



VU Research Portal

Kroniek internationaal & Europees strafrecht

van Sliedregt, E.; Borgers, M.J.; Rozemond, N.; Glerum, V.H.

published in

Nederlands Juristenblad
2009

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Sliedregt, E., Borgers, M. J., Rozemond, N., & Glerum, V. H. (2009). Kroniek internationaal & Europees strafrecht. *Nederlands Juristenblad*, 84(14), 919-928.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Kroniek van het Internationale & Europese strafrecht

Supranationaal Strafrecht

Elies van Sliedregt, Vincent Glerum, Klaas Rozemond, Matthias Borgers¹

ER IS IN DEZE KRONIEKPERIODE VEEL GEBEURD OP HET TERREIN VAN HET INTERNATIONALE EN EUROPESE STRAFRECHT. MET NAME DE ONTWIKKELINGEN OP HET TERREIN VAN HET EUROPESE STRAFRECHT HEBBEN EEN HOGE VLUCHT GENOMEN. HET EUROPESE STRAFRECHT, DAT ZICH IN TOENEMENDE MATE ONTWIKKELT TOT EEN ZELFSTANDIGE DISCIPLINE, MOCHT DAN OOK NIET ONTBREKEN IN DEZE KRONIEK DIE OORSPRONKELIJK BEPERKT ZOU ZIJN TOT EEN TOUR D'HORIZON VAN HET INTERNATIONALE STRAFRECHT. VANWEGE HET FEIT DAT ZOWEL HET INTERNATIONALE ALS HET EUROPESE STRAFRECHT IEDER EEN AANTAL DEELTERREINEN DEKKEN, ZIJN DE 'HIGHLIGHTS' VAN DE KRONIEKPERIODE, DIE TWEE JAAR BESLAAT, DIVERS VAN AARD. ZO KAN WORDEN GENOEMD DE ARRESTATIE EN OVERBRENGING VAN KARADZIĆ NAAR HET JOEGOSLAVIË-TRIBUNAAL, DE DAGVAARDING VAN DE PRESIDENT VAN SOEDAN BIJ HET INTERNATIONAAL STRAFHOF, DE ONDERTEKENING VAN HET VERDRAG VAN LISSABON EN DE EERSTE HOF VAN JUSTITIE EN HOGE RAAD UITSPRAKEN OVER HET EUROPEES AANHOUDINGSBEVEL.

Internationale strafrechtspraak

De arrestatie van Karadžić op 21 juli 2008 en zijn overlevering enkele dagen later aan het Joegoslavië-tribunaal (ICTY), waren belangrijke gebeurtenissen. Hieraan gingen jaren van politieke pressie op de Servische autoriteiten vooraf. Het lijkt geen twijfel dat het vooruitzicht van EU-lidmaatschap de Servische houding ten aanzien van samenwerking met het tribunaal positief heeft beïnvloed. De aanhouding van Karadžić komt in een fase van de bestaansgeschiedenis van het tribunaal waar men op basis van een 'completion strategy'² bestaande zaken aan het afronden is, geen nieuwe vervolging ter hand wordt genomen en de vervolging van minder grote zaken wordt overgedragen aan nationale staten. Mochten Mladić en Hadžić, de twee verdachten die nog op vrije voeten zijn, worden aangehouden dan is de verwachting dat het mandaat van

het ICTY wordt verlengd. Vooralsnog staat 2012 als sluitingsdatum te boek. Dit geldt ook voor het Rwanda-tribunaal (ICTR), dat grote moeite heeft om de lopende strafzaken binnen de gestelde termijn te verwerken.

Auteur

1. Prof. mr. E. van Sliedregt, mr. V.H. Glerum, mr. N. Rozemond en prof. mr. M.J. Borgers zijn allen verbonden aan de sectie straf(proces)recht van de Vrije Universiteit Amsterdam. Vincent Glerum is daarnaast werkzaam bij de internationale rechtshulpkamer (IRK) van de Rechtbank Amsterdam.

Noten

2. De meest recente rapporten over de implementatie van de completion strategy zijn voor het ICTY: S/2008/729 (24 november 2008) en voor het ICTR: Strategy S/2008/726 (21 november 2008). Aan de completion strategy liggen ten grondslag VN Veiligheidsraadsresoluties 1503 (2003) en 1534 (2004).

Met betrekking tot strafrechtelijke aansprakelijkheid is er interessante rechtspraak van het Joegoslavië-tribunaal over 'superior responsibility' en het deelnemen aan een 'joint criminal enterprise'

Het is onmogelijk om in het bestek van deze bijdrage een volledig overzicht te geven van de rechtspraak van beide VN-tribunalen. Wij beperken ons tot een aantal 'highlights':³

Met betrekking tot strafrechtelijke aansprakelijkheid is er interessante rechtspraak van het Joegoslavië-tribunaal over 'superior responsibility' en het deelnemen aan een 'joint criminal enterprise' (JCE). Het eerste is een bijzonder deelnemingsconcept dat ziet op de aansprakelijkheid van bevelhebbers en andere niet-militaire meerderen, neergelegd in art. 6 lid 3 van het ICTR Statuut en art. 7 lid 3 van het ICTY Statuut. Het tweede aansprakelijkheidsconcept betreft een op art. 140 Sr gelijkende voorziening, zij het dat het bij JCE gaat om deelneming aan een door anderen begaan delict en niet om daderschap van een bijzonder delict. Beide concepten, superior responsibility en JCE, hebben in recente rechtspraak een enigszins andere invulling gekregen. Terwijl in de beginfase van het tribunaal de 'kleine vissen' terecht stonden, zijn het nu de hoogsten in rang die terecht staan bij het Joegoslavië-tribunaal. Op basis van die eerste zaken is de basis gelegd voor leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Dat betekent dat bij superior responsibility een nauwe relatie wordt verondersteld tussen de ondergeschikte (en diens gedragingen) en de meerdere, en bij JCE bij de deelnemers onderling. In de rechtspraak van het Joegoslavië-tribunaal is die relatie enigszins gerelativeerd. Zo oordeelde de ICTY Kamer van Beroep in *Blagojević* dat de meerdere niet alleen aansprakelijk is voor misdrijven *gepleegd* door de ondergeschikte maar ook voor misdrijven waaraan de ondergeschikte heeft *deelgenomen*.⁴ De hiërarchische afstand vanwege de senior positie van de meerdere heeft zich voorts vertaald in een andere visie op superior responsibility, als daderschap in plaats van deelneming. In de zaken *Halilović* en *Hazhihazanović en Kubura* wordt superior responsibility beschouwd als apart omissiedelict, als een nalaten in te grijpen.⁵ Met betrekking tot JCE oordeelde de Kamer van Beroep op 4 april 2007 dat het voor deelneming aan een JCE niet noodzakelijk is dat de pleger deel uitmaakt van de 'criminal enterprise'. Het gaat vooral om de vraag of een bepaalde gedraging behoort tot de 'common criminal plan'.⁶ Bovendien is voor het toeschrijven van een strafbaar feit aan alle leden van de JCE reeds toereikend de betrokkenheid van slechts één lid van de JCE aan dat grondfeit.⁷ Deze vorm van 'interlinked JCE' is fundamenteel anders dan JCE zoals dat eerder was ontwikkeld in de *Tadić* zaak.⁸

De verruiming en 'herwaardering' van superior responsibility en JCE roept legaliteitsvragen op. Allereerst omdat een uitgewerkt internationaal strafwetboek ontbreekt. De Statuten van de VN-tribunalen zijn schetsmatig en een concept als JCE is geheel in de rechtspraak ontwikkeld. Ten tweede omdat er in het internationale strafrecht geen leer van 'binding precedent' en *stare decisis* is, zoals we dat kennen in het common law en waar de rechtsvor-

ming bij de VN-tribunalen grote gelijkenis mee vertoont. Ten derde vanwege de weinig houvast biedende bron van het internationaal gewoonterecht. Het gewoonterechtelijke bestaan van 'interlinked' JCE wordt teruggevoerd op twee uitspraken.⁹ Dat deze rechtsbasis niet sterk is, blijkt reeds uit de woorden van de rechters zelf, die erkennen dat de zaken zijn 'interpreted as a valid source of the contours of joint criminal enterprise liability in customary international law' [cursief, *EVS*].¹⁰

