

Delikt en Delinkwent, Tribunalenstrafrecht

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	DD 2012/88	Bijgewerkt tot:	15-11-2012
Auteur:	-		-

Tribunalenstrafrecht

In deze nieuwe rubriek worden de ontwikkelingen op het terrein van de vervolging en berechting van internationale misdrijven, in zowel het internationale als nationale strafrecht, beschreven en kort besproken. Als startpunt van deze bespreking nemen wij 1 januari 2012. In het navolgende gaan we in op de eerste veroordeling bij het Internationaal Strafhof (ICC) in de *Lubanga*-zaak alsook de lopende zaken bij het hof. Het ICC begint op stoom te geraken en belangrijke jurisprudentie op het terrein van het materiële recht (medeplegen) als het procesrecht (participatie slachtoffers) verdient aandacht.

De Joegoslavië (ICTY) en Rwanda Tribunalen (ICTR) zitten in de laatste fase van hun bestaan en werken toe naar beëindiging van hun mandaat. Dit jaar is het ICTY van start gegaan met de inhoudelijke behandeling van de laatste twee strafzaken; die tegen Goran Hadžić en Ratko Mladić. Het ICTR beoogt voor het eind van 2012 alle strafzaken in eerste aanleg te hebben afgerond. Bij de hybride of semi-internationale hoven – gerechten waarbij zowel lokale/nationale rechters als internationale rechters werkzaam zijn en zowel nationaal als internationaal recht wordt toegepast – is een aantal belangrijke vonnissen geweest. Noemenswaardig is de uitspraak van het Speciale Hof voor Sierra-Leone (SCSL) in de zaak van Charles Taylor en de uitspraak van de 'Supreme Court Chamber' van het Cambodja Tribunaal (ECCC) in de zaak van Kain Guek Eav ('Duch'). Tot slot mag niet onvermeld blijven de recente uitspraak van het Speciale Tribunaal voor Libanon (STL) over de rechtmatigheid van de instelling en zijn grondslag.

Naast deze internationale 'highlights' gaan we ook in op uitspraken van de Haagse rechtbank. Deze nam een aantal interessante beslissingen op het terrein van het vluchtelingen- en asielrecht. Dit rechtsgebied speelt een rol vanwege de 1(f)-procedure bij de IND waarmee het recht op verblijf wordt ontzegd indien er ernstige redenen zijn om te veronderstellen dat de asielaanvrager betrokken is geweest bij misdrijven tegen de mensheid of oorlogsmisdrijven. Het doordenken van de relatie tussen het asielrecht en het internationale strafrecht heeft een impuls gekregen door de asielprocedure die twee ICC-getuigen startten bij aankomst in Nederland.

1. Internationaal Strafhof (ICC)

Het Internationaal Strafhof heeft bijzondere momenten beleefd in 2012. Allereerst vierde het Hof dit jaar zijn tienjarig bestaan. Voorts heeft het ICC sinds enkele maanden een nieuwe hoofdaanklager. De Gambiaanse juriste Fatou Bensouda heeft op 15 juni 2012 de positie van haar voormalig leidinggevende Luis Moreno-Ocampo overgenomen. Bensouda, die voorafgaand aan haar nieuwe functie al acht jaar plaatsvervangend hoofdaanklager was bij het ICC, heeft een drietal aandachtspunten benoemd voor haar negen jaar durende termijn: (i) het verbeteren van de kwaliteit en efficiëntie van onderzoeken, (ii) erop toezien dat geweld jegens kinderen en seksueel geweld op evenredige wijze in aanklachten wordt opgenomen en (iii) het verbeteren van de relatie tussen het Internationaal Strafhof en Afrika. (A. Hirsch, 'Fatou Bensouda: the woman who could redeem the international criminal court', *The Guardian*, 14 juni 2012, <http://www.guardian.co.uk/law/2012/jun/14/fatou-bensouda-international-criminal-court>, laatst bezocht 2 oktober 2012.)

