanig aan dat het Statuut niet

beoogt de ontwikkeling van ander materieel verdragsrecht in de weg te staan.

- Artikel 23 van het Statuut bepaalt, dat geen straf mag worden opgelegd waarin het Statuut niet voorziet; ook dit beginsel wordt algemeen beschouwd opgesloten te liggen in het legaliteitsbeginsel zoals het Nederlandse strafrecht dat kent.
- Artikel 24, eerste lid, van het Statuut bevat het verbod van bestraffing met terugwerkende kracht voor feiten die voorafgaande aan de inwerkingtreding van het Statuut zijn gepleegd. Ook dit verbod maakt naar Nederlands recht deel uit van het legaliteitsbeginsel, wat door de Hoge Raad in zijn beschikking inzake de Decembermoorden nog eens werd bevestigd.
- Artikel 24, tweede lid, van het Statuut betreft het Lex mitior-beginsel, dat bepaalt dat bij wijziging van het toepasselijke internationale recht het Strafhof de voor de verdachte meest gunstige bepaling moet toepassen. Wat betreft zijn strekking en reikwijdte komt het overeen met artikel 1, tweede lid, van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht.
- Artikel 25, eerste lid, van het Statuut beperkt de rechtsmacht van het Strafhof tot natuurlijke personen: vervolging van rechtspersonen voor het Strafhof sluit het Statuut uit. Aan vervolging van rechtspersonen door staten die partij zijn, zoals in Nederland mogelijk is op grond van artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht, staat het Statuut echter niet in de weg, ook niet wanneer het gaat om misdrijven uit het Statuut. De regering ziet geen reden om de vervolgbaarheid en strafbaarheid van rechtspersonen op het onderhavige terrein uit te sluiten. Dit neemt niet weg dat het, gelet op de aard van de internationale misdrijven, wenselijk is om steeds ook (en in de eerste plaats) de verantwoordelijke individuele personen te vervolgen.
- Artikel 25, tweede lid, van het Statuut bepaalt dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid ten overstaan van het Strafhof een persoonlijke is, waarvoor een verdachte zich niet kan verschuilen achter het organisatieverband, de rechtspersoon of de staat in het kader waarvan gehandeld werd. De situatie in het Nederlandse strafrecht is vergelijkbaar.
- Artikel 25, derde lid, van het Statuut bevat de deelnemings- en onvolkomen delictsvormen die tot individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid ten overstaan van het Strafhof kunnen leiden. Het gaat om:
  - a. plegen, medeplegen en doen plegen (vergelijkbaar met artikel 47, eerste lid, onder 1, Sr);
  - b. opzettelijk opdracht geven of aanzetten tot of uitlokken van een feitelijk gepleegd of gepoogd misdrijf (vergelijkbaar met artikel 47, eerste lid, onder 2, Sr, waarbij erop gewezen kan worden dat volgens artikel 46a Sr ook de mislukte uitlokking strafbaar is);
  - c. medeplichtigheid inclusief het verschaffen van middelen (vergelijkbaar met artikel 48 Sr);
  - d. opzettelijk bijdragen aan het plegen van misdrijven door een groep; wat hier nadrukkelijk niet is bedoeld – en door de opstellers van het Statuut zelfs bewust is vermeden – is het algemeen strafbaarstellen van het louter samenspannen tot het plegen van een misdrijf uit het Statuut (de bepaling is te onzent vergelijkbaar met artikel 140, eerste en derde lid, Sr; vervolging van zodanig handelen zal soms ook kunnen worden gebaseerd op een deelnemingsfiguur, bijvoorbeeld medeplichtigheid);
  - e. opruiing tot genocide, los van de vraag of deze ook gepoogd of gepleegd wordt (de opruiing tot genocide kent het Nederlandse strafrecht tot nu toe niet als zodanig, maar is in dit wetsvoorstel opgenomen in artikel 3, tweede lid. (Hoewel het Statuut dat niet vereist is in het wetsvoorstel ook de samenspanning tot genocide uit artikel 1, tweede en derde lid van de Uitvoeringswet genocideverdrag overgenomen; onder samenspanning wordt in dit verband

- net als onder de Uitvoeringswet genocideverdrag – hetzelfde verstaan als in artikel 80 Sr);
- f. poging en voorbereidingshandelingen, tenzij het onvoltooid blijven wordt veroorzaakt door vrijwillige terugtred of de eigen verhindering van de voltooiing (vergelijkbaar met de artikelen 45, 46 en 46b Sr).
- Artikel 25, vierde lid, van het Statuut benadrukt dat de Statuutsbepalingen met betrekking tot de vormen van individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid niet van invloed zullen zijn op de eventuele aansprakelijkheid van staten krachtens het internationale recht; deze bepaling raakt de nationale rechtsorde niet en behoeft derhalve geen pendant in het Nederlandse strafrecht.
- Artikel 26 van het Statuut sluit uit, dat het Strafhof rechtsmacht uitoefent over personen, jonger dan 18 jaar op het moment van plegen van een misdrijf; het staat er evenwel niet aan in de weg, dat naar Nederlands strafrecht in beginsel ook minderjarigen vanaf 12 jaar reeds vervolgd kunnen worden (artikel 77a e.v. Sr).
- Artikel 27 van het Statuut bepaalt, dat het Statuut voor een ieder gelijkelijk geldt, ongeacht zijn officiële hoedanigheid of capaciteit, en voegt daaraan nog toe dat immuniteiten en geprivilegieerde procedures die naar nationaal recht op de verdachte van toepassing zouden zijn, geen beletsel voor vervolging ten overstaan van het Strafhof kunnen opleveren; in paragraaf 3, onderdeel b van deze toelichting wordt hierop nader ingegaan.
- Artikel 28 van het Statuut regelt de aansprakelijkheid van militaire bevelhebbers en andere meerderen voor misdrijven begaan door ondergeschikten (deels vergelijkbaar met artikel 9 van de Wet Oorlogsstrafrecht; omdat dit wetsvoorstel beoogt, deze bepaling in gewijzigde vorm te incorporeren, wordt hierop in paragraaf 4, onderdeel b, van deze toelichting nader ingegaan).
- Artikel 29 van het Statuut bepaalt, dat de misdrijven waarover het Strafhof rechtsmacht heeft niet verjaren (vergelijkbaar met het huidige artikel 10, tweede lid, van de Wet Oorlogsstrafrecht, dat in gewijzigde vorm als artikel 13 in dit wetsvoorstel is opgenomen en waarop in paragraaf 4, onder d, van deze toelichting is ingegaan.)
- Artikel 30, eerste lid, van het Statuut bepaalt, dat strafrechtelijke aansprakelijkheid voor misdrijven ten overstaan van het Strafhof – tenzij anders bepaald – slechts bestaat indien die misdrijven zijn begaan met «opzet» en «wetenschap», welke termen in het tweede en derde lid van het artikel nader gedefinieerd worden. In het Nederlandse strafrecht zijn de diverse schuldbestanddelen steeds opgenomen in de afzonderlijke delictsomschrijvingen, waarbij er in het onderhavige wetsvoorstel rekening mee is gehouden dat de delictsomschrijvingen steeds voldoende ruim zijn om de tot de rechtsmacht van het Strafhof behorende misdrijven volledig af te dekken. In beginsel kunnen de in de hier voorgestelde delictsomschrijvingen opgenomen subjectieve bestanddelen (opzettelijk, oogmerk, met kennis van) volgens de in het Nederlandse strafrecht gebruikelijke regels worden toegepast. Zoals hiervoor in paragraaf 2 aangegeven dient de Nederlandse rechter zich wel, voor de bepaling van de reikwijdte van de delictsomschrijvingen – en dus ook de invulling van de subjectieve bestanddelen –, te oriënteren op het internationale recht en de internationale jurisprudentie. Soms zal daarbij ruimte zijn voor toepassing van de figuur van het voorwaardelijk opzet (zie ook artikel 30, tweede en derde lid, Statuut van het Strafhof, volgens welk opzet/wetenschap ook omvat het «bewustzijn dat een gevolg zich bij een normale gang van zaken zal voordoen» en daarover D.K. Piragoff, in: O. Triffterer (red.), *Commentary on the Rome Statute (1999)*, article 30, margin Nos. 22 en 23). Mede gelet hierop acht de regering het niet verstandig om, zoals wel in de consultatieronde is voorgesteld, het

«opzet» in de wet nader te omschrijven en daarvan het voorwaardelijk opzet uit te sluiten.

- Artikel 31, eerste lid, van het Statuut bevat een aantal strafuitsluitingsgronden, die de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een persoon die ten overstaan van het Strafhof wordt vervolgd, wegnemen. Het gaat om:
  - a. geestesziekte of geestelijke stoornis, inclusief die veroorzaakt door onvrijwillige intoxicatie. Intoxicatie is niet expliciet als strafuitsluitingsgrond opgenomen in het Nederlandse Wetboek van Strafrecht. Wel kan echter gezegd worden, dat de toestand van onvrijwillige intoxicatie, waarop artikel 31, eerste lid, onder b, van het Statuut betrekking heeft, in het Nederlandse strafrecht via absolute overmacht of de ongeschreven strafuitsluitingsgrond van afwezigheid van alle schuld tot strafuitsluiting kan leiden, of zelfs via het ontbreken van opzet of schuld tot vrijspraak (zie in deze zin Cleiren/Nijboer 2000, (T&C Sr), art. 40 aant. 4 (Wemes));
  - b. noodweer. Deze strafuitsluitingsgrond kan verregaand worden vergeleken met de noodweer uit artikel 41 Sr. Wel moet erop worden gewezen dat daarin de «oorlogsnoodzaak» niet expliciet als rechtvaardigend belang is erkend. Daarin ziet de regering evenwel geen probleem, omdat onder artikel 41 Sr ook de bescherming van goederen een rechtvaardigend belang kan vormen, mits het uiteraard gaat om de (proportionele) bescherming van goederen, die een rechtmatig doel dienen. Nu daaronder in tijden van oorlog ook het volbrengen van een militaire missie zal vallen, lijkt artikel 41 Sr voldoende ruim om ook de in artikel 31, eerste lid, onder c van het Statuut opgenomen strafuitsluitingsgrond te omvatten;
  - c. overmacht, zowel in een vorm vergelijkbaar met onze psychische overmacht als in de vorm van noodtoestand, althans een soortgelijke afweging van botsende rechtsbelangen als begrepen onder artikel 40 WvS.

De strafuitsluitingsgrond van noodweerecces is niet expressis verbis opgenomen in artikel 31 van het Statuut, maar voorkomende gevallen zullen als putatief noodweer kunnen worden gerangschikt onder de (feitelijke) dwaling uit artikel 32, eerste lid, van het Statuut.

- Artikel 32, eerste lid, van het Statuut betreft de feitelijke dwaling, die ten overstaan van het Strafhof slechts verontschuldigend werkt indien daardoor de voor het delict relevante schuldvorm niet bewezen kan worden (waar in de Nederlandse delictsomschrijving een schuldbestanddeel is opgenomen, zal dwaling omtrent de feiten doorgaans tot vrijspraak leiden; overigens geldt ook onder de voorgestelde Wet internationale misdrijven het schuldbeginnsel, hetgeen meebrengt dat wanneer schuld géén bestanddeel is, de zogenaamde afwezigheid van alle schuld tot een ontslag van rechtsvervolging kan leiden).
- Artikel 32, tweede lid, van het Statuut betreft de rechtswdaling, die ten overstaan van het Strafhof verontschuldigend werkt indien daardoor de voor het delict relevante schuldvorm niet bewezen kan worden, of indien met succes een beroep op een wettelijk voorschrift of een ambtelijk bevel kan worden gedaan (naar Nederlands strafrecht zal dit leiden tot de niet-bewezenverklaring van het telastegelegde, dan wel, bij een succesvol beroep op een wettelijk voorschrift of ambtelijk bevel, tot ontslag van rechtsvervolging op grond van artikel 11 van het onderhavige wetsvoorstel; overigens geldt zoals gezegd het schuldbeginnsel).
- Artikel 33, eerste lid, van het Statuut betreft het bevel van een regering of van een meerdere, dat ten overstaan van het Strafhof als strafuitsluitingsgrond kan worden ingeroepen wanneer de ondergeschikte wettelijk verplicht was het bevel op te volgen en hij geen kennis had, noch behoefde te hebben, van de onwettigheid van het bevel (hiervoor wordt een aparte bepaling voorgesteld in artikel 11).

- Artikel 33, tweede lid, van het Statuut voegt hieraan nog de wettelijke fictie toe, dat een bevel tot het plegen van genocide of misdrijven tegen menselijkheid onmiskenbaar onwettig is, zodat een beroep op zo'n bevel nooit zal kunnen baten (artikel 11, derde lid, van het onderhavige wetsvoorstel incorporeert deze beperking in het Nederlandse strafrecht).

Hoewel strikt genomen de bepalingen van deel 3 van het Statuut alleen het Strafhof zelf, bij de berechting van zijn eigen zaken, regaderen, zou men op grond van het eerdergenoemde complementariteitsbeginsel kunnen betogen dat de staten die partij zijn, deze regels exact dienen over te nemen in hun wetgeving met het oog op de berechting in eigen land van de misdrijven van het Statuut. Zo ver zou de regering echter niet willen gaan. Het complementariteitsbeginsel eist dat staten hun autoriteiten in staat stellen om de misdrijven zoals omschreven in het Statuut zelf te vervolgen en berechten. Dit beginsel eist naar de mening van de regering niet dat zij aan die berechting dezelfde (formeel- en materieel-rechtelijke) voorwaarden en eisen stellen als het Statuut voor de berechting door het Strafhof kent. Dit lijkt ook onwenselijk: het zou onpraktisch zijn en tot onnodige onzekerheid leiden indien de Nederlandse rechter voor de berechting van internationale misdrijven deelnemingsbepalingen en strafuitsluitingsgronden zou moeten toepassen die even iets anders luiden dan de bepalingen waarmee hij gewend is te werken. Ook een rechtstreeks beroep van een verdachte in een Nederlandse strafzaak op een bepaling uit deel 3 van het Statuut, met voorbijgaan aan de desbetreffende Nederlandse bepalingen, is naar het oordeel van de regering niet mogelijk. De bepalingen uit het Statuut (in het bijzonder die betreffende de strafuitsluitingsgronden) strekken er immers uitsluitend toe om personen rechten en waarborgen toe te kennen in een procedure ten overstaan van het Strafhof en niet ten overstaan van de Nederlandse strafrechter. Een en ander laat overigens onverlet dat de Nederlandse bepalingen in de context van internationale misdrijven, zoals gezegd, soms een wat andere invulling of «inkleuring» kunnen krijgen. Dit kan aan de rechter worden overgelaten. Het uitgangspunt dat de algemene regels van het commune strafrecht van toepassing zijn, lijdt uitzondering daar waar het commune strafrecht bepaalde regels niet kent dan wel regels die duidelijk afwijken van hetgeen onder het Statuut van het Strafhof geldt. Dit geldt bijvoorbeeld voor de hierna te bespreken nieuwe bepaling betreffende de aansprakelijkheid van een meerdere.