Bij het Rwanda-tribunaal is de rechtspraak over 'incitement to genocide' van belang. In de *Media* trial, oftewel *Nahimana et al.*, maakt de Kamer van Beroep duidelijk dat het concept weliswaar trekken vertoont van een uitingsdelict en daarmee lijkt op haat zaaien, maar dat het in de eerste plaats een gevaarzettingsdelict is, juist vanwege de ernst van het misdrijf waartoe 'inflammatory speeches' kunnen leiden.¹¹ Als gevaarzettingsdelict is een zekere band vereist met de mogelijke gevolgen van het aanzetten tot genocide. Dat staat echter weer op gespannen voet met de 'inchoate' aard van het misdrijf; het is een misdrijf dat reeds strafbaar is zonder dat het gevolg (genocide) intreedt. In een recente publicatie analyseert Benesch de complexe structuur van het misdrijf en stelt zij een normatief kader op, de 'reasonably possible consequences test', aan de hand waarvan een gedraging wel/niet kan worden gekwalificeerd als 'incitement to genocide'.¹²

Voorts kan worden genoemd de rechtspraak over de definitie van misdrijven tegen de mensheid. In de zaak *Martić* oordeelde de ICTY Kamer van Beroep dat de betekenis van het delictsbestanddeel 'civilian population' (tegen wie de aanval is gericht)¹³ in art. 5 van het ICTY Statuut dezelfde is als het begrip 'civilian population' in het internationaal humanitair recht. Dat betekent dat het begrip zich niet uitstrekt tot leden van de strijdkrachten en andere combattanten die *hors de combat* zijn.¹⁴ Volgens de rechters is daarmee nog niet uitgesloten dat combattanten en leden van de strijdkrachten mogelijk slachtoffer zijn van misdrijven tegen de mensheid.¹⁵ Met deze uitspraak wordt een einde gemaakt aan de onduidelijkheid die was ontstaan over de strekking van misdrijven tegen de mens-

Terwijl de Joegoslavië- en Rwanda-tribunalen toewerken naar sluiting begint het Internationaal Strafhof langzaam op stoom te raken

heid en de verhouding van deze categorie misdrijven met oorlogsmisdrijven.¹⁶

Terwijl de Joegoslavië- en Rwanda-tribunalen toewerken naar sluiting in 2012, begint het Internationaal Strafhof, oftewel het International Criminal Court (ICC), langzaam op stoom te raken. Onlangs is een Kamer van Berechting van het ICC begonnen aan zijn eerste zaak, die tegen de Congolees Thomas Lubanga, onder andere voor het rekruteren en gebruik maken van kindsoldaten. De dagvaarding was reeds op 29 januari 2007 door de 'Pre-Trial Chamber' bevestigd.¹⁷ De zaak liep echter vertraging op toen bleek dat de aanklager een deel van de beschuldigingen had gebaseerd op vertrouwelijke informatie afkomstig van de Verenigde Naties.¹⁸ De zaak werd geschorst en pas weer hervat nadat de rechters inzicht hadden gekregen in het materiaal en hadden kunnen verifiëren of het wel/ geen ontlastende informatie bevatte die bekend moest worden gemaakt aan de verdachte en zijn raadsman.¹⁹

In een baanbrekende uitspraak van 4 maart 2009 heeft een ICC Pre-Trial Chamber de dagvaarding tegen de president van Soedan bevestigd. Het is voor het eerst in de geschiedenis dat een *zittende* president voor internationale misdrijven wordt vervolgd. De Aanklager heeft Bashir gedagvaard voor oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de mensheid en genocide. De Pre-Trial Chamber bevestigde de aanklacht voor oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de mensheid, maar niet voor genocide.²⁰ De meerderheid (Judge Ušaska dissenting) oordeelt dat de door de Aanklager geleverde informatie geen 'reasonable grounds' biedt om aan te nemen dat werd gehandeld met een genocidaal oogmerk. De opzet van Bashir en zijn regering was niet gericht op de vernietiging van de etnische groepen de Fur, de Masalit en de Zaghawa.

Tot op heden zijn bij het ICC aanklachten uitgebracht in vier 'situaties', in Oeganda, de Democratische Republiek

Congo (DRC), de Centraal-Afrikaanse Republiek (CAR) en Sudan (Darfur). In totaal zijn dat zeven zaken.²¹ Het strafrechtelijk onderzoek in de DRC, Oeganda en de CAR, is gestart als gevolg van een 'self-referral'. De regeringen van de desbetreffende landen hebben zelf om strafrechtelijk onderzoek door het ICC verzocht. Dit in tegenstelling tot Soedan dat geen partij is bij het ICC en via een bindende resolutie van de Veiligheidsraad naar het ICC is verwezen.²² Beide toegangswegen tot het ICC kennen problemen. Zo garandeert een self-referral weliswaar samenwerking van de lokale autoriteiten, maar slechts voor zover het onderzoek zich richt op misdrijven gepleegd door rebellen. Dit brengt de onafhankelijkheid van het onderzoek in gevaar. Verwijzing door de Veiligheidsraad is eveneens problematisch. Soedan weigert elke medewerking met het Hof en het Hof heeft geen middelen om deze samenwerking af te dwingen. Slechts de Veiligheidsraad kan deze onwillige houding doorbreken en er voor zorgen dat het Hof de door de Raad opgedragen taak kan uitvoeren.

Er bevinden zich momenteel vier verdachten in de ICC vleugel van het Huis van Bewaring in Scheveningen: Lubanga (DRC), Katanga (DRC), Ngudjolo Chui (DRC) en Gombo (CAR).

Vermeldenswaardig is dat het ICC-recht zich zelfstandig ontwikkelt, los van het tribunaalrecht. Op het terrein van het internationaal strafprocesrecht is dat het meest zichtbaar en in zekere zin ook vanzelfsprekend. Elk tribunaal/hof heeft zijn eigen bewijs- en procedureregels en de procedure bij het ICC is een wezenlijk andere dan die bij het ICTY en het ICTR, ondermeer vanwege de Pre-Trial Chamber procedure en de procespositie van slachtoffers. In die sleutel moet ook de door het ICC ingenomen standpunt met betrekking tot 'witness proofing', getuigenverificatie, worden gezien. Witness proofing is een verschijnsel afkomstig uit het common law en controversieel vanwege

Noten

3. Voor een meer volledig overzicht van de rechtspraak zie: D. Abels, K. de Meester & G. Sluiter, 'Kroniek Internationaal Strafrecht 2007', *NJCM Bulletin* 2008, p. 689-706; F. Gaynor en B. Goy, 'Current Developments at the Ad Hoc International Criminal Tribunals', *Journal of International Criminal Justice* 2007, p. 1175-1214; K. Gustafson en J. Janisiewicz, 'Current Developments at the Ad Hoc International Criminal Tribunals', *Journal of International Criminal Justice* 2008, p. 1091-1123.
4. *Prosecutor v. Blagojević*, Judgement, Case No. IT-02-60-A, 9 mei 2008, par. 280.
5. *Prosecutor v. Halilović*, Judgement, Case No. IT-01-48-T, 16 november 2005, par. 42 e.v.; *Prosecutor v. Hadžihasanović*, Judgement, Case No. IT-01-47-T, 15 maart 2006, par. 68.
6. *Prosecutor v. Brdjanin*, Judgement, Case No. IT-99-36-A, 4 april 2007, par. 410.

7. *Prosecutor v. Brdjanin*, Judgement, Case No. IT-99-36-A, 4 april 2007, par. 413.
8. *Prosecutor v. Tadić*, Judgement, Case No. IT-94-1-A, 15 juli 1999 par. 228.
9. *United States v. Altsötter et al.*, U.S. Military Tribunal Judgement, 3-4 december 1947 (*Justice case*); *United States v. Greifeld et al.*, U.S. Military Tribunal Judgement, 10 maart 1948 (*RuSHA case*).
10. *Brdjanin* Judgement, zie nr. 5, par. 415.
11. *Prosecutor v. Nahimana et al.*, Judgement, Case No. ICTR-99-52-A, 28 november 2007, par. 692.
12. S. Benesch, 'Vile Crime or Inalienable Right: Defining Incitement to Genocide', *Virginia Journal of International Law* 2008, p. 485-528. Zie ook Wibke K. Timmermann, 'The Relationship between Hate Propaganda and Incitement to Commit Genocide: A New Trend in International Law Towards Criminalization of Hate Propaganda?', *Leiden Journal of International Law* 2005, p. 257 e.v.