1.1 Eerste veroordeling: Lubanga

De veroordeling van Lubanga, de eerste bij het ICC, is een mijlpaal in de geschiedenis van het hof en een belangrijke gebeurtenis in het internationale strafrecht. Op 14 maart 2012 werd Thomas Lubanga Dyilo schuldig bevonden aan oorlogsmisdrijven, meer specifiek het gebruik en actief inzetten van kindsoldaten in de oorlog in de Congo tussen 1 september 2002 en 13 augustus 2003. (*Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 maart 2012, par. 1358.) In een aparte 'sentencing decision' werd Lubanga op 10 juli 2012 veroordeeld tot 14 jaar

gevangenisstraf. (*Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 10 juli 2012.) De aanklager had 30 jaar geëist. Lubanga, die al vanaf 2006 in voorarrest zit, zal over acht jaar vrijkomen tenzij de aanklager in hoger beroep met succes de strafmaat aanvecht.

De *Lubanga*-zaak heeft voor controverses gezorgd. Voormalig hoofdaanklager Moreno-Ocampo werd bekritiseerd vanwege zijn keuze Lubanga alleen te vervolgen voor één enkele 'count' van oorlogsmisdrijven waarmee andere (seksuele) misdrijven buiten beschouwing bleven. Met name NGO's die slachtoffers vertegenwoordigen hadden kritiek op deze beslissing. Daarnaast is het proces enkele malen stilgelegd vanwege de schending van Lubanga's recht op een eerlijk proces; potentieel ontlastend bewijs werd hem door de aanklager onthouden. In de zomer van 2008 werd vanwege deze schending zelfs de vrijlating van Lubanga bevolen. (*Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the release of Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 2 juli 2008.) De Kamer van Beroep draaide deze beslissing terug, maar bevestigde de eis tot het overhandigen van ontlastend bewijsmateriaal. (*Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the Appeal of the Prosecutor against the decision of the Trial Chamber I entitled 'Decision on the release of Thomas Lubanga Dyilo', Appeals Chamber, ICC-01/04-01/06, OA 21 oktober 2008.)

Lubanga is veroordeeld als medepleger ('co-perpetrator') en het vonnis bevat belangrijke overwegingen over hoe het 'gezamenlijk met ... een andere persoon' plegen in artikel 25(3)(a) van het ICC Statuut geïnterpreteerd dient te worden. De Kamer van Beroep neemt op dit punt grotendeels de overwegingen over van de Kamer van Vooronderzoek. Deze had in een eerdere fase van het proces, bij de bevestiging van de aanklacht, een deelnemingstheorie in artikel 25(3)(a) ingelezen, geïnspireerd op het werk van de Duitse jurist Claus Roxin. (*Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 29 januari 2007. Voor een uitstekende analyse van deze uitspraak zie, T. Weigend, 'Intent, Mistake of Law and Co-Perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges', 6 *Journal of International Criminal Justice* 2008, p. 471-488. Voor een kritische bespreking van de receptie van Roxin's theorie bij het ICC zie E. van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law* (Oxford, 2012), p. 81-88.) Medepleger is hij die 'control' – in de zin van beschikkingsmacht – heeft over het plegen van het misdrijf. Daarbij moet worden aangetoond dat er een gezamenlijk plan of overeenkomst bestaat tussen twee of meer personen dat ziet op het plegen van misdrijven. Een dergelijk plan hoeft niet 'intrinsically criminal' te zijn, maar wel moet het een essentieel strafbaar element bevatten in de zin dat 'its implementation embodied a sufficient risk that, if events follow the ordinary course, a crime will be committed.' (*Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, Trial Chamber I, Case No. ICC-01/04-01/06, 14 maart 2012, par. 984.) Doorslaggevend voor medeplegen is volgens het ICC dat de verdachte een essentiële rol heeft gespeeld in overeenstemming met het gezamenlijke plan. (Idem, par. 1000.) Dit betekent niet dat de dader fysiek aanwezig moet zijn geweest op de plaats van het delict of zelf delictsbestanddelen moet hebben vervuld. Zolang de verdachte 'control' had over het plegen van het misdrijf, hoeft er geen fysiek verband te zijn tussen het plegen van het misdrijf en de bijdrage van de verdachte. (Idem, par. 1003-1004.)