#### *b. Aansprakelijkheid van de meerdere*

De aansprakelijkheid van bevelhebbers of meerderen voor door ondergeschikten begane (internationale) misdrijven is een van de onderwerpen waarvoor in het onderhavige wetsvoorstel een specifieke voorziening moet worden getroffen. Deze zogenoemde aansprakelijkheid van de meerdere – «command responsibility» is de internationaal gangbare term – vindt reeds lang erkenning in het internationale (gewoonte)recht met betrekking tot oorlogsmisdrijven e.d., maar heeft vooral de laatste jaren aan belang gewonnen. In het bijzonder de praktijk van het Joegoslavië-tribunaal laat namelijk zien dat de internationale aanklagers er in toemende mate in slagen om niet slechts de uitvoerders van de misdrijven voor de rechter te brengen maar juist ook degenen die voor het gedrag van dezen verantwoordelijkheid droegen en – al dan niet achter de schermen – aan de touwtjes trokken, tot aan generaals en leidende politici toe. Het Nederlandse recht kende tot nu toe een vorm van aansprakelijkheid van de meerdere in artikel 9 van de Wet Oorlogsstrafrecht, dat met gelijke straf als is gesteld op het begaan van een oorlogsmisdrijf, bedreigt «hij die opzettelijk toelaat, dat een aan hem ondergeschikte een zodanig feit begaat.» (Artikel 9 WOS komt overigens bij het onderhavige voorstel

te vervallen). Verder kan in dit verband worden gewezen op de artikelen 148 en 149 van het Wetboek van Militair Strafrecht. De figuur van de aansprakelijkheid van de meerdere vindt zijn oorsprong in het oorlogsrecht en in het gegeven dat militaire bevelhebbers een grote verantwoordelijkheid dragen voor – en een daarmee corresponderende toezichthoudende taak en bevoegdheid hebben ten aanzien van – het gedrag van de aan hun bevel onderworpen militairen. De aansprakelijkheid van de meerdere is onder andere neergelegd in artikel 86, tweede lid, van Protocol I, dat luidt: «Het feit dat een inbreuk op de Verdragen of dit Protocol is begaan door een ondergeschikte ontheft zijn meerderen niet van hun strafrechtelijke, onderscheidenlijk disciplinaire verantwoordelijkheid, naar gelang van de omstandigheden, wanneer die meerderen wisten, of over inlichtingen beschikten waardoor zij onder de omstandigheden van dat ogenblik konden begrijpen, dat hij een zodanige inbreuk beging of op het punt stond te begaan, en wanneer zij niet alle praktisch uitvoerbare maatregelen die in hun vermogen lagen, hebben getroffen om de inbreuk te voorkomen of tegen te gaan.» In de loop van de tijd is aanvaard dat ook niet-militaire bevelhebbers of leidinggevendenden, zoals politici, hoge ambtenaren of directeuren van ondernemingen, onder omstandigheden strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden voor door ondergeschikten begane (internationale) misdrijven. Artikel 28 van het Statuut van het Internationaal Strafhof kent dan ook beide vormen van aansprakelijkheid van de meerdere, de militaire en de civiele. Artikel 7, derde lid, van het Statuut van het Joegoslaviëtribunaal spreekt kortweg van «superior», waaronder zowel militaire als civiele meerderen worden begrepen. Overigens kan erop worden gewezen dat een soortgelijke strafrechtelijke aansprakelijkheid ook in het commune Nederlandse strafrecht wel erkend is, bijvoorbeeld in de IJzerdraad- en Slavenburg-arresten van de Hoge Raad (NJ 1954, 378 resp. NJ 1987, 321). Vanwege de militaire connotatie van de term «bevelhebber» zal in het vervolg vooral de term «meerdere» worden gehanteerd.

Waar het bij de aansprakelijkheid van de meerdere om gaat is, dat tussen twee personen een hiërarchische relatie bestaat waarin de ene persoon (de meerdere) effectieve controle kan uitoefenen over het gedrag van de ander, de ondergeschikte. Aansprakelijkheid ontstaat wanneer de meerdere kennis of ernstige vermoedens heeft van door de ondergeschikte voorgenomen of gepleegde misdrijven, maar verzuimt daartegen de maatregelen te treffen die binnen zijn vermogen liggen. Dit is een aansprakelijkheid sui generis, die onverlet laat dat de meerdere onder omstandigheden ook als «gewoon» dader kan worden gestraft, bijvoorbeeld als uitlokker of doen-pleger. Bijzonder voor de aansprakelijkheid van de meerdere is verder dat zij soms pas zal ontstaan nadat de ondergeschikte het misdrijf heeft gepleegd. De plichten van de meerdere brengen namelijk mee dat als preventieve maatregelen geen effect hebben gehad of door onwetendheid van de meerdere achterwege zijn gebleven, de meerdere achteraf, wanneer de misdrijven zijn gepleegd, adequate repressieve maatregelen moet nemen, zoals ervoor zorg te dragen dat de misdrijven ter kennis van de justitie komen en de disciplinaire maatregelen tegen de dader te treffen die binnen zijn vermogen liggen. Anders gezegd (zoals in het hierboven geciteerde artikel 86, tweede lid, van Protocol I), het gaat om de «failure to prevent or punish».

Het onderhavige voorstel bevat een regeling van de aansprakelijkheid van de meerdere in artikel 9. In het eerste lid is de aansprakelijkheid op basis van opzet van de meerdere neergelegd, in het tweede lid een culpoze variant. Bij deze laatste vorm van aansprakelijkheid gaat het om ernstige onvoorzichtigheid en nalatigheid van de meerdere doordat hij, hoewel hij weliswaar niet wist maar wel redelijkerwijs moest vermoeden dat een ondergeschikte een misdrijf had gepleegd of voornemens was te plegen, verzuimde de nodige (preventieve of repressieve) maatregelen te nemen die binnen zijn vermogen lagen. Deze culpoze aansprakelijkheid van de

meerdere vindt onder andere erkenning in artikel 28, onder (a)(i), van het Statuut van het Strafhof («should have known»/«kennis had dienen te hebben»; vergelijk ook artikel 149 Wetboek van Militair Strafrecht). Deze verbreding van de aansprakelijkheid van de meerdere van de opzet naar de culpa wordt naar de mening van de regering ten eerste gerechtvaardigd door het gegeven dat door de macht van moderne machines en wapens de mens door onzorgvuldigheid tegenwoordig veel meer schade en leed kan aanrichten. Voorts wordt het met deze figuur mogelijk om na gewapende conflicten en andere gewelddadige episodes de nadruk meer te leggen bij de leiders, die de conflicten en het geweld hebben ontketend (aldus ook N. Keijzer, *De schuld van de meerdere*, in: M.J. Borgers e.a. (red.), *Verwijtbare uitholling van schuld?*, Nijmegen 1998, p. 176). Wel acht de regering het nodig om het verschil in verwijtbaarheid tussen enerzijds aansprakelijkheid op basis van opzet en anderzijds aansprakelijkheid op basis van culpa tot uitdrukking te brengen in de strafmaat. In geval van de laatste vorm van aansprakelijkheid wordt dan ook het strafmaximum met een derde verminderd (artikel 9, tweede lid). Voor enkele, meer specifieke opmerkingen bij het voorgestelde artikel zij verwezen naar de artikelgewijze toelichting.

### *c. Schulduitsluitingsgrond «bevel van een meerdere»*

Artikel 11 van het onderhavige voorstel regelt de kwestie of en in hoeverre een beroep van de verdachte op een wettelijk voorschrift of een ambtelijk bevel de strafbaarheid van feit of dader kan opheffen. In het commune Nederlandse strafrecht zijn deze strafuitsluitingsgronden geregeld in de artikelen 42 en 43 Sr. Tot nu toe heeft de wetgever met betrekking tot de internationale misdrijven de toepasselijkheid van deze artikelen steeds uitgesloten (zie de artikelen 10, eerste lid, WOS, 3 Uitvoeringswet genocideverdrag en 3 Uitvoeringswet folteringverdrag). Achtergrond hiervan was de gedachte dat de artikelen 42 en 43 Sr zijn geschreven voor toepassing in de Nederlandse, normaal functionerende rechtsorde en minder goed passen in de context van de internationale misdrijven (zie uitgebreid over deze materie P. H. S. van Rest, *Het ambtelijk bevel als strafuitsluitingsgrond*, diss. RUG, Arnhem 1991, hoofdstuk 7). In die context zullen bijvoorbeeld ook buitenlandse wettelijke voorschriften en bevelen afkomstig van buitenlandse bevelhebbers een rol spelen, waaraan door de opstellers van de artikelen 42 en 43 Sr zeker niet is gedacht. De buitentoepassingverklaring van de artikelen 42 en 43 sloot volgens de wetgever overigens niet uit dat een beroep op een gegeven ambtelijk bevel onder omstandigheden een andere strafuitsluitingsgrond zou kunnen opleveren, waarbij in het bijzonder moet worden gedacht aan (psychische) overmacht en a.v.a.s (afwezigheid van alle schuld). Op deze door de wetgever gevolgde lijn is de nodige kritiek gekomen (zie daarover P.H.S. van Rest, a.w., en de losbladige Militair straf- en tuchtrecht, aant. 7 op artikel 10 WOS). De uitsluiting van de artikelen 42 en 43 Sr zou de (onjuiste) indruk kunnen wekken dat een beroep op in het bijzonder ambtelijk bevel nooit zou kunnen baten. Verder zou de wetgever zich onvoldoende rekenschap geven van het feit dat vooral militairen tijdens gewapende conflicten moeten kunnen vertrouwen op de deugdelijkheid van door hun meerderen gegeven bevelen die niet zonneklaar onrechtmatig zijn. Van Rest heeft een pleidooi gehouden om in ieder geval artikel 43, tweede lid, Sr (onbevoegd gegeven ambtelijk bevel) van toepassing te laten zijn. Tegen de achtergrond van deze kritiek en gelet op de totstandkoming van het Statuut van het Internationaal Strafhof is er aanleiding tot heroverweging van de eerder gevolgde lijn. Artikel 33 van dat Statuut bevat namelijk een duidelijke regeling op dit punt, onder het opschrift «Bevelen van meerderen en wettelijk voorschrift»:

«1. Het feit dat een misdrijf waarover het Hof rechtsmacht heeft door een persoon is gepleegd krachtens een bevel van een regering of van een

- meerdere, militair of burger, ontheft die persoon niet van strafrechtelijke aansprakelijkheid, tenzij:
- a. de persoon wettelijk verplicht was bevelen van de desbetreffende regering of meerdere op te volgen;
  - b. de persoon geen kennis had van het feit dat het bevel onwettig was; en
  - c. het bevel niet onmiskenbaar onwettig was.
2. Voor de toepassing van dit artikel zijn bevelen om genocide of misdrijven tegen de menselijkheid te plegen onmiskenbaar onwettig.» In deze bepaling ligt besloten dat een bevel – de term «bevel» lijkt ruim te moeten worden opgevat en te overlappen met «wettelijk voorschrift» – tot het plegen van een van de in het Statuut omschreven misdrijven per definitie wederrechtelijk («onwettig») moet worden geacht, maar dat, onder de voorwaarden a tot en met c, sprake kan zijn van schulditsluiting ten aanzien van de dader (van rechtvaardiging van het strafbaar feit kan dus geen sprake zijn). Van belang is hierbij voorts dat in artikel 33 de term «meerdere» («superior») niet is beperkt tot leidinggevendenden binnen de overheid (militair of civiel) maar zich ook uitstrekt tot leidinggevendenden in particuliere sectoren en ondernemingen. Zo bezien is de regeling van de onderhavige strafuitsluitingsgrond de tegenhanger van de zojuist besproken regeling van de aansprakelijkheid van de meerdere. Nu het Statuut met zoveel woorden de mogelijkheid van disculpatie op grond van het bevel van een meerdere erkent, is er naar de mening van de regering reden om in het onderhavige wetsvoorstel een voorziening te treffen. Daartoe strekt het voorgestelde artikel 11, dat nauw aansluit bij artikel 33 Statuut van het Strafhof. Het eerste lid bevat de regel dat wettelijk voorschrift (afkomstig van de Nederlandse of een vreemde wetgevende macht) en het bevel van een meerdere nooit een rechtvaardiging voor het betrokken misdrijf kunnen vormen. In feite wordt hiermee hetzelfde tot uitdrukking gebracht als tot nu toe impliciet besloten lag in onder andere artikel 10, eerste lid, WOS. Vervolgens bevat het voorgestelde tweede lid de schulditsluitingsgrond ter zake van een onbevoegd gegeven bevel. Het derde lid van artikel 11 is ontleend aan artikel 33, tweede lid, Statuut van het Strafhof en bevat de belangrijke wettelijke fictie dat een bevel tot het plegen van genocide of een misdrijf tegen de menselijkheid kennelijk onbevoegd gegeven is, zodat een succesvol beroep op de in het tweede lid bedoelde goede trouw niet mogelijk is. Deze misdrijven zijn van zodanige aard en ernst – anders dan de onderling nogal verschillende oorlogsmisdrijven – dat niet voorstelbaar is dat iemand alle bestanddelen van zo'n misdrijf heeft vervuld en tegelijk te goeder trouw kan stellen in de veronderstelling te hebben verkeerd dat hij een bevoegd gegeven bevel uitvoerde. In de artikelsgewijze toelichting wordt nader op de voorgestelde strafuitsluitingsgrond ingegaan.