13. The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population: (a) murder; (b) extermination; (c) enslavement; (d) deportation; (e) imprisonment; (f) torture; (g) rape; (h) persecutions on political, racial and religious grounds; (i) other inhumane acts. (onderstreept, EvS)
14. *Prosecutor v. Martić*, Judgement, Case No. IT-95-11-A, 8 oktober 2008, par. 291-302.
15. *Prosecutor v. Martić*, Judgement, Case No. IT-95-11-A, 8 oktober 2008, par. 302-321.
16. In dit verband zijn de volgende uitspraken ook van belang: *Prosecutor v. Blaskić*, Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 juli 2004, par. 110-116 en *Prosecutor v. Kordić en Cerkez*, Judgement, Case No. IT-95-14/2-A, 17 december 2004, par. 421, 480, 570-571.
17. Decision on the Confirmation of the

- Charges, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, PTC I, 29 januari 2007.
18. Zie H. Verrijn Stuart, 'The ICC in Trouble', *Journal of International Criminal Justice* 2008, p. 409-417.
19. Situation in the DRC in the Case of the *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, reasons for oral decision lifting the stay of proceedings, Case No. ICC-01/04-01/06, 23 januari 2009.
20. Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Case No. ICC-02/05-01/09, 4 maart 2009.
21. Oeganda: *Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti and Dominic Ongwen*; DRC: *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*; *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*; Darfur/Soedan: *Prosecutor v. Ahmad Muhammed Harun and Ali Abd-Al-Rahman, Prosecutor v. Al Bashir*; CAR: *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*.
22. UNSC Res. 1593, 2005.

de mogelijkheid getuigen te beïnvloeden en te coachen.²³ In *Lubanga*²⁴ oordeelden de ICC rechters dat witness proofing, los van de principiële bezwaren, niet past bij het procesrecht van het ICC dat een minder adversair/common law karakter draagt dan het procesrecht van het ICTY, het ICTR²⁵ en het Speciale Hof voor Sierra Leone (SCSL)²⁶ waar witness proofing een geaccepteerde praktijk is. Ook met betrekking tot strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt een zelfstandige koers gevaren. Opvallend daarbij is de sterke invloed van het Duitse recht. Zo wordt middellijk daderschap via het concept 'Tatherrschaft'²⁷ vorm gegeven en daarmee afstand genomen van bepaalde ICTY rechtspraak over JCE.²⁸ Problematisch is deze gescheiden ontwikkeling voor de nationale rechter die, belast met de berechting van internationale misdrijven, soms een beroep zal moeten doen op normen/interpretaties afkomstig uit het internationale strafrecht. Mocht deze gescheiden ontwikkeling zich doorzetten dan kan de nationale rechter voor de vraag komen te staan 'welk internationaal strafrecht is van toepassing'?

Het Speciale Hof in Sierra Leone (SCSL) heeft op 25 februari 2009 drie leden van de RUF (Revolutionary United Front) veroordeeld voor oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de mensheid. De RUF zaak is, naast de strafzaak tegen Charles Taylor, nog de enig lopende strafzaak bij het Speciale Hof. Eerder werden veroordelingen, in eerste aanleg en hoger beroep, uitgesproken in de zaak tegen

De nationale rechter kan dan voor de vraag komen te staan 'welk internationaal strafrecht is van toepassing'?

twee leden van de CDF (Civil Defence Forces) en in de zaak van drie leden van de AFRC (Armed Forces Revolutionary Council). Twee verdachten overleden in detentie (Norma en Sankoh), één kwam om in Liberia in 2003, en één verdachte is op de vlucht en zal, naar alle waarschijnlijkheid, bij aanhouding ter berechting worden overgedragen aan een nog nader te bepalen staat. Op 4 juni 2007 opende de Aanklager bij het SCSL de strafzaak tegen Charles Taylor, de eerste zaak tegen een voormalig Afrikaans staatshoofd voor internationale misdrijven. De berechting zou aanvankelijk in Freetown, de standplaats van het Speciale Hof, plaatsvinden. Uit veiligheidsoverwegingen is besloten het proces naar Den Haag te verplaatsen, naar het gebouw van het ICC. De aanklager heeft op 27 februari 2009 zijn deel van de zaak afgerond. Het is nu de beurt aan de verdediging. Verwacht wordt dat het Hof binnen een jaar uitspraak doet.

De Bijzondere Kamers van de gerechten van Cambodja (Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia, ECCC), opgericht in 1997 bij een overeenkomst tussen de Verenigde Naties en Cambodja,²⁹ hebben tot taak de misdrijven begaan tijdens het regime van Pol Pot in de

periode 1975 tot 1979, te berechten. De ECCC kende vanwege twijfel over de onafhankelijkheid van de rechtsgang en budgettaire problemen een langzame start. Er bevinden zich momenteel vijf verdachten in voorlopige hechtenis. Terwijl het onderzoek tegen vier van hen nog voortduurt, is het onderzoek ter terechtzitting in de zaak tegen Khang Khék Ieu ('Duch') op 17 februari 2009 geopend.

Tot slot kan worden vermeld dat Den Haag er een internationaal tribunaal bij heeft: het Speciaal Tribunaal van Libanon (STL). Op 21 december 2007 sloten de VN en Nederland daartoe een verdrag, bij wet goedgekeurd op 28 december 2008.³⁰ Op 1 maart 2009 werd het STL officieel geopend. Het STL is belast met de berechting van personen die worden verdacht van het plegen van een aanslag op de Libanese premier Hariri op 14 februari 2005.

Nationale berechting

De vervolging van internationale misdrijven in Nederland krijgt sinds 1994 bijzondere aandacht. Dat jaar wordt het NOJO-team (Nationaal Opsporingsteam Joegoslavische Oorlogsmisdrijven) opgericht, dat in 1998 wordt uitgebreid en verder gaat als het NOVO-team (Nationaal Opsporingsteam Oorlogsmisdrijven). Vanaf 2002 komen een aantal zaken voor de rechter en wordt het resultaat van de opsporings- en vervolgingsactiviteit van de jaren negentig zichtbaar. In 2005 veroordeelt de Haagse rechtbank twee Afghaanse generaals voor oorlogsmisdrijven gepleegd in Afghanistan ten tijde van de burgeroorlog in de periode 1978-1992.³¹ Deze veroordeling wordt op 29 januari 2007 bevestigd in hoger beroep.³² Twee juridische kwesties staan centraal: universele rechtsmacht en het *nemo tenetur*-beginsel. Met betrekking tot het eerste punt oordeelt het Gerechtshof dat de Nederlandse wetgeving (art. 3 Wet Oorlogsstrafrecht (WOS)) een toereikende basis biedt voor het uitoefenen van universele rechtsmacht ter zake van oorlogsmisdrijven gepleegd in niet-internationaal gewapende conflicten. Het Hof stelt vast dat de Nederlandse wetgeving daarmee verder gaat dan de Geneefse Conventies. De vraag die echter onbeantwoord blijft, is of het volkenrecht deze uitoefening van universele rechtsmacht toestaat/machtigt, dan wel dient te machtigen. Het Hof achtte zichzelf niet bevoegd deze vraag te beantwoorden nu dat vraagt om een oordeel over eventuele strijdigheid van art. 3 WOS met het volkenrechtelijk gewoonterecht. Art. 94 Gw zou aan een dergelijke toets in de weg staan nu daaruit voortvloeit dat het de rechter niet vrij staat een wet te toetsen aan ongeschreven volkenrecht.³³ Deze uitkomst is onbevredigend en bekritiseerd in de literatuur.³⁴ Het tweede punt dat centraal staat in de Afghaanse zaken heeft betrekking op de samenwerking tussen de IND en het OM en het gebruik van verklaringen, afgelegd in het kader van een asielpprocedure, als bewijs in een strafprocedure. Het verweer dat vanwege gebruik van deze verklaringen het in art. 6 EVRM besloten liggende *nemo tenetur*-beginsel, alsmede het in art. 8 EVRM gewaarborgde recht op privacy waren geschonden, werd tot in de hoogste instantie gevoerd, maar verworpen.³⁵

De vervolging van internationale misdrijven richt zich ook op Nederlandse verdachten. Kort na de veroordelingen in de Afghaanse zaken werd Frans van Anraat tot vijftien jaar gevangenisstraf veroordeeld voor medeplichtigheid tot het plegen van oorlogsmisdrijven.³⁶ Het

Dient opzet bij medeplichtigheid bij genocide naar nationale of naar internationale maatstaven te worden geïnterpreteerd?

leveren van chemicaliën aan het regime van Saddam Hussein, waarvan was vastgesteld dat deze waren gebruikt in gifgasaanvallen tegen Koerden in Halabja en in de oorlog tussen Irak en Iran, kwam hem duur te staan. Een half jaar later volgde de veroordeling van een andere Nederlandse koopman, Guus van Kouwenhoven, voor overtreding van de Sanctieregeling Liberia 2001 en 2002.³⁷ Van Kouwenhoven werd vrijgesproken van medeplichtigheid aan oorlogsmisdrijven.