Met betrekking tot het subjectieve bestanddeel (*mens rea*) oordeelt de Kamer van Beroep dat moet worden aangetoond dat verdachte de bedoeling had het misdrijf te plegen dan wel dat hij zich er van bewust was dat, als het gezamenlijke plan zou worden geïmplementeerd, de gevolgen van het misdrijf zouden plaatsvinden 'in the ordinary course of events.' Het ICC acht het niet nodig dat het plan als zodanig ziet op het plegen van misdrijven. Dat was in het geval van Lubanga ook lastig geweest. Hij kon niet direct in verband worden gebracht met het rekruteren van kindsoldaten. Zijn medeplegers, over wie hij controle had uitgeoefend, daarentegen wel. Bovendien hadden zij reeds eerder gebruik gemaakt van kindsoldaten. Het plan om met deze personen een strijdmacht op te bouwen was daarmee onlosmakelijk verbonden, of beter gezegd impliceerde, het rekruteren van kinderen, zo redeneerde de Kamer van Beroep. (Idem, par. 1018.) In een recent commentaar op deze uitspraak wordt betoogd dat deze invulling van 'co-perpetration' erg ruim is en als het ware een schakel overslaat. (S. Wirth, 'Co-perpetration in the Lubanga Judgment', 10 *Journal of International Criminal Justice* 2012, p. 971-995.)

De *Lubanga*-uitspraak is unaniem met betrekking tot verdachte's schuld en rol als medepleger. De rechters verschillen echter van mening over de daaraan ten grondslag liggende deelnemingstheorie. De 'separate opinion' van rechter Fulford verdient vermelding. Laatstgenoemde is kritisch ten aanzien van de

controletheorie. Hij betoogt dat deze doctrine geen basis vindt in het ICC Statuut en bovendien een onevenredig zware belasting voor de aanklager met zich meebrengt. (Lubanga judgment, par. 3 (Judge Adrian Fulford, separate opinion).) Deze moet immers aantonen dat verdachte een *essentiële* bijdrage leverde aan het gezamenlijke plan dat tot de voltooiing van het misdrijf heeft geleid. Fulford acht de maatstaf van een *essentiële* bijdrage kunstmatig en onrealistisch, omdat die noodzakelijkerwijs leidt tot een hypothetisch onderzoek naar wat er zou zijn gebeurd als de verdachte niet bij het misdrijf betrokken was geweest. (Idem, par. 17.)

Tenslotte verdient het vermelding dat met de *Lubanga*-zaak de eerste uitspraak over herstelbetalingen aan slachtoffers is gedaan. (*Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 7 augustus 2012.) Op 7 augustus 2012 besloot de Kamer van Beroep dat de herstelbetalingen zullen worden uitgevoerd door de 'Trust Fund for Victims' (TFV), een instelling die gecreëerd is door de Vergadering van Staten die Partij zijn bij het ICC Statuut. De slachtoffers zullen niet rechtstreeks van Lubanga herstelbetalingen ontvangen.

1.2 Lopende zaken

Libië

In andere (lopende) zaken maakt het Internationaal Strafhof een moeilijke ontwikkeling door. Ondanks de adequate reactie van de VN Veiligheidsraad, die de situatie in Libië naar het ICC verwees in februari 2011, (Veiligheidsraad Resolutie 1970, UN Doc. S/RES/1970 (26 februari 2011), par. 4.) zijn voornamelijk geen van de Libische verdachten waarvoor het Hof arrestatiebevelen heeft uitgevaardigd naar Den Haag overgebracht. Het ICC heeft arrestatiebevelen uitstaan voor Saif al-Islam Gaddafi, zoon van wijlen Muammar Gaddafi, en voor Abdullah al-Senussi, voormalig hoofd van de Libische inlichtingendienst. Op 19 november 2011 is Saif al-Islam gevangen genomen in Libië, (*Prosecutor v. Saif al-Islam Gaddafi and Abdullah al-Senussi*, Public Redacted Version of Decision Requesting Libya to file Observations Regarding the Arrest of Saif al-Islam Gaddafi, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/11-01/11, 6 december 2011, par. 3.) waar hij sindsdien in detentie zit in de stad Zintan. Abdullah al-Senussi vluchtte aanvankelijk naar Mauritanië, maar is op 5 september 2012 aan Libië uitgeleverd. (M. Cosgrove, 'Mauritania extradites Libya ex-intelligence chief', *Jurist*, 5 september 2012, <http://jurist.org/paperchase/2012/09/mauritania-extradites-libya-ex-intelligence-chief.php>, laatst bezocht 3 oktober 2012.)