#### *d. Verjaring*

Met betrekking tot de verjaring bevat het onderhavige wetsvoorstel in artikel 13 een afwijking van het commune recht, door zowel de vervolgings- als de executieverjaring uit te sluiten. Dit strookt met artikel 29 van het Statuut van het Internationaal Strafhof, volgens welk misdrijven waarover het Strafhof rechtsmacht bezit niet verjaren. Het voorstel maakt slechts één uitzondering, namelijk voor de lichtste categorie oorlogsmisdrijven, waarop een gevangenisstraf van ten hoogste 10 jaren staat. Deze uitzondering is niet nieuw maar bestaat al sinds 1971. Zij is destijds bewust tot stand gekomen (zie Wet van 8 april 1971 houdende vaststelling van nadere regels betreffende de verjaring van het recht tot strafvordering en uitvoering van straf ter zake van oorlogsmisdrijven en



misdrijven tegen de menselijkheid, Stb. 210). De regering meent dat de uitzondering nog steeds op haar plaats is. De schendingen van de wetten en gebruiken van de oorlog vormen namelijk een zeer ruime categorie van delicten, gepleegd in het kader van een gewapend conflict, waaronder ook feiten van op zichzelf betrekkelijk geringe ernst, zoals bepaalde kleine diefstallen.

Het handhaven van de verjaarbaarheid van de lichtste categorie van oorlogsmisdrijven is in overeenstemming met de internationale verplichtingen van het Koninkrijk. Het Koninkrijk is geen partij bij het op 16 december 1968 totstandgekomen en op 11 november 1970 in werking getreden VN Verdrag inzake de niet-verjaring van oorlogsmisdaden. Maar ook als het Koninkrijk wel partij bij het verdrag zou zijn, is het voorstel in grote lijnen in overeenstemming met dat verdrag. Het verdrag verbiedt namelijk verjaring van oorlogsmisdrijven als omschreven in het Neurenberg Handvest en bevestigt in specifieke resoluties van de Algemene Vergadering van de VN, welke met name grove schendingen van het vierde Verdrag van Genève, misdrijven tegen de menselijkheid en genocide betreffen.

Het Koninkrijk is wel een verdragsluitende staat bij het Europees verdrag van 25 januari 1974 betreffende de niet-toepasselijkheid van verjaring ter zake van misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven. Het Koninkrijk is een van vier ondertekenaars en een van twee landen die hebben ingestemd aan het verdrag gebonden te willen zijn (al in 1981). Het verdrag is nog niet in werking getreden. Ook dit verdrag beperkt de onverjaarbaarheid echter tot genocide, de grove schendingen van de Verdragen van Genève en de daarmee vergelijkbare schendingen van de wetten en gebruiken van de oorlog. Met betrekking tot het Statuut van het Internationaal Strafhof geldt, dat geen van de verjaarbare oorlogsmisdrijven worden genoemd in het Statuut. De in het eerder genoemde artikel 29 van het Statuut besloten regel zegt dan ook niets over de mogelijkheid van verjaring van deze lichte categorie van oorlogsmisdrijven. Tot slot verdient de aandacht dat de Uitvoeringswet folteringverdrag niets zegt over verjaring en dus verjaring voor foltering thans niet is uitgesloten. Vanwege het zeer ernstige karakter van foltering, en het eerder genoemde *ius-cogens*-karakter van het folterverbod, heeft de regering besloten bij dit voorstel de verjaarbaarheid van foltering te laten vervallen. Hierbij dient bovendien te worden bedacht dat wanneer foltering of marteling plaatsvindt onder omstandigheden die haar kwalificeren als misdrijf tegen de menselijkheid of oorlogsmisdrijf, het feit evenmin verjaart.

## **5. De bevoegde rechter**

Artikel 15 van het voorstel draagt de kennisneming van de internationale misdrijven op aan de rechtbank Arnhem. Dit is de gewone strafrechter. De enige afwijking van deze regel is de voortzetting van de al bestaande (militaire) rechtspleging op grond van de Wet militaire strafrechtspraak. Dit systeem komt erop neer dat Nederlandse militairen voor door hen gepleegde internationale misdrijven terecht staan voor de militaire kamer van de rechtbank Arnhem, terwijl alle overige verdachten van internationale misdrijven naar de gewone strafrechter gaan (i.c. van de rechtbank Arnhem). Voor de toedeling van rechtsmacht wordt dus aangeknoopt bij de hoedanigheid van de persoon van de verdachte, hetgeen een helder criterium is. Denkbaar was geweest aan te knopen bij de aard van het betrokken misdrijf (bijvoorbeeld: schending van het humanitair oorlogsrecht of niet) of de omstandigheden waaronder het is gepleegd. De achterliggende gedachte hierbij zou kunnen zijn dat waar de berechting van het betrokken misdrijf militaire expertise vereist, de militaire rechter aangewezen zou moeten worden en anders de gewone rechter. Nog daargelaten dat het heel moeilijk is hiervoor een scherp, onderscheidend criterium te

formuleren, is een dergelijke verdeling van rechtsmacht niet praktisch. Zij zou er namelijk toe kunnen leiden dat in zaken met verschillende strafbare feiten (oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid) en meer verdachten (militairen en burgers), verschillende rechters bevoegd zouden zijn. Het voorgestelde systeem leidt er daarentegen toe dat zo veel mogelijk zaken en verdachten naar dezelfde strafrechter gaan. Alleen voor Nederlandse militairen wordt een uitzondering gemaakt, gelet op hun positie onder de Wet militaire strafrechtspraak.

De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak adviseerde in haar commentaar op het wetsontwerp om alle internationale misdrijven juist toe te bedelen aan de militaire rechter. Zij motiveerde dit op basis van de toegevoegde waarde van militaire en militairrechtelijke expertise. Deze motivering heeft de regering niet overtuigd. Veel internationale misdrijven (in het bijzonder de misdrijven tegen de menselijkheid) worden door burgers (niet-militairen) gepleegd, onder omstandigheden die losstaan van het optreden van (al dan niet statelijke) legers in gewapend conflict. Voor dergelijke gevallen brengt de militaire rechter geen toegevoegde waarde. Voor zover in een concrete zaak wèl militaire expertise is vereist, kan daarin op alternatieve, flexibeler wijze worden voorzien. Zo kunnen ter zitting (militaire) deskundigen worden gehoord. Ook is denkbaar dat in de desbetreffende gewone strafkamer een militair (tevens jurist) als rechter-plaatsvervanger wordt opgenomen.

Artikel 15 concentreert de rechtspraak dus bij de rechtbank Arnhem. In zoverre wordt aangesloten bij de Wet militaire strafrechtspraak. Enerzijds pleit het gering aantal te verwachten zaken en de specifiek vereiste expertise tegen spreiding over 19 rechtbanken en derhalve voor concentratie. Anderzijds heeft het voordelen, gelet op de expertise die in de loop der jaren in Arnhem is opgebouwd met betrekking tot oorlogsmisdrijven, om ook de berechting van de andere bij dit wetsvoorstel aan de Nederlandse rechtsmacht toe te voegen delicten bij die rechtbank onder te brengen.

## **6. Uitvoeringsconsequenties**

Zoals eerder aan de Kamer toegezegd (beantwoording Kamervragen van het lid Halsema, Aanh. Handelingen II 2000/2001, 1256), zou de regering de Kamer inlichten over de algemene criteria die het College van procureurs-generaal zou opstellen voor een vervolgingsbeleid met betrekking tot internationale misdrijven. In dat verband zij het volgende opgemerkt.

Omdat, zoals hierboven reeds aangegeven, de in het onderhavige voorstel strafbaar gestelde misdrijven moeten worden beschouwd als de ernstigste misdrijven, die de gehele internationale gemeenschap met zorg vervullen, dienen de inspanningen van alle staten erop te zijn gericht de dader of daders van zo'n misdrijf op te sporen en de zaak voor de bevoegde rechter te brengen. Deze rechter kan zijn de rechter van de staat waar de verdachte wordt aangetroffen, maar ook de rechter van een andere staat, die een sterker aanknopingspunt met de zaak heeft. Denkbaar is ook dat de verdachte door de staat van aanhouding wordt overgeleverd aan een internationaal gerecht, zoals het Joegoslaviëtribunaal of het aanstaande Internationaal Strafhof. Uitgangspunt is wel, zo wordt doorgaans aangenomen, dat de verdachte in zijn aanwezigheid, dus niet bij verstek, dient te worden berecht. Zeker wanneer de rechtsmachtbasis voor de berechting is gelegen in de universele rechtsmacht, wordt dat als een eis beschouwd (zie de door een aantal gezaghebbende deskundigen op het gebied van het volkenrecht en internationaal strafrecht opgestelde Princeton Principles on Universal Jurisdiction (Princeton University, 2001), Principle 1 (2)). Deze eis voorkomt dat de staat waar de verdachte zich bevindt, in een rechtsmachtconflict geraakt met een andere staat die de berechting bij verstek ter hand neemt.

Wanneer in Nederland een verdachte van een internationaal misdrijf

wordt aangetroffen, brengt dit op zichzelf nog niet een plicht voor de Nederlandse autoriteiten mee om betrokkene ook voor de Nederlandse rechter te vervolgen. Welke verplichtingen in zo'n situatie op Nederland rusten, moet uit de relevante verdragen worden afgeleid. De Verdragen van Genève kennen elk de bepaling dat iedere verdragstaat verplicht is om personen die ervan worden verdacht één van de ernstige inbreuken te hebben gepleegd, op te sporen en voor zijn eigen gerechten te brengen, ofwel ter berechting over te leveren aan een andere bij de vervolging belang hebbende verdragstaat (zie het in paragraaf 3 onder a geciteerde artikel 146, tweede lid, Verdrag van Genève betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd). Ook het folteringverdrag gaat uit van het beginsel «aut dedere aut iudicare», zij het dat dit, vergeleken bij de Verdragen van Genève, omgekeerd is geformuleerd: de staat die op zijn grondgebied een verdachte van foltering aantreft en deze niet uitlevert, «draagt (...) de zaak voor vervolging over aan zijn bevoegde autoriteiten» (artikel 7, eerste lid). Artikel 7, tweede lid, voegt hieraan toe dat deze autoriteiten hun beslissing (over vervolging) op dezelfde wijze nemen als in het geval van een algemeen delict van ernstige aard krachtens de wetgeving van die staat. De staat die een verdachte aantreft, dient steeds onmiddellijk een voorlopig onderzoek naar de feiten in te stellen (artikel 6, tweede lid). De staat neemt de verdachte in hechtenis of treft andere wettelijke maatregelen ten einde zijn aanwezigheid te waarborgen, nadat de staat zich er, na een onderzoek van deze ter beschikking staande gegevens, van heeft overtuigd dat de omstandigheden zulks rechtvaardigen (artikel 6, eerste lid). In dit stelsel van bepalingen van het folteringverdrag ligt besloten dat staten, anders dan bij de Geneefse Verdragen, een zekere mate van discretie ten aanzien van de toepassing van voorlopige hechtenis en de vervolgingsbeslissing behouden, en wel in dezelfde mate als ten aanzien van commune delicten van ernstige aard (zie A. H. Klip, Strafrechtelijke reactie op ernstige schendingen van mensenrechten in het buitenland, in: C. H. Brants, C. Kelk en M. Moerings (red.), *Er is meer*, Arnhem 1996, p. 102–105). Het genocideverdrag is op dit punt summier en bepaalt in artikel 6 alleen dat «persons charged with genocide (...) shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction». Het Statuut van het Internationaal Strafhof, ten slotte, bevat zoals eerder aangegeven geen expliciete verplichtingen voor staten teneinde internationale misdrijven voor hun eigen gerechten te vervolgen. Wel moet uit het complementariteitsbeginsel worden afgeleid dat de primaire verantwoordelijkheid voor de vervolging en berechting bij de staten ligt en niet bij het Strafhof. In de preambule wordt daarover gesteld dat het «de plicht is van elke staat om zijn rechtsmacht in strafzaken uit te oefenen over degenen die verantwoordelijk zijn voor internationale misdrijven.» Welke van de staten die rechtsmacht over het misdrijf hebben, daadwerkelijk tot vervolging over moet gaan, is hiermee nog niet gezegd. Uit de relevante verdragen volgt derhalve dat het Nederlandse openbaar ministerie, wanneer het kennis krijgt van een internationaal misdrijf en er ernstige reden is om te vermoeden dat de verdachte zich op Nederlands grondgebied bevindt, een beslissing zal moeten nemen of verdere stappen moeten worden ondernomen teneinde de verdachte hier te vervolgen. Daarbij heeft het de ruimte en de taak om af te wegen of vervolging hier te lande haalbaar is. Factoren die het OM bij de vervolgingsbeslissing ten aanzien van een internationaal misdrijf met name in zijn overwegingen zal moeten betrekken, zijn het al dan niet bestaan van immuniteit of een vrijgeleide ten aanzien van de persoon gedurende zijn verblijf in Nederland, de vraag of het OM over voldoende informatie (*prima facie*-bewijs) beschikt om te kunnen spreken over een «redelijke zaak» (*reasonable case*), en verder of er, gelet op de specifieke omstandigheden van het geval, een voldoende reëel perspectief is op een

succesvolle opsporing en vervolging, die ook nog eens binnen een redelijke termijn zal kunnen worden afgerond.