In hoger beroep wordt de veroordeling van Van Anraat bevestigd. De veroordeling van Van Kouwenhoven daarentegen hield geen stand; in ongemeen scherpe bewoordingen wordt het bewijs waarop de veroordeling berustte als ongeloofwaardig ('drijfzand') terzijde geschoven en volgt een vrijspraak.³⁸ In Van Anraat kwam een interessante kwestie aan bod: dient opzet bij medeplichtigheid bij genocide naar nationale of naar internationale maatstaven te worden geïnterpreteerd?³⁹ Meer concreet: is voorwaardelijk opzet ten aanzien van het genocidaal oogmerk van Saddam Hussein voldoende, of dient het strengere internationale criterium 'knowledge of genocidal intent' te worden toegepast? De rechtbank verkiest de internationale norm boven de nationale en spreekt Van Anraat vrij van medeplichtigheid tot genocide. In hoger beroep oordeelt het Hof dat de keuze voor een internationale standaard niet voor de hand ligt, nu

op dit punt 'het internationale strafrecht nog in ontwikkeling [is] en niet geheel uitgekristalliseerd lijkt te zijn'.⁴⁰ Inderdaad, het feit dat de ICTY en ICTR Statuten voorzien in deels overlappende bepalingen: 'aiding and abetting' en 'complicity' heeft geresulteerd in onduidelijke en inconsistente rechtspraak met betrekking tot het opzetvereiste van 'complicity in genocide'.⁴¹

Wat evenmin duidelijk is, is de kwestie van voorrang. In tegenstelling tot het internationaal privaatrecht is er in het internationaal strafrecht geen systeem van voorrang waarbij is afgesproken wanneer welk recht dient te worden toegepast. Het ligt voor de hand bij de interpretatie van internationale misdrijven, aan te sluiten bij het internationaal-strafrechtelijke kader. De delictomschrijvingen hebben immers een internationale oorsprong en zijn geïnterpreteerd in de rechtspraak van internationale tribunaal en hoven.⁴² Met betrekking tot de leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid, daarentegen, is het toepassen van internationale standaarden/normen niet vanzelfsprekend. Concepten als 'complicity' en 'aiding and abetting' in het internationale strafrecht zijn gemodelleerd en geïnspireerd op deelneming in het nationale strafrecht. Reeds bij de implementatie van de Genocide Conventie in het nationale recht, was dat duidelijk. Zo zei de parlementair secretaris in het Engelse House of Commons over de bepa-

Noten

23. Zie de discussie tussen Karemaker e.a. en Ambos: R. Karemaker e.a., 'Witness Proofing in International Tribunals – A critical analysis of widening procedural divergence', *Leiden Journal of International Law* 2008, p. 683-698; K. Ambos, 'Witness Proofing before the ICC: A reply to Karemaker, Taylor, and Pittman', *Leiden Journal of International Law* 2008, p. 911-916; R. Karemaker e.a., 'Witness Proofing in International Criminal Tribunals: Response to Ambos', *Leiden Journal of International Law* 2008, p. 917-923.
24. *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the practices of witness familiarization and witness proofing, Case No. ICC-01/04-01/06, 8 november 2006.
25. *Prosecutor v. Karemera et al.*, Decision on interlocutory appeal regarding witness proofing, Case No. ICTR-98-44-AR73.8, 11 mei 2007.
26. *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, Case No. SCSL-04-15-T, 6 december 2007.
27. C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg: De Gruyter &

Co 1967.

28. *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/04-01/06, 29 januari 2007, par. 327-367; *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, 30 september 2008, par. 477-518; *Prosecutor v. Gombo*, Case No. ICC-01/05-01/08, par. 78.
29. Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the prosecution under Cambodian law of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea, 17 March 2003, zie www.eccc.gov.kh/english/agreement.list.aspx.
30. Wet van 29 december 2009, houdende goedkeuring van het op 21 december 2007 te New York tot stand gekomen Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Naties betreffende de Zetel van het Speciaal Tribunaal voor Libanon (*Trb.* 2007, 228 en *Trb.* 2008, 12).
31. Rb. 's-Gravenhage 14 oktober 2005, *LJN* AU4347 en AU4373.
32. Hof 's-Gravenhage 29 januari 2007,

LJN AZ7143 en AZ7147.

33. HR 6 maart 1959, *NJ* 1962, 2 (Nyugat II).
34. Zie D. Abels, K. de Meester & G.K. Sluiter, 'Kroniek Internationaal Strafrecht', 2007, deel 2, *NJCM Bulletin*, 2008, p. 852-853; E. van Sliedregt, 'Rechtsmachtgrenzen voor onbegrensde misdrijven – "Neerlands dualisme" bestendigd', *DD* 2008, p. 658-663.
35. HR, 8 juli 2008, *LJN* BC7421, *NJ* 2008, 455 (m.nt. Schalken). Zie ook G. Mettraux, 'Dutch Courts' universal jurisdiction over violations of common article 3 qua war crimes', *Journal of International Criminal Justice* 2006, p. 362 e.v.; E. van Sliedregt, 'Afghaanse Zaken: over 1F-beschikkingen en de vervolging van oorlogsmisdadigers in Nederland', *NJCM Bulletin* 2007, p. 324 e.v.
36. Rb. 's-Gravenhage 23 december 2005, *LJN* AU8685. Zie Y. Buruma, 'Internationale misdrijven voor de Nederlandse rechter', *DD* 2007, p. 112-125.
37. Rb. 's-Gravenhage 7 juni 2006, *LJN* AX7098.

38. Hof 's-Gravenhage 10 maart 2008, *LJN* BC6068, *NJ* 2008, 469 (m.nt. Keijzer). Zie voor een commentaar: L.J. van den Herik, 'De Hollandse koopmansgeest in den vreemde: de berechting van Guus Kouwenhoven', *NJCM Bulletin* 2008, p. 976-989.
39. Hof 's-Gravenhage 9 mei 2007, *LJN* BA4676. Zie voor een commentaar H.G. van der Wilt, 'Genocide v. War Crimes in the Van Anraat Appeal', *6 Journal of International Criminal Justice* 2008, p. 557-567.
40. R.o. 6.4.
41. Zie voor een uitgebreide bespreking E. van Sliedregt, 'Complicity in Genocide (Art. 3)', in: P. Gaeta (red.), *The UN Genocide Convention. A Commentary*, Oxford: Oxford University Press (binnenkort te verschijnen).
42. Zie H.G. van der Wilt, 'Equal Standards? On the Dialectics between National Jurisdictions and the International Criminal Court', *8, International Criminal Law Review* 2008, p. 229-272.

ling 'complicity in genocide' in art. 3(e) uit de Genocide Conventie:

*[it] has not been included in Clause 2(1) because we take the view that the sub-heading in Article III (of the Genocide Convention) is subsumed in the act of genocide itself in exactly the same way as, under our domestic criminal law, aiding and abetting is a situation in which a person so charged could be charged as a principal in relation to the offence itself.*⁴³

Een andere reden ten faveure van toepassing van het nationale begrippenkader en leerstukken bij de interpretatie van strafrechtelijke aansprakelijkheid is de consistentie en eenheid van het nationale strafrecht. Zoals Van der Wilt terecht opmerkt, het toepassen van afwijkende internationale normen en standaarden met betrekking tot de deelneming zou het onwenselijk effect hebben van 'unwarranted differences in the administration of criminal justice within one legal system.'⁴⁴