De interim regering in Tripoli heeft op 1 mei 2012, in overeenstemming met artikel 19 van het ICC Statuut, een motie ter betwisting van de ontvankelijkheid van de zaak van Saif al-Islam ingediend bij het ICC. (*Prosecutor v. Saif al-Islam Gaddafi and Abdullah al-Senussi*, Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/11-01/11, 1 mei 2012.) De zaak van Abdullah al-Senussi maakt hier geen onderdeel van uit nu deze zich destijds nog niet in Libië bevond. Bovendien, zo oordeelt de Kamer van Vooronderzoek, de ontvankelijkheid van de zaak van al-Senussi zal apart moeten worden betwist nu de zaak van Saif al-Islam reeds aanhangig was. (*Prosecutor v. Saif al-Islam Gaddafi and Abdullah al-Senussi*, Decision on the Conduct of the Proceedings Following the 'Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the Statute', Pre-Trial Chamber I, ICC-01/11-01/11, 4 mei 2012, par. 8.) De aanklager en de verdediging hebben gereageerd op de motie van de Libische regering, maar de procedure liep vertraging op vanwege het feit dat op 7 juni 2012 vier stafleden van de verdediging van Saif al-Islam (werkzaam bij het 'Office of Public Counsel for the Defence' bij het ICC) na een bezoek aan hun cliënt in Zintan zijn gearresteerd op verdenking van spionage. (Persbericht Internationaal Strafhof, ICC-CPI-20120609-PR805 (9 juni 2012), <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/pr805>, laatst bezocht 2 oktober 2012.) Het viertal is een maand later vrijgelaten, nadat Sang-Hyun Song, President van het ICC, met de Libische regering heeft onderhandeld over hun vrijlating. (L. Harding & J. Borger, 'Libya frees international criminal court legal team accused of spying', *The Guardian*, 2 juli 2012, <http://www.guardian.co.uk/world/2012/jul/02/libya-releases-icc-officials>, laatst bezocht 3 oktober 2012.) Recentelijk, op 9 en 10 oktober 2012, zijn partijen gehoord over de (niet-)ontvankelijkheid van de zaak van Saif al-Islam bij het ICC. Ter discussie staat onder andere of Libië in de zin van artikel 17 van het ICC Statuut 'bij machte' is om de zaak zelf af te doen. Saif al-Islam wordt nog altijd

door militairen in Zintan vastgehouden. Zij weigeren hem aan de autoriteiten in Tripoli te overhandigen. Ook is door partijen de problematiek omtrent het recht van Saif al-Islam op een eerlijk proces aan de orde gesteld. De verdediging stelt zich op het standpunt dat hun cliënt geen eerlijk proces zal krijgen in Libië. (*Prosecutor v. Saif al-Islam Gaddafi and Abdullah al-Senussi*, Public Redacted Version of the Corrigendum to the ‘Defence Response to the “Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute”’, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/11-01/11, 31 juli 2012, par. 37-66.) De Libische regering en de aanklager daarentegen stellen dat het recht op een eerlijk proces, hoewel gewaarborgd in Libië, geen rol kan spelen bij een ontvankelijkheidsbeslissing. (al-Islam Gaddafi and al-Senussi, Article 19 Application on behalf of Libya, par. 99; *Prosecutor v. Saif al-Islam Gaddafi and Abdullah al-Senussi*, Prosecution response to Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/11-01/11, 5 juni 2012, par. 27-32. Voor een uitgebreide uiteenzetting betreffende de rechten van de verdachte bij ontvankelijkheidsbeslissingen zie E. Fry, ‘Between Show Trials and Sham Prosecutions: The Rome Statute’s Potential Effect on Domestic Due Process Protections’, 23 *Criminal Law Forum* 2012, p. 35-62.) De uitspraak van de rechters wordt voor het eind van 2012 verwacht.