Op de relevantie van het al dan niet bestaan van immuniteiten in relatie tot de internationale misdrijven is hierboven reeds ingegaan. Van een vrijgeleide zal met name sprake zijn wanneer de immuniteit voor vervolging tijdelijk wordt toegekend aan een persoon die door toedoen van de Nederlandse autoriteiten wordt doorgevoerd naar of van het terrein van het Strafhof of het Joegoslaviëtribunaal omdat zijn aanwezigheid daar vereist is of was met het oog op het werk van de desbetreffende instelling. De rechtsgrondslag voor een dergelijke vrijgeleide is te vinden in het voorstel van Uitvoeringswet Internationaal Strafhof (artikel 87) en de Uitvoeringswet Joegoslaviëtribunaal (artikel 10), alsmede in de Zetelovereenkomst ten behoeve van het Tribunaal. Bij de beoordeling van de vraag of er een voldoende reëel perspectief is op een succesvolle vervolging zal de ouderdom van de desbetreffende feiten een belangrijke rol spelen, en moet het OM een inschatting maken van de kans dat getuigen bereid zullen zijn om in Nederland ter terechtzitting te getuigen. Verder zal het OM daarbij de vraag dienen te betrekken of redelijkerwijs te verwachten valt dat voldoende strafrechtelijk relevant bewijs zal kunnen worden verzameld om ook tot een veroordeling te kunnen komen. Naast de vraag in hoeverre daarbij kan worden gesteund op rechtshulpverdragen met de voor de bewijsverzameling meest relevante staten, in het bijzonder de staat waar het feit is gepleegd, is daarbij ook van belang of de staat in kwestie bij machte is om uitvoering te geven aan een rechtshulpverzoek. Daarbij zal van belang zijn of er wel een autoriteit beschikbaar en bevoegd is voor het uitvoeren van een rechtshulpverzoek en of het voor de inwilliging van het verzoek niet juist essentieel is dat de autoriteiten van de aangezochte staat daarbij niet aanwezig zouden zijn; ook moet rekening worden gehouden met autoriteiten die in het geheel niet bereid zijn hun medewerking te verlenen. In het Statuut van het Strafhof is voorzien dat juist in deze gevallen omwille van de integriteit van het onderzoek de Aanklager, met machtiging van de Kamer van Vooronderzoek van het Strafhof, ook buiten de autoriteiten van de staat om, zèlf onderzoek ter plaatse mag verrichten (resp. artikelen 57, derde lid, onderdeel d, en 99, vierde lid van het Statuut). Omdat een dergelijke handelwijze in het interstatelijke rechtshulpverkeer niet mogelijk is, is in dergelijke situaties het reële perspectief op een succesvolle nationale vervolging twijfelachtig.

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 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.

Tot zover de implicaties van het onderhavige wetsvoorstel voor de vervolgingspraktijk. Tot slot wijst de regering erop dat de praktische, organisatorische en financiële aspecten van een eventuele intensivering van de opsporing van de internationale misdrijven zijn betrokken bij de opstel-

ling van het plan van aanpak oorlogsmisdrijven, dat de minister van justitie bij brief van 3 april jl. aan uw Kamer heeft aangeboden.

## 7. Artikelsgewijs

### Artikel 1

De in het eerste lid, onder a, opgenomen definities zijn om technische redenen opgenomen en spreken inhoudelijk voor zich.

Voor een toelichting op de definitie, in het eerste lid, onder b, van het begrip «*meerdere*» wordt verwezen naar de toelichting hieronder op artikel 9, waar nader wordt ingegaan op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de meerdere.

De definitie van het begrip «*deportatie*» in het eerste lid, onder c, ziet slechts op onrechtmatige gedwongen verplaatsingen. Dit zijn verplaatsingen van personen waarvoor krachtens het internationaal recht geen rechtvaardigingsgrond bestaat. Het internationaal recht geeft een aantal omstandigheden die een deportatie of verplaatsing wèl rechtvaardigen, bijvoorbeeld wanneer de nationale veiligheid of de veiligheid van de bevolking in gevaar is. Deze laatste rechtvaardiging kan zich bijvoorbeeld voordoen bij de gedwongen evacuatie van een deel van de bevolking bij een dreigende overstroming. Daarnaast voorziet het oorlogsrecht, in artikel 49 van de Vierde Geneefse Conventie en artikel 17 van het Tweede Aanvullend Protocol bij de Verdragen van Genève, in «dwingende militaire redenen» als grond voor een rechtmatige evacuatie, bijvoorbeeld in het geval van op handen zijnde bombardementen. De woorden «of onder dwang overbrengen» zijn in deze definitie toegevoegd om zeker te stellen dat ook grootschalige verplaatsingen van groepen van de bevolking binnen de landsgrenzen onder de reikwijdte van het begrip deportatie vallen en als misdrijf tegen de menselijkheid kunnen kwalificeren.

De definitie van «*marteling*», in het eerste lid, onder d, is ontleend aan het Statuut van het Internationaal Strafhof (artikel 7, tweede lid, onder e) en mede gebaseerd op de definitie, neergelegd in het op 10 december 1984 te New York totstandgekomen Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of mensonterende behandeling of bestraffing (Trb. 1985, 69). Het is de «basishandeling» die, aangevuld met enkele specifieke bestanddelen, terugkeert in een aantal internationale misdrijven: het misdrijf tegen de menselijkheid marteling, waarbij de marteling wordt gepleegd als onderdeel van een wijdverbreide of stelselmatige aanval gericht tegen een burgerbevolking (artikel 4, eerste lid, onder f, van het voorstel); het oorlogsmisdrijf marteling, waarbij het delict wordt gepleegd in een gewapend conflict (artikelen 5, eerste lid, onder b, en 6, eerste lid, onder a), en het misdrijf dat in het Nederlands doorgaans met «foltering» wordt aangeduid, waarbij het martelen van overheidswege geschiedt en is gericht op een specifiek oogmerk (bijvoorbeeld het afdwingen van een bekentenis). Dit misdrijf van foltering wordt in onderdeel e nader gedefinieerd en zal hierna bij artikel 8 nog nader worden toegelicht.

De definitie van «*gedwongen zwangerschap*» (eerste lid, onder f) is identiek aan die in artikel 7, tweede lid, onder f, van het Statuut, welke definitie tijdens de Conferentie in Rome aanleiding tot uitgebreide discussies vormde. Op grond van de definitie uit het Statuut is bijvoorbeeld van «gedwongen zwangerschap» sprake indien aan een drietal cumulatieve criteria is voldaan: (1) de vrouw wordt onrechtmatig van haar vrijheid beroofd, (2) de vrouw wordt gedwongen zwanger gemaakt, en (3) het oogmerk is, de etnische samenstelling van een bepaalde bevolkingsgroep aan te tasten dan wel andere ernstige inbreuken op het internationale recht te begaan. Over de eerste twee criteria bestond geen verschil van mening. Deze bestond wel ten aanzien van de noodzaak van een derde criterium en de bewoordingen ervan. Met de toevoeging aan het derde criterium dat het ook het oogmerk kan betreffen van «andere ernstige

schendingen van internationaal recht» werd uiteindelijk een compromis bereikt. Nu de eerste twee criteria samen ongetwijfeld ook moeten worden beschouwd als een ernstige schending van het internationale recht, kan betwijfeld worden of aan het derde criterium nog zelfstandige betekenis toekomt. Voor alle duidelijkheid is in de definitie in het Statuut nog de zin toegevoegd: «Deze definitie mag in geen geval worden uitgelegd als een aantasting van nationale wetgeving met betrekking tot zwangerschap.» Zoals door diverse delegaties, waaronder die van Vaticaanstad, werd aangegeven, ziet deze zinsnede zowel op wetgeving waarin abortus niet, als wetgeving waarin abortus wel is toegestaan.

De definitie van «*apartheid*» in het eerste lid, onder g, is eveneens overgenomen uit het Statuut. Hierbij speelde in Rome, evenals bij «vervolging», de vrees dat een te laagdrempelige interpretatie zou kunnen leiden tot beschuldigingen van misdrijven tegen de menselijkheid vanwege allerlei (vermeende) vormen van discriminatie. Met name de woorden dat het moet betreffen «onmenselijke handelingen van een vergelijkbare aard als de in artikel 4, eerste lid, bedoelde handelingen (i.c. de handelingen die een misdrijf tegen de menselijkheid kunnen opleveren)» beogen een dergelijke ruime interpretatie te voorkomen.

In het tweede lid is, in tekstueel licht gewijzigde vorm, het bepaalde in artikel 6 van de Uitvoeringswet folteringverdrag overgenomen. Op deze wijze wordt voorkomen dat, met het vervallen van de Uitvoeringswet folteringverdrag, ook deze, voor de uitleg van artikel 8 van het onderhavige wetsvoorstel onverkort relevante definitie van ambtenaar zou komen te vervallen.

#### *Artikel 2*

In het algemeen deel van de toelichting is reeds uitgebreid ingegaan op de rechtsmachtbepaling. Universele rechtsmacht – ongeacht waar, door wie en tegen wie het misdrijf is gepleegd – bestaat op grond van het eerste lid, onder a, alleen «wanneer de verdachte zich in Nederland bevindt». Deze beperking is hiervoor reeds toegelicht. Zij komt onder andere ook voor in artikel 4, onder 7°, Sr betreffende luchtvaartmisdrijven (vliegtuigkaping e.d.). De rechtsmacht is hier afhankelijk gesteld van een gebeurtenis die al dan niet plaatsvindt na het gepleegd zijn van het misdrijf. De vraag is wat het ijkpunt is voor de bepaling van de rechtsmacht. Bij de invoering van artikel 4, onder 7°, Sr suggereerde de regering hiervoor het tijdstip dat de vervolging wordt ingesteld (Kamerstukken II 1971/72, 11 866, nr. 3, p. 5). In zijn recente arrest betreffende de Decembermoorden beperkte de Hoge Raad de universele rechtsmacht die voortvloeit uit het folteringverdrag, tot de situatie dat «de vermoedelijke dader zich *ten tijde van zijn aanhouding* in Nederland bevindt» (HR 18 september 2001, a.w., overweging 8.5); daarbij verwees de Raad ook naar de wetsgeschiedenis van artikel 4, onder 7°, Sr. De aanhouding, als ijkpunt voor de rechtsmacht, geeft beter dan het instellen van een vervolging aan dat het bij deze vorm van rechtsmacht gaat om de plaats waar de verdachte wordt aangetroffen. Een redelijke toepassing van dit ijkpunt brengt voor de opsporing mee dat opsporingsactiviteiten mogen worden ontplooid en opsporingsbevoegdheden mogen worden uitgeoefend, indien en zodra ernstige reden bestaat om te vermoeden dat de verdachte zich op Nederlands grondgebied bevindt. Dit betekent bijvoorbeeld dat wanneer het ernstige vermoeden bestaat dat de verdachte zich in Nederland schuilhoudt, met het oog op zijn aanhouding door politie en openbaar ministerie opsporingsactiviteiten mogen plaatsvinden (bijvoorbeeld het aftappen van telecommunicatie). 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. Anderzijds gaat de regering ervanuit dat indien eenmaal als gevolg van de aanhouding rechtsmacht is ontstaan en de verdachte zou

daarna naar het buitenland ontkomen, de rechtsmacht blijft bestaan (zie ook Kamerstukken II 1972, 11 866, nr. 9, p. 3). In zo'n geval zou Nederland de uitlevering kunnen verzoeken aan de staat waar de verdachte wederom wordt aangehouden, teneinde hier de strafzaak te kunnen voortzetten. Voor de goede orde zij opgemerkt dat een verzoek om uitlevering níet mogelijk is indien de verdachte zich nog nooit in handen van de Nederlandse justitie heeft bevonden; in dit geval ontbreekt de voor de uitlevering aan Nederland vereiste rechtsmacht.

Het tweede lid (mede ontleend aan artikel 3, onderdeel 3, van de Wet Oorlogsstrafrecht) breidt de rechtsmacht uit tot een aantal delicten, in het buitenland gepleegd, die in nauw verband staan tot een in paragraaf 2 omschreven misdrijf (opruiming tot zo'n misdrijf, aanbod tot medeplichtigheid, heling). Daaraan toegevoegd is nu artikel 140 Sr, het deelnemen aan een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven als omschreven in paragraaf 2. Waar bijvoorbeeld een misdrijf tegen de menselijkheid in het buitenland door wie dan ook begaan hier vervolgbaar wordt, dient naar de mening van de regering hetzelfde te gelden voor het door middel van een criminele organisatie bijdragen aan het plegen van zo'n misdrijf. Verder zijn in het tweede lid de nieuwe artikelen betreffende witwassen ingevoegd (artikel 420bis tot en met 420quater; zie de wet van 6 december 2001, Stb. 606).

Het derde lid komt overeen met artikel 5, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht: vervolging op basis van het actief nationaliteitsbeginsel kan ook plaatshebben indien de verdachte eerst na het begaan van het misdrijf Nederlander wordt.

### *Artikel 3*

De definitie van het misdrijf genocide is identiek aan de definitie van genocide, zoals neergelegd in artikel II van het op 9 december 1948 te Parijs totstandgekomen Verdrag inzake de voorkoming en de bestraffing van genocide (Trb. 1960, 32; hierna te noemen het genocideverdrag). In de Statuten van het Joegoslaviëtribunaal en het Rwandatribunaal en het Statuut van het Strafhof is dit misdrijf, zonder enige aanpassing, opgenomen. Het kenmerkende van genocide is gelegen in het bijzondere oogmerk dat bij de dader aanwezig moet zijn om nationale, etnische, raciale of godsdienstige groepen als zodanig geheel of gedeeltelijk te vernietigen. In de definitie wordt een aantal handelingen omschreven dat dit doel kan bewerkstelligen. De precieze invulling en reikwijdte van de delictsbestanddelen is de laatste jaren onderwerp geweest van rechtspraak van het Rwandatribunaal en het Joegoslaviëtribunaal. Van belang is onder andere het Akayesu-vonnis van het Rwandatribunaal, waarin verkrachting en seksueel geweld zijn vastgesteld als middel van genocide. Het tweede lid bepaalt dat de samenspanning en de opruiing tot genocide worden gestraft met dezelfde straf als voor de poging geldt, dat wil zeggen tot een maximum van tweederde van de op het misdrijf gestelde hoofdstraffen dan wel maximaal vijftien jaren gevangenisstraf ingeval op het misdrijf levenslang staat (artikel 45, tweede en derde lid, Sr). Dit komt in veel gevallen neer op een hoger strafmaximum dan in het Wetboek van Strafrecht voor samenspanning en opruiing geldt (zie artikelen 96 en 131 Sr). Voor wat betreft de samenspanning is deze bepaling ontleend aan artikel 1, tweede en derde lid, van de Uitvoeringswet genocideverdrag. De opneming van de opruiing vloeit mede voort uit artikel 25, derde lid, onder e, Statuut van het Strafhof dat als aparte deelnemingsvorm noemt: rechtstreeks en openlijk anderen aanzetten tot het plegen van genocide. De begrippen «samenspanning» en «opruiming» hebben dezelfde betekenis als in het Wetboek van Strafrecht (zie artikel 1, derde lid, van het voorstel). Genocide en samenspanning tot genocide waren totnogtoe strafbaar gesteld in artikel 1 van de Uitvoeringswet genocideverdrag. De bepaling in dit wetsvoorstel is daaraan op één uitzondering na identiek. In onder-

deel e van het eerste lid is ten opzichte van de definitie uit de Uitvoeringswet een kleine wijziging aangebracht. In plaats van «gewelddadig» wordt thans de terminologie «onder dwang» gebruikt. Het Engelse origineel spreekt van «forcibly», een term die in de context van het genocideverdrag beter met «onder dwang» kan worden vertaald. Voor de volledigheid zij hier aangegeven dat de Elementen van Misdrijven bij het Statuut aangeven dat dwang in deze zin niet slechts beperkt is tot fysiek geweld, maar ook dreiging met zulk geweld of dwang kan inhouden, zoals bijvoorbeeld veroorzaakt door vrees voor geweld, overmacht, vrijheidsbeneming, psychologische onderdrukking of misbruik van macht jegens de bedoelde personen, evenals misbruik van een door dwang gedomineerde omgeving (zie VN-document PCNICC/2000/INF/3/Add.2, voetnoot 5).