In het kader van de Completion Strategy worden door het ICTY en het ICTR zaken overgedragen aan nationale staten. Dat het Nederlandse wettelijke instrumentarium onvoldoende is om de strafvervolgning van deze tribunaal over te nemen, althans voor genocide, bleek onlangs in de zaak van de Rwandese asielzoeker Joseph M.⁴⁵ Naar aanleiding van een verzoek tot overname van de Aanklager bij het ICTR is de verdachte, die zich in Nederland bevond, door het Openbaar Ministerie gedagvaard om in Nederland terecht te staan voor betrokkenheid bij genocide begaan in 1994. Op 17 december 2007 heeft het Haagse Gerechtshof het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk verklaard bij gebreke van strafrechtsmacht. De Wet Internationale Misdrijven die in zodanige rechtsmacht voorziet, is pas op 1 oktober 2003, dus na bedoelde feiten, zonder terugwerkende kracht in werking getreden en bood daarmee geen grondslag voor strafrechtsmacht. Het Hof oordeelde dat de rechtsmachtbepaling die in 1994 *wel* bestond, art. 4a Sr (afgeleide rechtsmacht), geen rechtsmacht oplevert nu die bepaling slechts daarin voorziet bij overname van strafvervolgning van een (i) vreemde staat en (ii) op grond van een verdrag waaruit die bevoegdheid tot strafvervolgning voor Nederland volgt. Aan geen van beide voorwaarden is volgens het Hof voldaan. Het Rwanda-tribunaal kan niet worden aangemerkt als een vreemde staat en de Completion Strategy, gebaseerd op VN resolutie 1503 (2003) van de Veiligheidsraad, in samenhang met het verzoek van de Aanklager tot overname, heeft niet te gelden als zodanige verdragsgrondslag.

De Nederlandse wetgever heeft lange tijd een terughoudende houding aangenomen ten aanzien van het vestigen van extraterritoriale rechtsmacht. Met de opkomst van internationale straftribunaal, onder invloed van de dreiging van terrorisme en vanwege de nauwere samenwerking binnen de Europese Unie op het terrein van het strafrecht, lijkt daar verandering in te zijn gekomen.⁴⁶ Er is momenteel wetgeving aanhangig waarbij de rechtsmachtregeling aanzienlijk wordt uitgebreid. Extraterritoriale rechtsmacht wordt gevestigd ter zake van het deelnemen en meewerken aan terrorisme,⁴⁷ en ten behoeve van de uit het Verdrag inzake de bestrijding van mensenhandel⁴⁸ voortvloeiende verplichtingen. Rechtsmacht wordt bovendien uitgebreid door het wegnemen van voorbehouden

bij een aantal verdragen inzake terrorismebestrijding⁴⁹ en door het niet langer vereisen van dubbele strafbaarheid voor misdrijven genoemd in art. 4, onder 12° Sr (misdrijven tegen 'Nederlandse VN personen').⁵⁰

Deze wetgevende activiteit richt zich vooralsnog niet op afgeleide rechtsmacht en de lacune zoals die in de zaak van Joseph M. naar voren kwam. Met betrekking tot de regeling van de afgeleide rechtsmacht en de overname van strafvervolgning van een VN-tribunaal, schrijft de Minister van Justitie op 6 september 2008 dat bekeken wordt of het instrumentarium toereikend is.⁵¹ Met het oordeel van de Hoge Raad in de Joseph M. zaak is die vraag ontkennd beantwoord en lijkt wetgevende actie geboden.⁵²

Strafrechtelijke samenwerking

Het Hof van Justitie EG en de Hoge Raad over het KEAB

In de afgelopen twee jaar heeft het Hof van Justitie EG viermaal prejudiciële vragen over de geldigheid dan wel de uitleg van het Kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel (KEAB) moeten beantwoorden. In het eerste van deze vier arresten moest het Hof van Justitie EG zich uitlaten over de geldigheid van dat kaderbesluit,⁵³ en in de overige drie arresten moest het Hof van Justitie EG een uitleg geven aan de bepalingen inzake executieoverlevering van ingezetenen en personen die in de uitvoerende lidstaat verblijven,⁵⁴ de verhouding tot andere rechtsinstrumenten en het overgangsrecht⁵⁵ en de specialiteitbescherming.⁵⁶

In het arrest *Advocaten voor de Wereld* besliste het Hof van Justitie EG dat het KEAB niet ongeldig is. Art. 29, 31 lid 1 en 34 lid 2 EU-Verdrag dwingen niet tot de conclusie dat de overlevering slechts bij overeenkomst in de zin van art. 34 lid 2 EU-Verdrag kan worden geregeld en niet bij kaderbesluit in de zin van deze bepaling. Ook is de regeling in art. 2 lid 2 KEAB niet onverenigbaar met het gelijkheidsbeginsel en het legaliteitsbeginsel. Er vindt geen toetsing van dubbele strafbaarheid plaats bij overlevering voor feiten die in deze bepaling worden genoemd (zie ook art. 7 lid 1 a onder 1° OLW).⁵⁷

In het arrest *Kozłowski* stond de uitleg van art. 4 onder 6 KEAB centraal. Deze bepaling geeft de uitvoerende rechterlijke autoriteit de bevoegdheid om de overlevering te weigeren, indien het EAB strekt tot tenuitvoerlegging van een vrijheidsbenemende sanctie en de opgeëiste persoon onderdaan of ingezetene is van dan wel verblijft in de uitvoerende lidstaat. Voorafgaand aan de uitleg van de begrippen 'ingezetene' en 'verblijven' formuleerde het Hof van Justitie EG een uitgangspunt dat het belang van de concrete kwestie overstijgt. Het is niet aan de lidstaten overgelaten om begrippen van Unierecht zelfstandig in te vullen. Tenzij een bepaling van Unierecht voor de betekenis en draagwijdte daarvan uitdrukkelijk naar het recht

Het is niet aan de lidstaten om begrippen van Unierecht zelfstandig in te vullen

van de lidstaten verwijst, moet zij in de gehele Unie autonoom en uniform worden uitgelegd. Het is evenmin aan de lidstaten om aan begrippen van Unierecht een *ruimere* invulling te geven dan uit de autonome en uniforme uitleg volgt.

Volgens het Hof van Justitie EG moet de uitvoerende rechterlijke autoriteit bij de toepassing van art. 4 onder 6 KEAB een tweeledige toets aanleggen. Eerst moet zij onderzoeken of de opgeëiste persoon onderdaan of ingezetene is dan wel in de uitvoerende lidstaat verblijft. Valt de opgeëiste persoon onder één van deze categorieën, dan moet zij vervolgens onderzoeken of enig rechtmatig belang de tenuitvoerlegging van de buitenlandse straf in de uitvoerende lidstaat rechtvaardigt. Nadat het Hof van Justitie EG vervolgens vaststelde dat de weigeringsgrond in het bijzonder ertoe strekt de kansen op sociale re-integratie te verhogen, legde het de begrippen 'ingezetene' en 'verblijven' uit tegen de achtergrond van die doelstelling. Een ingezetene is iemand die zijn werkelijke verblijfplaats in de uitvoerende lidstaat heeft gevestigd. Iemand verblijft in de uitvoerende lidstaat, wanneer hij op grond van een duurzaam verblijf in die staat een – aan de hand van een globale beoordeling van hem kenmerkende objectieve omstandigheden vast te stellen – met een ingezetene vergelijkbare band met de uitvoerende lidstaat heeft opgebouwd.