Kenia

In december 2007 vonden in Kenia algemene verkiezingen plaats waarvan de uitkomst werd betwist. Dit leidde tot ongeregelheden en geweld en uiteindelijk tot twee zaken bij het ICC voor misdrijven tegen de mensheid. Er waren in eerste instantie zes verdachten (drie per zaak), maar op 23 januari 2012 bevestigt de Kamer van Vooronderzoek de tenlastelegging slechts tegen vier van hen, te weten William Ruto, Joshua Sang, Francis Muthaura en Uhuru Kenyatta. (*Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiproni Kesgey and Joshua Arap Sang*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, Pre-Trial Chamber II, ICC-01/09-01/11, 23 januari 2012, par. 367; *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, Pre-Trial Chamber II, ICC-01/09-01/11, 23 januari 2012, par. 429.)

Vermeldenswaardig vanwege de ‘separate opinion’ van Rechter Hans-Peter Kaul, is de uitspraak van de Kamer van Vooronderzoek over rechtsmacht. Kaul stelt zich op het standpunt dat het Hof geen rechtsmacht *ratione materiae* heeft, omdat de misdrijven niet ‘ter uitvoering of voortzetting van het beleid van een Staat of organisatie’ in de zin van artikel 7(2)(a) van het ICC Statuut zijn gepleegd. In tegenstelling tot de meerderheid, meent hij dat artikel 7(2)(a) een strikte interpretatie van ‘organizational policy’ vereist, en wel zodanig dat er sprake moet zijn van een staat of een organisatie die tenminste de eigenschappen van een staat bezit. (Ruto et al. Decision on the Confirmation of Charges, par. 7 (Judge Hans-Peter Kaul, dissenting opinion); Muthaura et al., Decision on the Confirmation of Charges, par. 7 (Judge Hans-Peter Kaul, dissenting opinion).) Organisaties die dergelijke karakteristieken ontberen, bijvoorbeeld een politieke partij zoals in de onderhavige zaak, voldoen niet aan dat criterium. De misdrijven, hoe ernstig ook, zijn volgens hem niet aan te merken als misdrijven tegen de mensheid.

Recentelijk zijn twee identieke beslissingen genomen die betrekking hebben op de positie en participatie van slachtoffers bij het ICC. De Kamer van Berechting heeft op 3 oktober 2012 een nieuw systeem voor slachtofferdeelname uiteengezet met als doel een oplossing te vinden voor de grote achterstand in het verwerken van individuele aanmeldingen van slachtoffers en om meer de regie naar zichzelf toe te halen. Slachtoffers die aan de procedure willen deelnemen, maar niet de wens hebben hun opvattingen of zorgen rechtstreeks aan de Kamer mee te delen, hoeven zich niet meer aan te melden door middel van het bestaande gedetailleerde aanmeldingsformulier. Deze categorie slachtoffers kan zich via een verkorte, minder uitgebreide procedure laten registreren en bijstaan door een gemeenschappelijke vertegenwoordiger die weer wordt bijgestaan door the ‘Office of Public Counsel for Victims’ (OPCV) van het ICC. (*Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*, Decision on victims’ representation and participation, Trial Chamber V, ICC-01/09-02/11, 3

oktober 2012, par. 24.) Deze beslissing, die een differentiatie van slachtofferparticipatie met zich meebrengt en ondertussen onaantastbaar is geworden nu geen hoger beroep is ingesteld, valt niet bij iedereen in goede aard. (Zie T. Bachvarova, 'Comment on the Victims Decision of Trial Chamber V', <http://humanrightsdoctorate.blogspot.nl/2012/10/comment-on-victims-decision-of-trial.html>, laatst bezocht 29 oktober 2012. Zie de reactie van de International Federation for Human Rights (FIDH), <http://www.fidh.org/FIDH-and-KHRC-call-the-ICC-to-12266>, laatst bezocht 29 oktober 2012; N. Musau, 'ICC victim's lawyer Morris Anyah quits', *The Star*, <http://www.the-star.co.ke/news/article-91128/icc-victims-lawyer-morris-anyah-quits>, laatst bezocht 29 oktober 2012.) NGO's en advocaten die optreden voor slachtoffers vrezen een marginalisering van de rol van het slachtoffer bij het ICC.