#### *Artikel 4*

Misdrijven tegen de menselijkheid zijn in het Nederlandse strafrecht niet als zodanig strafbaar gesteld. Artikel 4 van dit wetsvoorstel beoogt dit strafbaarheids gat te vullen. De bepaling is vrijwel woordelijk ontleend aan Artikel 7 van het Statuut van het Strafhof. In artikel 7 van het Statuut van het Strafhof worden de volgende misdrijven, indien gepleegd als onderdeel van een wijdverbreide of stelselmatige aanval gericht tegen een burgerbevolking, met kennis van de aanval, als misdrijven tegen de menselijkheid gekwalificeerd:

- a. moord;
- b. uitroeiing;
- c. slavernij;
- d. deportatie of onder dwang overbrengen van bevolking;
- e. gevangenneming of andere ernstige beroving van de lichamelijke vrijheid in strijd met fundamentele regels van internationaal recht;
- f. marteling;
- g. verkrachting, seksuele slavernij, gedwongen prostitutie, gedwongen zwangerschap, gedwongen sterilisatie, of enige andere vorm van seksueel geweld van vergelijkbare ernst;
- h. vervolging van een identificeerbare groep of collectiviteit op politieke gronden, omdat deze tot een bepaald ras of een bepaalde nationaliteit behoort, op etnische, culturele of godsdienstige gronden, of op grond van geslacht, of op andere gronden die universeel zijn erkend als ontoelaatbaar krachtens internationaal recht, in verband met een in dit lid bedoelde handeling of enig ander misdrijf waarover het Hof rechtsmacht heeft;
- i. gedwongen verdwijning van personen;
- j. apartheid;
- k. andere onmenselijke handelingen van vergelijkbare aard waardoor opzettelijk ernstig lijden of ernstig lichamelijk letsel of schade aan de geestelijke of lichamelijke gezondheid wordt veroorzaakt.

Voor de opstelling van deze definitie van misdrijven tegen de menselijkheid is, zoals reeds gememoreerd, gebruik gemaakt van diverse precedents, waaronder de handvesten van de tribunalen van Neurenberg en Tokio, de Allied Control Council Law No. 10, het Verdrag inzake slavernij van 1928, het folteringverdrag van 1984, de Statuten van de ad hoc-tribunalen voor Joegoslavië en Rwanda en de jurisprudentie van de beide ad hoc-tribunalen. Met betrekking tot de misdrijven tegen de menselijkheid, zoals vastgelegd in het Statuut van het Strafhof en met de noodzakelijke technische aanpassingen in deze wet, is een drietal hoofdelementen te onderscheiden: de aanhef, ook wel de drempel, de opsomming van de diverse misdrijven die een misdrijf tegen de menselijkheid kunnen vormen, en de definities in het tweede lid van begrippen die in het eerste lid worden gebezigd. De aanhef en de daarin opgenomen drempel zijn bedoeld om gewone misdrijven te onder-



scheiden van de bijzondere categorie van misdrijven tegen de menselijkheid. Een gewoon misdrijf moet als een misdrijf tegen de menselijkheid worden beschouwd indien het misdrijf wordt gepleegd als onderdeel van een wijdverbreide of stelselmatige aanval gericht tegen een burgerbevolking, met kennis van de aanval. Tijdens de onderhandelingen over de definitie in het Statuut van het Strafhof werden ook andere criteria voorgesteld, bijvoorbeeld dat het zou moeten gaan om misdrijven gepleegd met discriminatoire opzet of om misdrijven gepleegd ten tijde van een gewapend conflict. Deze criteria bleken voor een ruime meerderheid van landen echter niet aanvaardbaar en waren dat zeker voor de Nederlandse delegatie niet.

Wat moet worden verstaan onder een wijdverspreide of stelselmatige aanval tegen een burgerbevolking? In het tweede lid is een definitie opgenomen van het begrip «aanval tegen de burgerbevolking». Daaruit blijkt dat onder een dergelijke aanval moet worden verstaan «het meermalen plegen van handelingen tegen een burgerbevolking ter uitvoering of voortzetting van het beleid van een staat of organisatie dat het plegen van een dergelijke aanval tot doel heeft». Onder de term «wijdverbreid» is met name gedacht aan aanvallen die grootschalig dan wel omvangrijk zijn, terwijl het «stelselmatige» karakter refereert aan een bepaald patroon of methodisch plan. Voorts is bij de formulering rekening gehouden met de jurisprudentie van met name het Joegoslaviëtribunaal over misdrijven tegen de menselijkheid. Het bewijzen van «stelselmatig» verlangt een zeker inzicht en bewijs van dat inzicht in de doelstellingen van de dader; het bewijs van de begrippen «ter uitvoering» en «ter voortzetting» lijkt makkelijker af te leiden uit het enkel georganiseerd weergeven van het feitelijk gebeurde.

Ten slotte verdient in relatie met dit criterium nog te worden opgemerkt, dat de woorden «als onderdeel» flexibel moeten worden geïnterpreteerd. Niet vereist is dat elke verdachte van misdrijven tegen de menselijkheid zich schuldig heeft gemaakt aan het wijdverbreid of stelselmatig plegen van bepaalde handelingen. In de praktijk kan één enkele handeling worden vervolgd als een misdrijf tegen de menselijkheid, mits die ene handeling maar deel uitmaakt van een wijdverbreid of stelselmatig plegen van handelingen. Ook deze interpretatie is in overeenstemming met de jurisprudentie van het Joegoslaviëtribunaal. Wel is vereist dat de verdachte op de hoogte moet zijn van de aanval gericht tegen de burgerbevolking. Het tweede hoofdelement van de definitie van misdrijven tegen de menselijkheid betreft de opsomming van de handelingen die als een misdrijf tegen de menselijkheid worden beschouwd. De meeste van deze handelingen komen ook voor in één of meerdere van de hiervoor reeds genoemde precedentes. In vergelijking daarmee zijn «verdwijning» (onder i) en «apartheid» (onder j) nieuw. Voorts is een aantal andere handelingen grondig in redactie aangepast. Dit geldt vooral voor de seksuele misdrijven (onder g). Aan *opzettelijk doden* (sub a) worden geen specifieke eisen gesteld anders dan de algemene eis dat de in de aanhef opgenomen drempel moet worden gehaald om als misdrijf tegen de menselijkheid te kunnen worden beschouwd.

Het begrip *uitroeiing* (sub b), hoewel ook reeds opgenomen in alle precedentes, is voorzien van een nadere uitleg in het derde lid. De woorden «opleggen van levensomstandigheden ... gericht op de vernietiging van een deel van de bevolking» zijn ontleend aan de definitie van genocide. Getuige de woorden «Onder uitroeiing wordt mede verstaan ...», moet deze bepaling niet als een definitie worden beschouwd, maar als een voorbeeld.

Het begrip «*slavernij*» (sub c) is eveneens nader gedefinieerd. De definitie (tweede lid, sub b) is deels ontleend aan het op 25 september 1925 te Genève totstandgekomen Verdrag inzake slavernij (Stb. 1928, 26), terwijl er voorts verwijzingen inzitten naar moderne praktijken van mensenhandel en naar internationale mensenrechteninstrumenten zoals de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (artikel 4), EVRM

(artikel 4 lid 1), Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (BUPO, artikel 8), Amerikaans Verdrag inzake de Rechten van de Mens (artikel 6, eerste lid) en het Afrikaans Handvest inzake de Rechten van de Mens en Volken (artikel 5).

Met de formulering *gevangenneming of andere ernstige beroving van de lichamelijke vrijheid in strijd met fundamentele regels van internationaal recht* (sub e) is getracht het begrip gevangenneming geen te restrictieve interpretatie te geven en tegelijkertijd te verzekeren dat de handeling slechts als misdrijf tegen de menselijkheid kan worden gekwalificeerd als het gaat om onrechtmatige vormen van «gevangenneming». Het verbod op willekeurige gevangenneming en andere ernstige beroving van de lichamelijke vrijheid, alsmede de rechten die personen onder die omstandigheden toekomen, is onder meer opgenomen in de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens (artikelen 9, 10 en 11), het EVRM (artikel 5) en het BUPO-verdrag (artikelen 9, 10, 11 en 14).

Onder g is een opsomming gegeven van een aantal seksuele misdrijven. Deze bepaling vormt een uitwerking van de bepalingen in de diverse precedentes, die – voorzover daarin opgenomen – slechts verwezen naar verkrachting. Naar aanleiding van de grootschalige seksuele misdrijven gepleegd in met name Bosnië, werd de wens tot expliciete vastlegging van deze misdrijven in het Statuut algemeen onderschreven.

De gronden waarop «vervolging» (sub h) plaats kan vinden zijn ruim geformuleerd en niet-limitatief. Toch komt niet elke willekeurig denkbare grond in aanmerking voor erkenning via deze bepaling. Het moet gaan om «andere gronden, die universeel zijn erkend als ontoelaatbaar krachtens internationaal recht». Hierbij valt te denken aan de ontoelaatbare gronden die zijn opgenomen in het BUPO-verdrag, waarin onder meer onderscheid op grond van taal, op grond van van nationale en sociale identiteit, en op grond van bezit zijn opgenomen (artikel 2, eerste lid). In de tweede plaats is het begrip «vervolging» nader toegelicht in het tweede lid, onder c, en wordt daar omschreven als het «opzettelijk en in ernstige mate ontnemen van fundamentele rechten, in strijd met het internationaal recht, op grond van de identiteit van de groep of collectiviteit». Met deze definitie wordt beoogd alleen zeer ernstige en diep ingrijpende vormen van onderscheid tussen bepaalde groepen mensen onder de reikwijdte van de bepaling te laten vallen. Het begrip «fundamentele rechten» verwijst in ieder geval naar de «notstandsfeite» rechten die te allen tijde gelden, dus ook tijdens een noodsituatie. Hieronder vallen onder meer het recht op leven, vrijheid van marteling, vrijheid van slavernij en vrijheid van godsdienst (zie artikel 4, derde lid, van het BUPO-verdrag). Recente jurisprudentie van het ICTY wijst er op dat andere rechten hier ook toe behoren, indien de schending even ernstig is als de schending van andere misdrijven tegen de menselijkheid (zie o.a. *Judgement, Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radic, Zigic and Prcac, Case No. IT-98-30/1-T, T. Ch. I, 2 nov. 2001*; *Judgement, Prosecutor v. Kordic and Cerkez, Case No. IT-95-14/2-T, T. Ch. III, 26 feb. 2001*). En in de derde plaats kan «vervolging» pas als een misdrijf tegen de menselijkheid worden aangemerkt, indien deze plaatsvindt in samenhang met enige andere daad vermeld in artikel 7, eerste lid, van het Statuut, of enig ander misdrijf onder de rechtsmacht van het Hof (zie hiervoor ook de bijlage bij het Statuut houdende de Elementen van Misdrijven). In dit wetsvoorstel wordt de eis gesteld dat de «vervolging» in samenhang moet plaatsvinden met enig ander misdrijf omschreven in het voorstel. Met andere woorden, de daden van «vervolging» moeten een zeker concreet resultaat opleveren, in de vorm van een moord, verkrachting, of marteling, alvorens een «vervolging» kan leiden tot strafrechtelijk optreden. Hoewel met dit laatste criterium een zekere drempel lijkt te worden opgeworpen, moet worden betwijfeld of dit in de praktijk daadwerkelijk als een beperking wordt ervaren. Uiteindelijk gaat het hier, conform de definitie in het tweede lid, onder c, om zeer vergaande vormen van ontneming van rechten. Bovendien is één enkele daad onder

de overige genoemde handelingen van het eerste lid voldoende om strafrechtelijk optreden voor «vervolging» mogelijk te maken. De term «identificeerbare groep of collectiviteit» is in dit wetsvoorstel niet nader gedefinieerd, en ook het Statuut van het Strafhof geeft geen nadere uitleg over deze begrippen. Duidelijk is dat een groep of collectiviteit (afkomstig van het Franse begrip «collectivité») bestaat uit een aantal individuen, waarbij het kan gaan om zowel grote als kleine groepen. Het misdrijf vervolging onder dit wetsvoorstel beperkt zich niet tot de vier groepen die vallen onder het misdrijf «genocide», maar is breder. Doorslaggevend bij de bepaling of er sprake is van een groep of collectiviteit is dat deze zich onderscheidt, op basis van een objectieve of subjectieve grond. Bij het eerste kan worden gedacht aan onderscheid op basis van nationaliteit of taal, bij het tweede aan een discriminerende grond die voortvloeit uit het brein van de dader. Het zal uiteindelijk aan de rechter zijn om een feitelijk oordeel te vellen hierover.