Het belang van dit arrest voor de Nederlandse praktijk hangt af van het antwoord op de vraag of het de lidstaten wel is toegestaan een strengere invulling aan de bedoelde begrippen te geven, bijvoorbeeld door eisen te stellen ten aanzien van de verblijfsstatus en rechtsmacht.⁵⁸ De Rechtbank Amsterdam heeft aan het Hof van Justitie EG de prejudiciële vraag voorgelegd of de eis van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd uit art. 6 lid 5 Overleveringswet verenigbaar is met het EG-Verdrag.⁵⁹

Het arrest *Santesteban Goicoechea* betreft de uitleg van art. 31 en 32 KEAB. Van belang is vooral 's Hof's uitleg van art. 31.⁶⁰ Op grond van art. 31 lid 1 treden de bepalingen van het KEAB op 1 januari 2004 in de plaats van de *overeenkomstige bepalingen* van een aantal uitleveringsverdragen. Lid 2 van die bepaling geeft de lidstaten de bevoegdheid om uitleveringsverdragen die op het moment van aanneming van het KEAB al van kracht waren te blijven toepassen, voor zover die verdragen – kort gezegd – de overlevering nog verder vereenvoudigen of vergemakkelijken. De woorden 'overeenkomstige bepalingen' wekken de suggestie dat van de in lid 1 voorziene 'vervanging' die

bepalingen van de daar genoemde verdragen zijn uitgezonderd die geen tegenhanger hebben in het KEAB. Voor zover die bepalingen dan de overlevering verder zouden kunnen vereenvoudigen of vergemakkelijken, zouden de lidstaten deze op grond van lid 2 kunnen blijven toepassen. Het Hof van Justitie EG kwam echter tot een andere uitleg. Omdat het KEAB juist strekt tot vervanging van de in art. 31 lid 1 bedoelde verdragen, moeten de in lid 2 bedoelde verdragen wel andere zijn dan de in lid 1 opgesomde verdragen. Hoewel 's Hof's beslissing de overzichtelijkheid van het overleveringsrecht ten goede komt, is het gevolg daarvan wel dat de lidstaten de in lid 1 bedoelde verdragen niet mogen gebruiken om 'gaten' in het KEAB – zoals het ontbreken van een regeling van accessoire overlevering – die de overlevering juist moeilijker maken te dichten.

In het arrest *Leymann en Pustovarov*, ten slotte, legde het Hof van Justitie EG onder meer uit hoe de rechter in de uitvaardigende lidstaat moet vaststellen of het feit waarvoor de verdachte na overlevering wordt vervolgd, berecht of in detentie wordt gehouden hetzelfde feit is waarvoor zijn overlevering is toegestaan. Art. 27 lid 2 KEAB staat immers in de weg aan vervolging, berechting en vrijheidsberoving 'wegens enig ander vóór de overlevering begaan feit dan dat welk de reden tot de overlevering is geweest'. Grondslag voor die beoordeling is het EAB, in het bijzonder de daarin verplicht op te nemen mededelingen over de aard en kwalificatie van het strafbare feit, de beschrijving van de omstandigheden waaronder het strafbare feit is gepleegd en de voor het feit geldende strafmaat. Aan de hand daarvan heeft immers de uitvoerende justitiële autoriteit onderzocht of zij de overlevering moet of mag weigeren. Die gegevens moet de rechter vergelijken met het latere processtuk (bijvoorbeeld de tenlastelegging, vordering tot voorlopige hechtenis e.d.). Hij moet daarbij onderzoeken of de wettelijke bestanddelen van het strafbare feit zoals die voorkomen in de tenlastelegging terug zijn te vinden in het EAB én of tussen de in het EAB vermelde gegevens en de tenlastelegging voldoende mate van overeenkomst bestaan. Zo maakt de enkele wijziging van invoer van amfetamine in invoer van hasjiesj het feit niet tot een ander feit, nu de aard (namelijk een lijstfeit), de kwalificatie en de strafbedreiging (namelijk ten minste drie jaar) gelijk zijn gebleven. Voor wijzigingen in plaats en tijd van het feit geldt een apart criterium: zulke wijzigingen zijn toegestaan, voor zover zij voortvloeien uit het

Noten

43. *Official report, Fifth Series,*

Parliamentary Debates, Commons

1968-1969, Vol. 777, 3-14 February

1969, p. 480-509, aangehaald in W.A.

Schabas, *Genocide in International Law,*

Cambridge: Cambridge University Press

2000, p. 287.

44. H.G. van der Wilt, 'Equal Standards?

On the Dialectics between National

Jurisdictions and the International

Criminal Court', 8 *International Criminal*

Law Review 2008, 254.

45. HR 21 oktober 2008, *NJ* 2009, 108

(m.nt. N. Keijzer).

46. Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31 391, nr. 3, p. 5.

47. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 386, nr. 2.

48. *Trb.* 2006, 99 (Warschau Verdrag).

49. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 391, nr. 2.

50. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 391, nr. 2.

51. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 VI, nr. 193.

52. HR 21 oktober 2008, *NJ* 2009, 108 (m.nt. Keijzer).

53. HvJ EG 3 mei 2007, *NJ* 2007, 619

(m.nt. M.J. Borgers, Advocaten voor de Wereld).

54. HvJ EG 17 juli 2008, *NJ* 2008, 586

(m.nt. M.J. Borgers, Kozłowski).

55. HvJ EG 12 augustus 2008, zaak

C-296/08, *Santesteban Goicoechea*.

56. HvJ EG 1 december 2008, zaak

C-388/08, *Leymann en Pustovarov*.

57. Zie over deze uitspraak N. Rozemond, 'De geldigheid van het Kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de legaliteit van de regeling van de lijstfeiten', *NTER* 2008, p. 285-291.

58. Zie hierover V.H. Glerum en

N. Rozemond, 'Overlevering van

Nederlanders: copernicaanse revolutie

of uitlevering in overgang?', *DD* 2008,

p. 816-848 en de noot van Borgers in *NJ*

2008, 586.

59. Zaak C 123/08, Wolzenburg.

60. Zie over art. 32 KEAB *Tekst &*

Commentaar Internationaal strafrecht

2009, aant. 4 bij art. 74 OLW.

onderzoek naar het in het EAB beschreven feit, zij de aard van het strafbare feit niet wijzigen en zij er niet toe leiden dat een in art. 3 en 4 KEAB bedoelde weigeringsgrond aan de orde komt.⁶¹

Ook de Hoge Raad heeft zich vorig jaar uitgelaten over het KEAB. Volgens de Hoge Raad verplichten het KEAB en de OLW niet tot opname van de tekst van de toepasselijke bepalingen in het EAB of overlegging van een kopie daarvan. De tegenovergestelde opvatting van de Rb. Amsterdam doet afbreuk aan de hoge mate van vertrouwen waarop het KEAB berust en belemmert de beoogde vereenvoudiging en versnelling.⁶²

Verstekvonnissen

De Albanees Lefter Cenaj beklagde zich bij het EHRM over een voorgenomen uitlevering door Griekenland aan Albanië voor een verstekvonnis waarin een straf was opgelegd die hoger was dan het maximum ten tijde van het plegen van het feit. Het EHRM was van oordeel dat niet de aangezochte staat Griekenland, maar de verzoekende staat Albanië als partij bij het EVRM verantwoordelijk was voor de naleving van art. 6 en 7 EVRM.⁶³ Eerder had het Hof een dergelijke verantwoordelijkheid voor de aangezochte staat in verband met flagrante schendingen van art. 6 EVRM wel aangenomen bij uitlevering aan verzoekende staten die geen partij zijn bij het EVRM, zoals Amerika.⁶⁴

Op grond van art. 3 lid 1 van het Tweede Aanvullend Protocol bij het Europees Uitleveringsverdrag kan een aangezochte staat uitlevering voor een verstekvonnis weigeren wanneer de opgeëiste persoon zijn verdedigingsrechten niet heeft kunnen uitoefenen, tenzij de verzoekende staat voldoende verzekering geeft dat de opgeëiste persoon dat alsnog kan doen. Griekenland is geen partij bij dit protocol, maar Nederland wel.⁶⁵ In een Roemeense zaak overwoog de Hoge Raad dat bij de beoordeling van een verzekering niet zonder meer doorslaggevend is of zij strookt met de wetsbepalingen van de verzoekende staat.⁶⁶ In een Macedonische zaak oordeelde de Hoge Raad dat een verzekering voldoende was, ook al was daarbij de opmerking gemaakt dat de opgeëiste persoon een verklaring moet afleggen over de vraag hoe en wanneer hij van de verstekveroordeling heeft gehoord.⁶⁷ In beide zaken ging de Hoge Raad er op grond van het vertrouwensbeginsel vanuit dat de verzoekende staat het toepasselijke uitleveringsverdrag zal naleven. Op dat beginsel kan volgens de Hoge Raad slechts een uitzondering worden gemaakt bij dreigende flagrante schending van art. 6 EVRM waartegen een rechtsmiddel ontbreekt in de verzoekende staat.