Gbagbo

Laurent Koudou Gbagbo, de voormalig president van Ivoorkust, is op 30 november 2011 naar Den Haag overgebracht. Hij wordt ervan verdacht als 'indirect co-perpetrator' – een vorm van samengestelde deelneming waarbij medeplegen en uitlokken is gecombineerd (Zie Van Sliedregt, a.w., p. 165-170.) – te hebben deelgenomen aan misdrijven tegen de mensheid, waaronder moord, verkrachting en ander seksueel geweld, vervolging van personen en andere onmenselijke handelingen in de zin van artikel 7(1) van het ICC Statuut. Deze misdrijven zouden zijn gepleegd in het kader van het geweld dat uitbrak na de verkiezingen in de Ivoorkust tussen november/december 2010 en 12 april 2011. De aanklager heeft toestemming van de Kamer van Vooronderzoek de tijdspanne van het onderzoek uit te breiden naar 19 september 2002. (*Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, Decision on the 'Prosecution's provision of further information regarding potentially relevant crimes committed between 2002 and 2010', Pre-Trial Chamber III, Case No. ICC-02/11, 22 februari 2012, par. 36, 37.)

Gbagbo verschijnt op 5 december 2011 voor het eerst voor de rechter. De zittingen in de procedure ter bevestiging van de tenlastelegging hadden in de zomer van 2012 moeten aanvangen maar Gbagbo kampt met een slechte gezondheid. De zittingsdatum is tot onbepaalde tijd uitgesteld.

1.3 Voorlopige onderzoeken

Naast de zestien zaken die betrekking hebben op zeven situaties die het ICC momenteel onderzoekt, is er een aantal waarnaar het ICC voorlopige onderzoeken heeft ingesteld, namelijk de situaties in Afghanistan, Georgië, Guinee, Colombia, Honduras, Korea, Nigeria, en meest recentelijk Mali. De interim regering van Mali heeft zelf de toestanden in het land onder de aandacht van het ICC gebracht door op 18 juli 2012 de problemen aldaar formeel naar het Hof te verwijzen. (Persbericht Internationaal Strafhof, ICC-OTP-20120718-PR829 (18 juli 2012), <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/pr829>, laatst bezocht 11 oktober 2012.) In januari 2012 brak er geweld uit in het Afrikaanse land nadat Toeregeb rebellen soldaten hadden aangevallen. In maart 2012 werd de regering in de hoofdstad Bamako door muitende soldaten ten val gebracht, waarna President Amadou Toumani uiteindelijk in april 2012 zijn functie neerlegde. De daarna aangetreden interim regering lijkt nog altijd geen controle te hebben over het noordelijk deel van het land dat nog steeds in handen van rebellen is. (R. Blackwell, 'Mali', *New York Times*, 11 september 2012, <http://topics.nytimes.com/top/news/international/countriesandterritories/mali/index.html>, laatst bezocht 11 oktober 2012.)

2. Ad hoc Tribunalen en hybride Hoven

2.1 Joegoslavië en Rwanda Tribunalen

ICTY

Na een zoektocht van zestien jaar wordt op 26 mei 2011 Ratko Mladić gearresteerd. Enkele dagen later wordt hij vanuit Servië naar Den Haag overgebracht. Hij wordt vervolgd voor genocide in Srebrenica, misdrijven tegen de mensheid en oorlogsmisdrijven. Voorafgaand aan de inhoudelijke behandeling van zijn zaak heeft Mladić een wrakingsverzoek ingediend tegen de Nederlandse VN-rechter en voorzitter in zijn zaak Orić. Deze zou vanwege zijn Nederlanderschap partijdig zijn in de *Srebrenica*-zaak. Dit verzoek wordt door rechter Meron, president van het ICTY, afgewezen.

(*Prosecutor v. Ratko Mladić*, Order denying Defence Motion pursuant to Rule 15(b) seeking disqualification of presiding Judge Alphons Orié for a stay of Proceedings, 15 mei 2012, zie <<http://www.icty.org/x/cases/mladic/presord/en/120515.pdf>>) Op 16 mei gaat de zaak volgens planning van start.