Het misdrijf «*gedwongen verdwijning van personen*» (onder i) is nieuw. Geen van de precedënten kent een dergelijke bepaling. Hoewel er tijdens de Conferentie in Rome aanvankelijk enige terughoudendheid bestond ten aanzien van de opnemings van dit misdrijf kon uiteindelijk met de opnemings ervan toch worden ingestemd. Immers, zo luidde de redenering, ook zonder expliciete opnemings zou het misdrijf vervolgd kunnen worden, zij het dan onder de algemene slotbepaling (onder k), van «andere onmenselijke handelingen». Het begrip is nader uitgewerkt in het tweede lid, onder d. De daar gekozen formulering is grotendeels gebaseerd op de Verklaring van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties inzake gedwongen verdwijningen (Resolutie 47/193).

Het misdrijf «*apartheid*» is opgenomen onder j. Ook dit misdrijf komt niet voor in de voor de Conferentie van Rome gebruikte precedënten. Met name op aandringen van Zuid-Afrika en enkele landen uit de regio, is het misdrijf opgenomen in het Statuut. In alle precedënten wordt volstaan met het begrip «*andere onmenselijke handelingen*». Met het oog op de rechtszekerheid en ter voorkoming van een te ruime interpretatie van de bepaling, is de bepaling in het Statuut en hier nader uitgewerkt en luidt nu «andere onmenselijke handelingen van een vergelijkbare aard waardoor opzettelijk ernstig lijden of ernstig lichamelijk letsel of schade aan de geestelijke of lichamelijke gezondheid wordt veroorzaakt» (sub k).

#### Artikel 5

Artikel 5 betreft de strafbaarstelling van oorlogsmisdrijven gepleegd in het kader van een internationaal gewapend conflict. De aanhef van de delictomschrijvingen bevat steeds het bestanddeel «in geval van een internationaal gewapend conflict» (in artikel 6: «in geval van een niet-internationaal gewapend conflict»). Aangenomen wordt dat voor een veroordeling ter zake van een oorlogsmisdrijf er een verband moet zijn tussen het bestaan van het (internationaal of niet-internationaal) gewapend conflict enerzijds en het handelen van de verdachte anderzijds. Een handeling, zoals doodslag of verkrachting, die geen enkel verband heeft met het gewapend conflict en evengoed had plaatsgevonden als het conflict niet had bestaan, levert geen oorlogsmisdrijf op maar zal als een «gewoon» commuun misdrijf moeten worden behandeld.

In het eerste lid van artikel 5 zijn opgenomen de grove schendingen van de Verdragen van Genève, waarvan de herkomst hierboven, in het algemeen deel van deze toelichting, is aangegeven.

Het tweede lid bevat de grove schendingen van Protocol I. De categorie onder het tweede lid, sub a, genoemd zal uiteraard in de meeste gevallen dezelfde zijn als de categorie genoemd in het eerste lid. Er is echter voor gekozen om de bepaling uit artikel 85, derde lid, van Protocol I letterlijk over te nemen om recht te doen aan de herkomst van de bepaling. De bepalingen in Protocol I, waaraan de inhoud van het tweede lid is

ontleend, bevatten twee uitzonderingen aangaande het verbod op verwijdering van weefsel of organen. Dit betreft een dergelijke verwijdering die in overeenstemming is met de algemeen aanvaarde medische normen en ook op dezelfde wijze zou worden toegepast op de eigen onderdanen die niet van hun vrijheid zijn beroofd, en transfusies van bloed en huid onder bepaalde voorwaarden. In het belang van de leesbaarheid van het onderhavige artikel, zijn bedoelde uitzonderingen separaat opgenomen in het zevende lid.

Het derde lid bevat de gedragingen die in geval van een internationaal gewapend conflict strafbaar zijn, geen grove schendingen zijn, en waarop de zwaarste strafverzwaring zoals overgenomen uit de WOS van toepassing is. Deze gedragingen zijn ontleend aan artikel 8, tweede lid, sub b, van het Statuut voor het Internationaal Strafhof, met uitzondering van de bepaling sub e. De overeenkomstige bepaling in het Statuut is ontleend aan het Haagsche Verdrag (IV) uit 1907, terwijl Protocol I, uit 1977, een meer recente en meer complete omschrijving bevat van het begrip «hors de combat». Er is dan ook voor gekozen het begrip «hors de combat» uit te schrijven aan de hand van de omschrijving in Protocol I.

Wat betreft het gestelde in het derde lid, sub a, wordt opgemerkt dat het daarin gestelde is ontleend aan de bepaling uit artikel 8, tweede lid, sub b onder xxii, van het Statuut voor het Internationale Strafhof. In de uitwerking daarvan in de zogenaamde «Elementen van Misdrijven» is echter aan het misdrijf «seksueel geweld» een andere invulling gegeven door te spreken van gedragingen die even ernstig zijn als ernstige inbreuken op de Verdragen van Genève. De oorspronkelijke bepaling in het Statuut spreekt echter van gedragingen die tevens een ernstige inbreuk op de Verdragen van Genève zijn. Tijdens de onderhandelingen over de Elementen van Misdrijven bleek echter dat bij het opstellen van het Statuut bedoeld werd datgene wat thans in de Elementen van Misdrijven staat opgenomen: een vergelijking van de ernst van de gedraging. Om die reden is besloten dienovereenkomstig af te wijken van het Statuut.

De gedragingen strafbaar gesteld op grond van het UNESCO Protocol zijn omschreven in het vierde lid van het onderhavige artikel 5. Opgemerkt zij, dat het Tweede Protocol in artikel 3 expliciet verwijst naar artikel 18 van het Verdrag van 's-Gravenhage van 1954 inzake de bescherming van culturele goederen in geval van gewapend conflict. Deze bepaling houdt in dat het Verdrag, en dus ook het Tweede Protocol, van toepassing zijn ten tijde van gewapend conflict en ten tijde van bezetting. In het onderhavige wetsvoorstel is ervoor gekozen beide situaties niet afzonderlijk te vermelden, omdat dit wellicht tot verwarring over de toepasselijkheid van beide zou kunnen leiden. Naar geldend recht wordt de rechtstoestand van gewapend conflict, voor zover het de gelding van het oorlogsrecht betreft, immers mede verondersteld de situatie van bezetting te omvatten.

In het vijfde lid zijn opgenomen de in artikel 8, tweede lid, sub b, van het Statuut voor het Internationaal Strafhof omschreven misdrijven, waarop de strafverzwaringen zoals overgenomen uit de WOS niet automatisch van toepassing zijn. De bepaling in het vijfde lid, sub b, wijkt daarbij af van de overeenkomstige bepalingen in Protocol I, maar is overeenkomstig de bepaling in het Statuut waarop zij is gebaseerd. Bij de ratificatie van Protocol I heeft de Nederlandse regering, evenals de regeringen van alle overige NAVO Bondgenoten, een verklaring afgelegd waarin wordt gesteld dat bij de beoordeling van het militaire voordeel van een aanval, de aanval als geheel moet worden gezien en niet alleen geïsoleerde of afzonderlijke onderdelen daarvan. De achterliggende gedachte bij deze verklaring is dat een aanval immers op verschillende plaatsen tegelijk en met gebruik van verscheidene tactieken kan worden uitgevoerd, waarbij het evidente voordeel van die verschillende deelaanvallen van ondergeschikt belang is ten opzichte van het voordeel van de aanval als geheel. Bedoeld is de strekking van deze verklaring in de tekst van de bepaling

zelf te laten blijken. Om die reden zijn de woorden «*duidelijk* buiten-sporig» en «*algehele* militaire voordeel» toegevoegd.

Wat betreft het gestelde sub o kan worden opgemerkt dat de beperking tot humanitaire hulpverlening en vredesmissies overeenkomstig het Handvest van de Verenigde Naties het resultaat is van de internationale onderhandelingen inzake de overeenkomstige bepaling in het Statuut voor het Internationale Strafhof. Verbreding van de bescherming tot overige operaties bleek niet haalbaar, gelet op de hogere waarschijnlijkheid dat de betrokken eenheden in dergelijke operaties partij bij het conflict zouden worden. Gelet op het internationale karakter van de onderhandelingen was vervolgens opname van missies onder mandaat van een regionale organisatie zoals de Europese Unie of de Organisatie voor Veiligheid en Samenwerking in Europa eveneens niet mogelijk.

In het vijfde lid ontbreekt voornamelijk de bepaling uit artikel 8, tweede lid, sub b onder xx, van het Statuut voor het Internationale Strafhof, aangezien de inwerkingtreding van bedoelde bepaling afhankelijk is gesteld van opname van de daarin bedoelde wapens in een bij het Statuut te voegen Annex. Een dergelijke Annex kan echter eerst zeven jaar na de inwerkingtreding van het Statuut als amendement worden aangenomen.

In het zesde lid zijn opgenomen de strafverzwaringen uit de WOS op basis waarvan een straf van levenslange gevangenisstraf zou kunnen worden opgelegd in verband met de gedragingen in het vierde en vijfde lid.

#### *Artikel 6*

De hierboven, in het algemeen deel van deze toelichting onder «structuur» en onder «strafmaat» beschreven schendingen van het gemeenschappelijk artikel 3 van de Verdragen van Genève, welke van toepassing zijn in niet-internationale gewapende conflicten, zijn opgenomen in het eerste lid. Het tweede lid bevat de bepalingen uit artikel 8, tweede lid, sub e, van het Statuut voor het Internationale Strafhof, zijnde misdrijven die geen schending van gemeenschappelijk artikel 3 zijn, en waarop de zwaarste strafverzwaring zoals overgenomen uit de WOS van toepassing is. Dit artikellid is het niet-internationale spiegelbeeld van artikel 5, derde lid. Niet vereist is – anders dan bij artikel 6, eerste lid – dat het misdrijf is gepleegd tegen een persoon uit een bepaalde categorie beschermde personen. Wat betreft het gestelde in dit artikellid sub a kan worden opgemerkt dat, gelet op het niet-internationale karakter van deze misdrijven, onder ernstige inbreuken op de Verdragen van Genève in dit geval ook wordt verstaan schendingen van het gemeenschappelijk artikel 3 van de Verdragen van Genève.

In het derde lid zijn opgenomen de in artikel 8, tweede lid, sub e, van het Statuut voor het Internationaal Strafhof omschreven misdrijven, waarop de strafverzwaringen zoals overgenomen uit de WOS niet automatisch van toepassing zijn. Dit artikellid is het niet-internationale spiegelbeeld van artikel 5, vijfde lid.

De bepaling in het vierde lid, tot slot, verklaart de in artikel 5, zesde lid, opgenomen en uit de WOS afkomstige strafverzwaringen van overeenkomstige toepassing op de misdrijven genoemd in het derde lid, waarop immers zonder strafverzwaring een straf van vijftien jaar gevangenisstraf is gesteld.

Voor het bestanddeel «in geval van een niet-internationaal gewapend conflict» zij verwezen naar de toelichting hierboven op artikel 5.

#### *Artikel 7*

De oorspronkelijke bepaling uit artikel 8 van de WOS is in het onderhavige artikel 7 opgenomen in het eerste lid. Deze bepaling geldt als «vangnet» bepaling, om zeker te stellen dat oorlogsmisdrijven die niet specifiek omschreven zijn in de voorgaande leden, en die niet zijn opgenomen in

het Statuut voor het Internationaal Strafhof, niet onbestraft blijven. Een beperking tot alleen de specifiek omschreven misdrijven zou immers tot gevolg hebben dat gedragingen die onder de WOS vervolgbaar waren als oorlogsmisdrijf, thans niet meer vervolgbaar zouden zijn. Het opstellen van een alomvattende lijst met specifiek omschreven oorlogsmisdrijven is daarnaast niet mogelijk, enerzijds vanwege de hoeveelheid bepalingen in het humanitair oorlogsrecht en anderzijds vanwege het feit dat het humanitair oorlogsrecht een zich steeds verder ontwikkelend rechtsgebied is. Door de formulering van de «vangnet» bepaling is het mogelijk, zoals ook reeds aangegeven in de Memorie van Toelichting bij de WOS, ook in toekomstige verdragen strafbaar gestelde gedragingen te vervolgen zonder ingrijpende aanpassingen van de onderhavige wet. Hiermee kan enige mate van dynamiek in de wet worden gecreëerd, zodat de wet gelijke pas kan houden met het dynamische karakter van het rechtsgebied waarmee de onderhavige artikelen 5, 6 en 7 verband houden. De «vangnet» bepaling is uiteraard van toepassing zowel op internationale als niet-internationale gewapende conflicten.

Het bestanddeel «anders dan bedoeld in de artikelen 5 of 6» geeft het aanvullende karakter van de onderhavige strafbepaling aan. De officier van justitie zal steeds eerst nagaan of het betrokken feit in de termen van een van de omschrijvingen in de artikelen 5 of 6 valt alvorens overtreding van artikel 7 ten laste te leggen. Indien hij twijfelt kan hij primair een feit als omschreven in artikel 5 of 6 tenlasteleggen en subsidiair schending van de wetten en gebruiken van de oorlog. Voor zover het bij dit laatste zou gaan om een schending van een norm die zowel in een internationaal gewapend conflict als in een niet-internationaal gewapend conflict van toepassing is, behoeft de officier van justitie niet in de tenlastelegging aan te geven, noch te bewijzen, wat de aard van het conflict in het betrokken geval was.

De formulering van het eerste lid is identiek aan de formulering van de oorspronkelijke bepaling in artikel 8 van de WOS. Hiermee is gepoogd recht te doen aan het belang van die bepaling en continuïteit met de bestaande rechtspraak te waarborgen. Daarbij moet uiteraard worden opgemerkt dat het begrip «wetten en gebruiken van de oorlog» een oud begrip is en dat daaronder moet worden begrepen de wetten en gebruiken van toepassing in geval van een gewapend conflict.

In het oorspronkelijke artikel 8 van de WOS waren twee strafverzwaringen opgenomen, welke de strafmaat van de ruim geformuleerde strafbaarstelling verhoogden indien het te vervolgen feit aan de daarin omschreven criteria voldeed. Nu de oorspronkelijke strafbepaling uit de WOS is overgenomen, zoals hierboven omschreven, zijn de strafverzwaringen eveneens overgenomen, en wel in het tweede tot en met het derde lid.