Art. 12 Overleveringswet bevat een weigeringsgrond die is te vergelijken met art. 3 lid 1 van het Tweede Aanvullend Protocol. De Rb. Amsterdam volgt de lijn van de Hoge Raad bij de beoordeling van garanties dat de opgeëiste persoon na overlevering een nieuwe behandeling van zijn zaak kan verzoeken.⁶⁸ Inmiddels is in de Raad van de EU een politiek akkoord bereikt over een kaderbesluit waarin nadere regels worden gesteld in verband met de tenuitvoerlegging van verstekvonnissen.⁶⁹ Dit kaderbesluit vervangt onder andere art. 5 onder 1 KEAB, waarvan art. 12 Overleveringswet de Nederlandse implementatie is. Het nieuwe kaderbesluit voert art. 4a KEAB in met specifieke regels betreffende overlevering voor verstekvonnissen: een uitvoerende autoriteit kan overlevering weigeren voor een

verstekvonnis, tenzij de uitvaardigende autoriteit in het aanhoudingsbevel heeft vermeld dat de opgeëiste persoon op de hoogte was van de terechtzitting of dat hij de gelegenheid heeft gehad om in verzet te komen tegen het verstekvonnis of die gelegenheid na overlevering alsnog zal krijgen. In het licht van de Cenaj-beslissing kan de vraag worden opgeworpen of dergelijke regels in verband met overlevering en uitlevering wel noodzakelijk zijn.⁷⁰

Europees Strafrecht

Het Europese strafrecht na Lissabon

Begin 2009 had het zover moeten zijn: de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon. Ook voor het strafrecht zou dat een belangrijk moment zijn geweest. Het Verdrag van Lissabon brengt immers nogal wat wijzigingen in het huidige, voornamelijk op het EU-Verdrag gebaseerde Europese strafrecht. Maar zoals bekend, heeft het Ierse 'no' roet in het eten gegooid. Tegelijkertijd is ook zonder de inwerkingtreding ervan het Verdrag van Lissabon voor groot belang voor het Europese strafrecht. Dat verdrag heeft – nog in de vorm van de voorloper als Europese Grondwet – onmiskenbaar invloed gehad op de acceptatie van de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein en waarschijnlijk ook op de aanvaarding van de plicht tot kaderbesluitconforme interpretatie.⁷¹ In vrijwel alle recente literatuur over het Europese strafrecht vormt het regime van het Verdrag van Lissabon op enigerlei wijze het

In vrijwel alle recente literatuur over het Europese strafrecht vormt het regime van het Verdrag van Lissabon op enigerlei wijze het richtpunt voor beschouwingen

richtpunt voor beschouwingen. En mocht het onverhoopt helemaal niets meer worden met het Verdrag van Lissabon, dan wordt de strafrechtelijke paragraaf ongetwijfeld langs een andere route, zoals de passerellebepaling,⁷² zo veel mogelijk tot geldend recht gemaakt. Dat vormt voor ons dan ook reden om de belangrijkste innovaties die het Verdrag van Lissabon brengt voor het Europese strafrecht, kort op een rij te zetten.⁷³

Onder het Verdrag van Lissabon komt de huidige pijlerstructuur te vervallen. De intergouvernementeel georiënteerde Derde Pijler maakt plaats voor een communautair regime. Als gevolg daarvan komt het kaderbesluit als rechtsinstrument te vervallen. Regelgeving van strafrechtelijke aard zal voortaan in de vorm van richtlijnen en in mindere mate ook verordeningen geschieden. Daardoor verandert ook, in vergelijking met het huidige EU-Verdrag,⁷⁴ het nodige in de wetgevingsprocedure. De lidstaten

verliezen het individuele initiatiefrecht. Voorstellen voor nieuwe richtlijnen moeten worden gedaan door de Commissie of door een conglomeraat bestaande uit (ten minste) een kwart van de lidstaten.⁷⁵ Besluitvorming geschiedt in veel gevallen op basis van gekwalificeerde meerderheid en niet langer op basis van unanimitéit.⁷⁶ Voorts komen, zij het pas na verloop van jaren,⁷⁷ de beperkingen in de rechtsmacht van het Hof van Justitie EG zoals die thans nog ingevolge art. 35 EU-Verdrag gelden, te vervallen en maken plaats voor de bevoegdheden van het Hof van Justitie EG uit het huidige EG-Verdrag. Dat houdt – op termijn – onder andere in dat de prejudiciële procedure verplicht zal worden en dat ook de inbreukprocedure mogelijk zal worden indien de lidstaten richtlijnen en verordeningen die op strafrechtelijke kwesties betrekking hebben, niet naar behoren implementeren. Dit laatste zal de positie van de Commissie versterken als toezichthouder op de naleving van de verplichtingen van de lidstaten op grond van het Europese recht.

Op het eerste gezicht wekt het wellicht verbazing dat de lidstaten, die zich nog wel eens openlijk hebben verzet tegen een communautarisering van de Derde Pijler, met het Verdrag van Lissabon kiezen voor de geschetste overgang naar het communautaire regime. Die stap wekt echter minder verbazing wanneer men zich realiseert dat de overgang met de nodige apaiserende voorzieningen gepaard gaat. Allereerst kan erop worden gewezen dat het Verdrag van Lissabon veel duidelijker dan het huidige EU-Verdrag de rechtsgrondslagen afbakt op grond waarvan wetgeving kan worden aangenomen.⁷⁸ In het nieuwe stelsel van rechtsgrondslagen staat de wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen centraal. De harmonisatiebevoegdheden op het terrein van het materiële strafrecht en het strafprocesrecht zijn behoorlijk nauw afgebakend en worden ten dele ook in de sleutel gesteld van de wederzijdse erkenning.⁷⁹ Daarmee wordt direct duidelijk dat efficiënte en verplichte samenwerking een groter gewicht toekomt dan harmonisatie van wetgeving. De nauwe afbakening van de harmonisatiebevoegdheden wordt wel tot op zekere hoogte gerelativeerd doordat de harmoni-

satiebepalingen een openeinderegeling kennen: de Raad kan besluiten tot uitbreiding van de terreinen waarop onderlinge aanpassing van de wetgeving mogelijk is. Dit besluit kan alleen op basis van unanimitéit worden genomen. Ten tweede kan worden gewezen op de zogeheten noodremprocedure.⁸⁰ Heel kort gezegd komt die procedure erop neer dat elke lidstaat die meent dat een ontwerp-richtlijn afbreuk zou doen aan fundamentele aspecten van zijn strafrechtstelsel, het besluitvormingsproces kan laten onderbreken. Het voorliggende ontwerp wordt dan aan de Europese Raad (bestaande uit de regeringsleiders) voorgelegd, waarin wordt getracht consensus te bereiken. Lukt dat niet, dan kan de regeling alleen nog in de vorm van een nauwere samenwerking tussen ten minste negen lidstaten tot stand komen. De noodremprocedure roept nog veel vragen op en het op de noodrem gaan staan kan niet zonder meer op één lijn worden gesteld met het uitspreken van een veto, maar het mag in ieder geval duidelijk zijn dat deze procedure de lidstaten een middel in handen geeft waarmee onderhandelingen kunnen worden beïnvloed.

Waar het gaat om de organisatie van de samenwerking binnen de Europese Unie worden in het Verdrag van Lissabon niet alleen bepalingen gewijd aan de rol en de bevoegdheden van Europol en Eurojust, maar treft men tevens een opmaat aan voor het Europees Openbaar Ministerie. De werkzaamheden van dit Europees Openbaar Ministerie zouden dan betrekking hebben op de bestrijding van misdrijven die gericht zijn op de benadeling van de financiële belangen van de Europese Unie. Oprichting vereist een unaniem besluit. Mocht dat niet haalbaar blijken te zijn, dan is het mogelijk dat een Europees Openbaar Ministerie door een beperktere groep lidstaten wordt opgericht en daarmee ten behoeve van die lidstaten gaat functioneren.⁸¹

Een stroom aan regelgeving uit Brussel

Na een periode van windstilte is in 2008 een hele reeks aan kaderbesluiten de Europese Unie ingeblazen. Daarnaast is ook één richtlijn van kracht geworden die relevant

Noten

61. Zie over de Nederlandse implementatie van art. 27 KEAB en de uitzonderingen op specialiteitsbescherming *Tekst & Commentaar Internationaal strafrecht 2009*, aant. 3 bij art. 48 OLW.
62. HR 8 juli 2008, *NJ* 2008, 594 (m.nt. M.J. Borgers).
63. EHRM 4 oktober 2007, nr. 12049/06 (ontvankelijkheidsbeslissing).
64. Overweging 113 in EHRM 7 juli 1989, Serie A vol. 161, *NJ* 1990, 158 (m.nt. E.A. Alkema, *Soering t. het Verenigd Koninkrijk*), EHRM 16 oktober 2001, nr. 71555/01 (*Einhorn t. Frankrijk*, ontvankelijkheidsbeslissing) en EHRM 20 februari 2007, nr. 35865/03 (*Al-Moayad t. Duitsland*, ontvankelijkheidsbeslissing).
65. Zie ook art. 5 lid 3 Uitleveringswet en het Nederlandse voorbehoud bij het

Europees Uitleveringsverdrag.