#### *Artikel 8*

Artikel 8 stelt foltering strafbaar. Foltering is gedefinieerd in artikel 1 onder e. Zoals al in het algemeen deel is aangegeven is deze definitie deels gewijzigd ten opzichte van de omschrijving zoals die was opgenomen in de Uitvoeringswet folteringverdrag. Benadrukt zij nogmaals, dat deze wijziging slechts redactioneel van aard is. Beoogd is dezelfde gedragingen strafbaar te stellen. Van enig gewijzigd inzicht omtrent de strafwaardigheid van de gedragingen die tot toepassing van artikel 1, tweede lid, Sr zou nopen, is geen sprake.

Over de wijzigingen in de redactie kan het volgende worden opgemerkt. De aan het Wetboek van Strafrecht ontleende term «mishandeling» is vervangen door het begrip «marteling» zoals dat in verdragen (het folteringverdrag en het Statuut van het Internationaal Strafhof) wordt gehanteerd en in artikel 1, eerste lid, onder d, van het onderhavige voorstel al is gedefinieerd. Het in artikel 1, eerste lid, onder d, als marteling omschrevene («het opzettelijk veroorzaken van ernstige pijn of ernstig

lijden, hetzij lichamenlijk, hetzij geestelijk, bij een persoon die zich in gevangenschap of in de macht bevindt van degene die beschuldigd wordt») komt materieel overeen met wat in het folteringverdrag wordt aangeduid met «iedere handeling waardoor opzettelijk hevige pijn of hevig leed, lichamenlijk dan wel geestelijk, wordt toegebracht aan een van zijn vrijheid beroofde of in zijn vrijheid belemmerde persoon» en wat de wetgever in de Uitvoeringswet folteringverdrag beoogde met de combinatie van «mishandeling» en «teweegbrengen van een toestand van hevige angst of een andere vorm van geestelijke ontredde» bij «iemand die van zijn vrijheid is beroofd».

De verschillen met de marteling als oorlogsmisdrijf en de marteling als misdrijf tegen de menselijkheid zitten in de bijkomende bestanddelen: voor het oorlogsmisdrijf is dat het gepleegd zijn in de context van een gewapend conflict, voor het misdrijf tegen de menselijkheid het plegen als onderdeel van een wijdverbreide of stelselmatige aanval gericht tegen een burgerbevolking, met kennis van de aanval. De vorm van marteling waarop het folteringverdrag ziet kent twee bijkomende bestanddelen, enerzijds gelegen in de hoedanigheid van de dader, anderzijds in het oogmerk waarmee hij gehandeld heeft. Wat betreft de hoedanigheid van de dader vereist het folteringverdrag dat de gedraging wordt gepleegd «door of op aanstichten van dan wel met de instemming of het gedogen van een overheidsfunctionaris of andere persoon die in een officiële hoedanigheid handelt». Kenmerkend is dus dat foltering «van overheidswege» wordt gepleegd, waarbij drie daderschapsvormen kunnen worden onderscheiden: de overheidsfunctionaris of ambtenaar als pleger, de ambtenaar als uitlokker of opzettelijk niet-interveniënt en de niet-ambtenaar die door een ambtenaar is uitgelokt of gebruik maakt van het gedogen van een ambtenaar. Conform de Uitvoeringswet folteringverdrag zijn deze daderschapsvormen in het voorstel in aparte bepalingen ondergebracht (respectievelijk artikel 8, eerste lid, en 8, tweede lid, onder a en b) omdat een dergelijke uitsplitsing van daderschapsvormen beter aansluit bij de in het Nederlandse strafrecht gebruikelijke wijze van aanduiden van de bedoelde groep. In de definitie van foltering in artikel 1, eerste lid, onder e, zijn ze kortheidshalve samengevat onder de noemer «van overheidswege».

Het tweede kenmerk dat vereist is om de basisgedraging tot foltering te maken is het oogmerk. Wat dat betreft gebruikt het folteringverdrag de woorden «zulke oogmerken als om van hem of van een derde inlichtingen of een bekentenis te verkrijgen, hem te bestraffen voor een handeling die hij of een derde heeft gedaan of waarvan hij of een derde wordt verdacht deze te hebben begaan, of hem of een derde te intimideren of ergens toe te dwingen dan wel om enigerlei reden gebaseerd op discriminatie van welke aard ook.» De Uitvoeringswet heeft het over «het oogmerk om inlichtingen of een bekentenis te verkrijgen, hem te bestraffen, hem of een ander vrees aan te jagen of te dwingen iets te doen of te dulden, of uit minachting voor diens aanspraken op menselijke gelijkwaardigheid». De bewoordingen van de Uitvoeringswet, die aansluiten bij hetgeen in het Nederlandse strafrecht gebruikelijk is, zijn in het onderhavige voorstel gehandhaafd, behoudens enkele kleine terminologische aanpassingen (bij de eerste twee oogmerken is de «derde» expliciet genoemd; bij het oogmerk van bestraffing is de reden van de bestraffing expliciet genoemd). Alleen bij de vertaling van «for any reason based on discrimination of any kind» is, mede in navolging van de aanbeveling van de Raad van State, een nauwere aansluiting bij de authentieke tekst van het verdrag gezocht. Hiermee is echter geen inhoudelijke wijziging van dit oogmerk beoogd.

Tot slot zij benadrukt dat, nu de definitie van marteling uit artikel 1, eerste lid, onder d, deel uitmaakt van de definitie van foltering, de uitzondering voor rechtmatige straffen uit de definitie van marteling ook geldt voor

foltering. Tegen die achtergrond kan het oogmerk van bestraffing bij foltering dus slechts zien op onrechtmatige vormen van bestraffing.

#### *Artikel 9*

De figuur van de aansprakelijkheid van de meerdere in de context van dit wetsvoorstel is reeds toegelicht in het algemeen deel van de toelichting, paragraaf 4 onderdeel b. Hieraan zij nog het volgende toegevoegd. Artikel 9 is deels een voortzetting van de bepaling die thans is neergelegd in artikel 9 WOS. Anderdeels geeft zij in meer uitgewerkte vorm aan welke plichtsschendingen van meerderen tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen leiden, waarbij het in het bijzonder gaat om de plicht om maatregelen te nemen, voor zover die nodig zijn en van de meerdere kunnen worden geveerd, indien een aan hem ondergeschikte, naar hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, een misdrijf als bedoeld in § 2 heeft gepleegd of voornemens is te plegen. De regeling is, behalve door de internationale precedënten, mede geïnspireerd door de regeling van de aansprakelijkheid van de meerdere in het Wetboek van Militair Strafrecht (artikelen 148 en 149). Naar aanleiding van commentaar van het openbaar ministerie is in het definitie-artikel van het voorstel (artikel 1, eerste lid, onder b) een omschrijving van het begrip «meerdere» opgenomen. In artikel 1, eerste lid, onder b, onder 1°. is de militaire commandant genoemd alsmede «degene die feitelijk als zodanig optreedt». Deze laatste aanduiding ziet op personen die, buiten iedere militaire aanstelling om, feitelijk het bevel of gezag voeren over strijdkrachten. Hierbij kan, onder omstandigheden, worden gedacht aan ministers of staatshoofden, politie-officieren, paramilitairen en huurlingen. De term «bevel» onder a. heeft betrekking op een operationeel commando in een directe bevelsketen («chain of command»). De term «gezag» ziet bijvoorbeeld op de situatie waarin een militaire commandant het gezag heeft over een bepaalde bezettingszone en uit dien hoofde bevelen kan geven aan de daar aanwezige militairen ook al zijn ze geen onderdeel van de onder zijn commando staande legertroep. Voor de term «commandant», in plaats van «bevelhebber», is gekozen om verwarring te voorkomen met het begrip «bevelhebber» in het Nederlandse militaire recht.

In artikel 1, eerste lid, onder b, onder 2°. is de civiele meerdere vermeld. Hieronder kunnen niet alleen (civiele) overheidsdienaren vallen maar onder omstandigheden ook directeurs van bedrijven of leiders van zakenconcerns.

Voor het aanmerken van een persoon als meerdere is een formeel-juridische boven- c.q. onderschikking niet nodig, als de leidinggevende maar feitelijk en effectief controle kan uitoefenen. Dergelijke feitelijke bevelsverhoudingen, die voldoende kunnen zijn voor aansprakelijkheid van de meerdere, kunnen dus ook bestaan buiten de traditionele staatslegers in allerlei minder geordende en gereguleerde gewapende groepen of in situaties waarin de formeel-juridische leidinggevers slechts de marionetten zijn van de ware leiders achter de schermen. Het gaat derhalve, wat de militaire meerdere betreft, om de feitelijke bevelsbevoegdheden, ongeacht de militaire rang van de betrokkene. Denkbaar is bijvoorbeeld dat een militair die in een bepaalde oorlogssituatie, afgesneden van zijn meerderen, het bevel op zich neemt over zijn eenheid, moet worden aangemerkt als meerdere. Wat de civiele meerdere betreft, gaat het om het de jure of de facto gezag om het handelen van zijn ondergeschikten te controleren. Ook hier is een hoge(re) rang of aanstelling niet doorslaggevend. De (civiele) meerdere moet de controle hebben over het werk van zijn ondergeschikten en in staat zijn om hun aanwijzingen en bevelen te geven (zie bijv. over het civiele bevelhebbersbegrip van het Statuut van het Strafhof: W. J. Fenrick, in: O. Triffterer (red.), *Commentary on the Rome Statute (1999)*, article 28, margin Nos. 15 e.v.). Het hebben van aanzienlijke invloed op – zonder effectieve controle over – het gedrag



van anderen wordt echter niet voldoende geacht voor aansprakelijkheid als meerdere (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 20 februari 2001 van de kamer van beroep van het Joegoslaviëtribunaal in de zaak Prosecutor v. Delalic et al. (de «Celebici»-zaak), overweging 266, te vinden op: [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty)).

Artikel 9, tweede lid, betreft de culpoze variant van de aansprakelijkheid van de meerdere. Wanneer gesproken kan worden van schuld van de betrokken meerdere aan het plegen van internationale misdrijven door zijn ondergeschikten, zal uiteraard afhangen van de omstandigheden van het geval, zijn positie binnen de betrokken (militaire of civiele) organisatie en de daaraan te stellen zorgplicht. Op de meerdere rust de plicht om zich te laten informeren over het handelen van zijn ondergeschikten. Als hij redelijkerwijs toegang heeft tot informatie van algemene aard die er op wijst dat ondergeschikten zich waarschijnlijk schuldig maken aan strafbare feiten en hij laat na om die informatie te vergaren of negeert die informatie bewust, zal sprake zijn van schuld. In zijn algemeenheid lijken aan militaire commandanten, mede gelet op de strikte gehoorzaamheidsplicht van hun ondergeschikten, overigens enigszins hogere eisen te moeten worden gesteld voor wat betreft de plicht om zich op de hoogte te stellen van het handelen van de ondergeschikten, dan aan civiele meerderen (zie ook het onderscheid dat artikel 28 Statuut van het Strafhof op dit punt maakt). Voor de vaststelling of aan het subjectieve bestanddeel (opzet of culpa) is voldaan, kan verder een veelheid aan factoren en omstandigheden van belang zijn, zoals de lokatie van de meerdere op het moment dat zijn ondergeschikten de feiten pleegden, de feitelijke context waarin de gedragingen plaatsvonden, de schaal van die gedragingen, de tijdstippen van de feiten, het aantal ondergeschikten dat de meerdere onder zich heeft, de logistiek, enzovoort. Voor de concrete toepassing van de subjectieve standaard zal de rechter uiteraard ook te rade kunnen gaan bij de jurisprudentie van de Tribunaal. Hierbij zij wel aangetekend dat artikel 7, derde lid, van het Statuut van het Joegoslaviëtribunaal de toe te passen standaard anders, en waarschijnlijk strenger, formuleert («*knew or had reason to know*»), zie over deze standaard de hierboven genoemde uitspraak van het Tribunaal in de Celebici-zaak) dan bijvoorbeeld artikel 28 Statuut van het Strafhof.

Nu het voorstel zowel een opzettelijke als een culpoze variant van de aansprakelijkheid van de meerdere bevat, dient er uiteraard ook ruimte te zijn voor de «onderkant» van het opzet, dat wil zeggen voor hetgeen in Nederland voorwaardelijk opzet wordt genoemd. Volgens de Nederlandse dogmatiek ligt het voor de hand die onder de opzettelijke variant van de onderhavige aansprakelijkheid te rangschikken.

Tot slot zij opgemerkt dat de omschrijving van aansprakelijkheid van de meerdere in dit voorstel aan de rechter ruimte laat voor nadere invulling en voor aanpassing aan nieuwe inzichten die in de loop van de tijd kunnen ontstaan. Wij gaan er daarbij vanuit dat de Nederlandse rechter zich bij de toepassing van de aansprakelijkheid van de meerdere zal oriënteren op de rechtspraak van de supranationale strafgerichten, zoals het Joegoslaviëtribunaal en het Internationaal Strafhof.

#### *Artikel 11*

Aan hetgeen hierover in paragraaf 4 onder c. reeds is opgemerkt zij nog het volgende toegevoegd.

Artikel 11 is grotendeels ontleend aan artikel 43, tweede lid, Sr. De term «meerdere» is in artikel 1 gedefinieerd en heeft dus dezelfde betekenis als in artikel 9 betreffende de aansprakelijkheid van de meerdere. De strafuitsluitingsgrond heeft hiermee een ruimer bereik dan het in het Wetboek van Strafrecht erkende «ambtelijk bevel», dat is beperkt tot bevelen van Nederlandse overheidsdienaren. Dit is onder andere van belang voor het geval dat voor de Nederlandse rechter een buitenlander terechtstaat,

bijvoorbeeld een militair, die zich beroept op een hem door zijn meerdere gegeven bevel. Een dergelijk, op vreemd recht gebaseerd bevel kan in beginsel disculperende werking hebben. Voor schulditsluiting op grond van het bevel van een meerdere is onder andere vereist dat het bevel door de ondergeschikte te goeder trouw als bevoegd gegeven werd beschouwd. Dit is het geval wanneer de betrokkene meende en ook kon menen dat het bevel bevoegd was gegeven. Of dit het geval is zal afhangen van de omstandigheden van het geval en de positie van de ondergeschikte. Hierbij zal bijvoorbeeld, wat de militaire ondergeschikte betreft, rekening moeten worden gehouden met het feit dat hij, gelet op de strikte hiërarchie en de strenge gehoorzaamheidsplicht waaraan hij is gebonden, in beginsel zal mogen uitgaan van de bevoegdheid van zijn meerdere om het betrokken bevel te geven.

In de consultatieronde is opgemerkt dat de in het derde lid vervatte fictie – dat een bevel tot het plegen van genocide of een misdrijf tegen de menselijkheid geacht wordt kennelijk onbevoegd gegeven te zijn – onbillijk zou kunnen uitwerken voor «kleine» uitvoerders, die een ondergeschikte rol spelen bij de uitvoering van bijvoorbeeld genocide (bijvoorbeeld chauffeurs bij gedwongen transporten van groepen personen). Kan zo'n persoon onder omstandigheden niet te goeder trouw menen dat het bevel bevoegd is gegeven? Dit lijkt twijfelachtig. Bedacht dient namelijk te worden dat om bijvoorbeeld medeplichtigheid aan genocide te bewijzen opzet van de medeplichtige op het grondfeit bewezen moet worden (zie artikel 48 Sr). Bij de betrokkene dient dus zekere kennis van de context van het feit (het oogmerk om een bepaalde groep te vernietigen) aanwezig te zijn. Veelal zal die kennis bij de hier bedoelde personen afwezig zijn, zodat men aan de vraag naar eventuele schulditsluiting vanwege het bevel van een meerdere niet toekomt. Is dat opzet wel aanwezig bij de uitvoerder, dan is de fictie van artikel 9, derde lid, naar de mening van de regering ook ten aanzien van hem op zijn plaats.

#### *Artikel 12*

Dit artikel is overgenomen uit artikel 5a Uitvoeringswet genocideverdrag, met uitbreiding van het toepassingsgebied tot de andere in dit wetsvoorstel opgenomen delicten.

#### *Artikel 13*

Op de uitsluiting van de verjaring voor de in dit wetsvoorstel geregelde misdrijven is in paragraaf 4 onderdeel d van deze toelichting al ingegaan.

#### *Artikel 15*

De bepaling betreffende de relatief bevoegde rechter is in het algemeen deel reeds toegelicht in paragraaf 5. De clause «met inachtneming van het bepaalde in de Wet militaire strafrechtspraak» strekt ertoe de rechtsmacht van de militaire rechter ten aanzien van Nederlandse militairen en daarmee gelijkgestelde personen (zie artikel 2, eerste lid, aanhef, van die wet) intact te laten. Men zie voor de definitie van «militair» en van daarmee gelijk te stellen personen het Wetboek van Militair Strafrecht (artikel 60 e.v.). Gewezen zij onder anderen op de krijgsgevangenen, die op grond van Verdrag (III) van Genève voor door hen gepleegde strafbare feiten op dezelfde wijze moeten worden berecht als Nederlandse militairen (artikel 65 Wetboek van Militair Strafrecht).

Hier zij verder nog kort aandacht besteed aan de casus dat bij een andere rechtbank dan de rechtbank Arnhem vervolging wordt ingesteld tegen een Nederlander wegens een commuun delict, bijvoorbeeld moord, gepleegd in een ander land. Vervolgens zou kunnen blijken dat dit feit, gelet op het feit dat het in de context van een gewapend conflict is gepleegd, gekwali-

ficeerd moet worden als een internationaal misdrijf, waarvoor de rechtbank Arnhem bij uitsluiting bevoegd is. Zolang de terechtzitting nog niet is aangevangen kan de dagvaarding in dat geval eenvoudig worden ingetrokken, waarna de zaak in «Arnhem» kan worden aangebracht, dan echter als internationaal misdrijf. Het lijkt uiterst onwaarschijnlijk dat deze context pas op de terechtzitting zou blijken.

#### *Artikel 16*

In paragraaf 3 onder b is reeds uitvoerig op de kwestie van immuniteiten ingegaan. In dit artikel zijn de categorieën van personen omschreven die naar het oordeel van de regering naar de huidige stand van het volkenrecht over immuniteit beschikken ter zake van de in het voorstel omschreven internationale misdrijven. De voorgestelde bepaling is beperkt tot de in het onderhavige voorstel omschreven internationale misdrijven en laat onverlet de meer in het algemeen uit hoofde van artikel 8 Sr. voor de toepassing van de strafwetbepalingen geldende «uitzonderingen in het volkenrecht erkend». Ook op grond van laatstgenoemd artikel dienen volkenrechtelijke immuniteiten voor de toepassing van de strafwet – en dus ook ter zake van andere, commune misdrijven – te worden gerespecteerd, waarbij moet worden aangetekend dat de grenzen van immuniteiten anders kunnen liggen ten aanzien van commune misdrijven dan ten aanzien van internationale misdrijven. De regering heeft ervoor gekozen om in het onderhavige voorstel een specifieke regeling voor de internationale misdrijven te treffen omdat juist op dit terrein, waarvoor Nederland universele rechtsmacht vestigt, vragen met betrekking tot immuniteiten rijzen.

Onderdeel a heeft ten eerste betrekking op buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken en noemt daarnaast «andere personen voor zover hun immuniteit door het volkenrechtelijk gewoonterecht wordt erkend». Bij deze laatste categorie van personen kan onder anderen worden gedacht aan hier te lande geaccrediteerde diplomaten van staten die geen partij zijn bij de Weense Conventie inzake diplomatieke betrekkingen. Eveneens vallen onder deze categorie voormalige buitenlandse staatshoofden, voormalige regeringsleiders en voormalige ministers van buitenlandse zaken, onder de voorwaarden zoals hierboven in paragraaf 3 onder b aangegeven. Onder b (de verdragsimmuniteiten) vallen bijvoorbeeld diplomaten en afgevaardigden naar bijeenkomsten van internationale organisaties. Verder kan worden gedacht aan andere personen die op uitnodiging van de Nederlandse regering naar Nederland komen om met vertegenwoordigers van de regering of van internationale organisaties te praten (bijvoorbeeld in het kader van een vredesproces) en die op grond van een afzonderlijk verdrag aanspraak op immuniteit hebben.

Artikel 16 is zodanig geformuleerd dat door het OM en de rechter rekening kan worden gehouden met eventuele toekomstige ontwikkelingen in het volkenrechtelijk gewoonte- of verdragsrecht. Gelet op het feit dat hiervoor zeer specifieke expertise is vereist, zal het OM soms elders advies moeten inwinnen.

#### *Artikel 17*

Artikel 17 bevat de wijzigingen van de Wet Oorlogsstrafrecht die nodig zijn om de strafbaarstelling van oorlogsmisdrijven over te hevelen naar de thans voorgestelde Wet internationale misdrijven. De redenen hiervoor zijn in de inleiding van het algemeen deel reeds toegelicht. Deze overheveling betekent allereerst dat de strafbaarstellingen vervat in de artikelen 8 en 9 WOS komen te vervallen, alsmede het uitsluitend daarop betrekking hebbende artikel 10 (betreffende ambtelijk bevel en verjaring). Zie onderdeel C. Verder dient artikel 1 WOS, dat het toepassingsbereik van de

WOS bepaalt, te worden gewijzigd. Zoals in de inleiding aangegeven waren de bepalingen van de WOS oorspronkelijk alleen bedoeld voor misdrijven, «in geval van oorlog begaan of eerst in geval van oorlog strafbaar», waarbij met de term «oorlog» werd bedoeld op een oorlog (of een ander conflict als bedoeld in artikel 1, tweede of derde lid) waarbij het Koninkrijk is betrokken. In een later stadium zijn, teneinde te voldoen aan de verplichtingen onder de Verdragen van Genève, de artikelen 8 en 9, alsmede artikel 3, onder 1, (betreffende universele rechtsmacht) in de WOS opgenomen. Tevens is toen in artikel 1 een verwijzing naar de artikelen 8 en 9 opgenomen. Daarbij is over het hoofd gezien dat daarmee, strikt genomen, de rechtsmacht van de Nederlandse rechter onmiddellijk weer werd beperkt tot de gevallen, bedoeld in artikel 1. De Hoge Raad is echter in de Knesevic-beschikking (HR 11 november 1997, NJ 1998, 463 m.nt. 'tH) bereid gebleken deze «weeffout» in de wet te herstellen en op grond van de bedoeling van de wetgever aan te nemen dat de bepalingen die artikel 1 WOS aan de toepasselijkheid van de wet stelt, niet gelden voor de in artikel 1 vermelde artikelen 8 en 9 (en in zoverre evenmin voor artikel 3 en 10 e.v.). Nu de strafbaarstelling van de oorlogsmisdrijven, alsmede de vestiging van universele rechtsmacht, wordt overgeheveld naar de Wet internationale misdrijven, is een dergelijke «lenige» interpretatie van artikel 1 niet meer nodig en dient artikel 1 voortaan weer zo te worden gelezen dat de WOS in haar geheel slechts van toepassing is in het geval van een gewapend conflict als bedoeld in artikel 1 waarbij het Koninkrijk is betrokken.

In het oorspronkelijke ontwerp van dit voorstel was in artikel 1 WOS nog een verwijzing opgenomen naar de misdrijven omschreven in de Wet internationale misdrijven. Dit zou in het bijzonder ertoe leiden dat de betrokken internationale misdrijven, indien gepleegd in geval een gewapend conflict waarbij het Koninkrijk is betrokken, bij de «WOS-rechter», dat wil zeggen de militaire rechter, zouden moeten worden aangebracht. Hiervoor pleitte dat dan de militaire rechter bevoegd zou zijn voor alle delicten, door militairen en niet-militairen gepleegd, die gelet op hun aard nauw samenhangen met het betrokken gewapend conflict; artikel 1 WOS noemt verder nog de misdrijven tegen de staatsveiligheid en de koninklijke waardigheid, de militaire en de landverraderlijke delicten. Op advies van het openbaar ministerie is er echter nu voor gekozen om de berechting van de internationale misdrijven aan de «WOS-rechter» te onttrekken en onder alle omstandigheden, dus ook wanneer ze (door een niet-militair) in een gewapend conflict waarbij Nederland is betrokken zijn gepleegd, op te dragen aan de gewone rechter bedoeld in artikel 15 van het onderhavige voorstel. Dit leidt slechts uitzondering wanneer het internationale misdrijf is begaan door een Nederlandse militair, in welk geval de zaak op grond van de Wet militaire strafrechtspraak naar de militaire rechter gaat. Aldus gaan internationale misdrijven die zijn gepleegd door burgers of door vreemde militairen steeds naar de gewone rechter en internationale misdrijven gepleegd door Nederlandse militairen (en daarmee gelijkgestelde personen, zie artikel 2, eerste lid, aanhef, Wet militaire strafrechtspraak) naar de militaire rechter. Hiermee zijn WIM en WOS nog duidelijker ten opzichte van elkaar afgebakend. Onderdeel B wijzigt artikel 3 WOS. De rechtsmacht die hierin werd gevestigd ter zake van oorlogsmisdrijven en genocide, zal voortaan zijn neergelegd in de Wet internationale misdrijven.

Onderdeel E, ten slotte, is nodig geworden als gevolg van de hierboven toegelichte toebedeling van de internationale misdrijven aan de gewone rechter in plaats van aan de «WOS-rechter». Aangezien de reden voor instelling van de bijzondere rechtspleging vooral is gelegen in de potentiële omvang van bezettingscriminaliteit en de wens daarmee niet de normale rechtspleging te belasten, dient de regering de mogelijkheid te hebben om ook de berechting van internationale misdrijven, gepleegd tijdens de bezetting, aan de bijzondere gerechten op te dragen.

### *Artikel 18*

Van de gelegenheid wordt gebruik gemaakt om een fout die bij de totstandkoming in artikel 5, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht is geslopen, te herstellen. Zie hierover Cleiren/Nijboer 2000 (T&C), art. 5 Sr, aant. 1 (Koopmans/Politoff). De Hoge Raad leest artikel 5, tweede lid, reeds aldus dat het alleen betrekking heeft op de gevallen, bedoeld in onderdeel 2° van het eerste lid (HR 20 juni 1950, NJ 1950, 646).

### *Artikel 21*

Het onderhavige voorstel bevat hoofdzakelijk regels van materieel strafrecht. Hiervoor geldt de in artikel 1, eerste lid, Sr besloten regel dat zij niet mogen worden toegepast op strafbare feiten die voor de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel hebben plaatsgevonden. Voor die feiten geldt het materiële recht zoals dat op het moment van plegen gold. Overgangsregels zijn voor dit soort gevallen niet nodig. Anders ligt dit voor de wijziging die het onderhavige voorstel brengt in de relatieve competentie. Voortaan is ter zake van internationale misdrijven steeds de gewone rechter bevoegd (behoudens indien de verdachte een Nederlandse militair is). Om te voorkomen dat een zaak die nog onder het oude recht, op grond van de Wet Oorlogsstrafrecht, bij de militaire rechter in Arnhem is aangebracht, na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel bij de gewone rechter aldaar zou moeten worden voortgezet, wordt een overgangsbepaling voorgesteld: artikel 21, eerste lid, bepaalt dat in zo'n geval de zaak bij dezelfde rechter bij wie de vervolging is ingesteld, wordt voortgezet.

In het tweede lid van artikel 21 is een overgangsregel met betrekking tot de verjaring van foltering opgenomen. Zoals in paragraaf 4 onder d aangegeven wordt voorgesteld de verjaarbaarheid van foltering zoals voorheen strafbaar gesteld in de Uitvoeringswet folteringverdrag op te heffen. Naar doorgaans wordt aangenomen, is een wijziging van de verjaringstermijn (met name een verlenging) ook van toepassing op oude feiten, zij het dat ten aanzien van reeds verjaarde feiten het recht tot strafvordering niet behoort te herleven. Artikel 21, tweede lid, bepaalt dan ook dat de onverjaarbaarheid ook geldt voor onder de Uitvoeringswet folteringverdrag gepleegde strafbare feiten. Aangezien de Uitvoeringswet folteringverdrag in 1989 in werking is getreden, kan zich de situatie dat een daarin strafbaar gesteld feit thans reeds is verjaard niet voordoen.

De Minister van Justitie,  
A. H. Korthals