66. HR 21 december 2007, *NJ* 2008, 44.
67. HR 16 september 2008, *LJN* BF0843 en HR 27 mei 2008, *NJ* 2008, 341.
68. Rb. Amsterdam 7 maart 2008, *LJN* BD2427 en Rb. Amsterdam 28 maart 2008, *LJN* BD2213. Zie voor eerdere rechtspraak V.H. Glerum en N. Rozemond, 'Een evaluatie van de Nederlandse Overleveringswet', *DD* 2006, p. 172-180.
69. *PbEU* 2008, C 52/01. Zie voor de meest recente versie het raadsdocument nr. 11638/08.
70. Zie voor bevestigende beantwoording N. Rozemond, *Begrensde vertrouwen*, preadvies voor de Christen Juristen Vereniging 2009, te raadplegen op www.christenjuristen.org.
71. Zie HvJ EG 13 september 2005,

zaak C-176/03 (Commissie/Raad), *Jur.* 2005, p. I-7879, *NJ* 2006, 210 (m.nt. M.R. Mok) en HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03 (Pupino), *Jur.* 2005, p. I-5285, *NJ* 2006, 500 (m.nt. M.J. Borgers).
72. Art. 42 EU-Verdrag.
73. Zie nader R. Barents, *Het Verdrag van Lissabon*, Deventer: Kluwer 2008, p. 620-633, C. Ladenburger, 'Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon', *European Constitutional Law Review* 2008, p. 20-40, S. Peers, 'EU Criminal Law and the Treaty of Lisbon', *European Law Review* 2008, p. 507-529 en E. van Sliedregt e.a. (red.), *Handboek international strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 132-135.
74. De verschillen zijn veel minder groot in vergelijking met richtlijnen die, sinds HvJ EG 13 september 2005, zaak

C-176/03 (Commissie/Raad), in beperkte mate betrekking mogen hebben op het strafrecht.
75. Art. 76 VvL-WEU.
76. Art. 289 jo. 294 VvL-WEU.
77. In art. 10 van Protocol nr. 36 wordt voorzien in een overgangstermijn van vijf jaar.
78. Vgl. hierover ook C. Rijken, 'Aftakeling van de derde pijler; reanimatie middels het Verdrag van Lissabon', *SEW* 2008, p. 377-388.
79. Art. 82 en 83 VvL-WEU. Zie nader M.J. Borgers, 'Functions and Aims of Harmonisation after the Lisbon Treaty: A European Perspective', www.ssrn.com/abstract=1358141.
80. Art. 82 lid 3 en art. 83 lid 3 VvL-WEU.
81. Art. 86 VvL-WEU.

is voor het strafrecht. Binnen het bestek van deze bijdrage moeten wij volstaan met een summier omschrijving van deze regelgeving.

Er zijn vijf kaderbesluiten die zich laten scharen onder de noemer samenwerking en wederzijdse erkenning. Het kaderbesluit betreffende het Europees bewijsverrijingsbevel⁸² vormt in zekere zin een vervolg op het eerder geïntroduceerde bevestigingsbevel. Waar dit bevestigingsbevel alleen ziet op de inbeslagneming van (met name) bewijsmateriaal, ziet het bewijsverrijingsbevel op de overdracht van bewijsmateriaal. Het gaat hierbij om bewijsmateriaal dat niet noodzakelijkerwijs al in het bezit van politie of justitie hoeft te zijn, maar het moet wel gaan om materiaal dat reeds fysiek bestaat. Het afnemen van verhoren valt daar bijvoorbeeld buiten. Het is uiteraard niet uitgesloten dat dergelijke bevoegdheden in de toekomst wel onder de reikwijdte van het bewijsverrijingsbevel worden gevoegd. In de sfeer van de tenuitvoerlegging van straffen zijn twee kaderbesluiten tot stand gekomen, die zien op de executie van vrijheidsbenemende straffen alsmede voorwaardelijke en alternatieve straffen.⁸³ Op grond van een nieuw kaderbesluit zal in de nabije toekomst bij de veroordeling en de strafoplegging rekening gaan worden gehouden met eerdere veroordelingen in andere lidstaten van de EU.⁸⁴ Tot slot is er nog een kaderbesluit tot stand gekomen dat betrekking heeft op de bescherming van persoonsgegevens die worden verwerkt in het kader van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken.⁸⁵

Op het terrein van de harmonisatie van het materiële strafrecht kan allereerst melding worden gemaakt van de uitbreiding van het kaderbesluit inzake terrorismebestrijding. Door deze uitbreiding moeten de lidstaten thans ook voorzien in de strafbaarstelling van het publieke uitlokken van het plegen van een terroristisch misdrijf, het

verzorgen van trainingskampen voor terrorisme en het werven voor terrorisme.⁸⁶ Voorts zijn er kaderbesluiten tot stand gebracht die betrekking hebben op de bestrijding van georganiseerde criminaliteit alsmede van racisme en vreemdelingenhaat.⁸⁷

Als gevolg van de door de Commissie geëntameerde zaak waarin het Hof van Justitie EG het kaderbesluit milieustrafrecht nietig heeft verklaard, is thans ook de eerste richtlijn op strafrechtelijk terrein tot stand gekomen: de richtlijn inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht, met daarin opgenomen diverse verplichtingen tot het strafbaar stellen van voor het milieu schadelijke handelingen.⁸⁸ Het mag overigens opmerkelijk heten dat het tot nu toe bij één strafrechtelijke richtlijn is gebleven, gelet op het offensief dat de Commissie eind 2005 had ingezet.⁸⁹ De uitspraak in de zaak over het kaderbesluit scheepsverontreiniging, waarin het Hof van Justitie EG weer wat gas terug heeft genomen door te bepalen dat in richtlijnen geen bepalingen omtrent de aard en de hoogte van strafrechtelijke sancties kunnen worden opgenomen, heeft daar zeer waarschijnlijk aan bijgedragen.⁹⁰

Een fraai boek over Europees strafrecht

Te midden van de Limburgse heuvels heeft André Klip de afgelopen twee jaar hard gewerkt aan een handboek over het Europese strafrecht. Het eindresultaat is recent verschenen onder de titel *European Criminal Law, An Integrative Approach*.⁹¹ Klip het samenspel tussen de 'klassieke' Europeesrechtelijke uitgangspunten en de opkomst van het strafrecht binnen het Unierecht beschrijft. Juist het accent op het samenspel is kenmerkend voor het boek. Voor Klip zijn Europees recht en strafrecht niet twee vakgebieden, maar vormt het Europese strafrecht één geïntegreerd vakgebied. Die benadering levert interessante beschouwingen op, die het lezen meer dan waard zijn. •

Noten

⁸². *PbEU* 2008, L 350/72.

⁸³. *PbEU* 2008, L 327/27 respectievelijk *PbEU* 2008, L 337/102.

⁸⁴. *PbEU* 2008, L 220/32.

⁸⁵. *PbEU* 2008, L 350/60.

⁸⁶. *PbEU* 2008, L 330/21.

⁸⁷. *PbEU* 2008, L 300/42 respectievelijk *PbEU* 2008, L 328/55.

⁸⁸. *PbEU* 2008, L 328/28.

⁸⁹. Vgl. COM(2005) 583 def.

⁹⁰. HvJ EG 23 oktober 2007, zaak C-440/05, *NJ* 2008, 48 (m.nt. M.R. Mok) (Commissie/Raad). Zie nader M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'De reikwijdte van de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein', *DD* 2008, p. 547-567.