De laatste voortvluchtige verdachte van het ICTY, Goran Hadžić, wordt kort na Mladić gearresteerd. Hadžić, voormalig president van de zelfverklaarde autonome republiek van Servisch Krajina in Kroatië, wordt vervolgd voor oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de mensheid. De meest in het oog springende beschuldiging ziet op het bloedbad van Vukovar waarbij ruim 200 Kroaten en niet-Serviërs uit het ziekenhuis van Vukovar werden omgebracht (*Prosecutor v. Goran Hadžić*, First Amended Indictment, 22 juli 2011, par. 31-32, <<http://www.icty.org/x/cases/hadzic/ind/en/110722.pdf>>).

Eind juni 2012 verwerpt de Kamer van Berechting in de Karadžić-zaak diens verzoek om vrijspraak in een zogenaamde 'no case to answer'-beslissing. Dit is een tussentijdse beslissing; nadat de aanklager het bewijs dat de aanklacht ondersteunt heeft gepresenteerd en voordat verdachte over gaat tot presentatie van zijn/haar zaak. De Kamer van Berechting verwerpt het verzoek ten aanzien van tien van de elf 'counts'. Met betrekking tot de genocide-aanklacht in dorpen in Bosnië-Herzegovina, oordeelt de Kamer dat 'the evidence even if taken at its highest, does not reach the level from which a reasonable trier of fact could infer that genocide occurred in the Municipalities'. (Zie persbericht: Tribunal dismisses Karadžić motion for acquittal on 10 of 11 counts of the indictment <http://www.icty.org/sid/10994/en>, laatst bezocht 27 oktober 2012.) Met deze uitspraak beperkt de Kamer de genocide tot Srebrenica. Dit is in lijn met de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof in de *Bosnië en Herzegovina v. Servië*-zaak (Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia*), Internationaal Gerechtshof, 26 februari 2007.) waarin eveneens werd bepaald dat genocide op de Balkan zich tot Srebrenica beperkte. Interessant is overigens dat in de Milosevic-zaak de Kamer van Berechting wel oordeelde dat er een 'case to answer' was ten aanzien van genocide buiten Srebrenica. (*Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, Decision on Motion for Judgment of Acquittal, 16 juni 2004, par. 246. Voor een interessant commentaar zie Marko Milanovic, 'Karadzic Trial Chamber finds no genocide but for Srebrenica' *EJILtalk*, (blog) 28 juni 2012, <http://www.ejiltalk.org/karadzic-trial-chamber-finds-no-genocide-in-bosnia-but-for-srebrenica/>, laatst bezocht 27 oktober 2012.)

ICTR

In 2012 heeft het Rwanda Tribunaal met het oog op de afronding van zijn werkzaamheden, een aantal zaken ter berechting overgedragen aan Rwanda via een zogenaamde *referral*. Eerder weigerde het ICTR zaken aan Rwanda over te dragen vanwege de vrees dat verdachten aldaar geen eerlijk proces wacht. (Zie ook het toetsingskader van Rule 11bis(c) van de Rules of Procedure and Evidence van het ICTR: 'In determining whether to refer the case in accordance with paragraph (A), the Trial Chamber shall satisfy itself that the accused will receive a fair trial in the courts of the State concerned and that the death penalty will not be imposed or carried out'.) Toen Rwanda in 2007 de doodstraf afschafte, leek het voornaamste obstakel voor overdracht van strafvervolgning aan Rwanda weggenomen.

Mensenrechtenorganisaties bleven echter kritisch over het Rwandese justitiële apparaat. Zo bestond twijfel aan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. (Voor een discussie zie R. Haveman, 'Mensenrechten in ontwikkeling: You're damned if you do, you're damned if you don't', *NJB* 2010, p. 159-160, 'Human Rights Watch, Rwanda en Human Rights Watch', *NJB* 2010, p. 1043-1044, R. Haveman, 'Naschrift', *NJB* 2010, p. 1044-1045.)

Op 16 januari 2012 wordt voor het eerst door het ICTR een zaak overgedragen aan Rwanda. Het betreft de zaak tegen verdachte Jean-Bosco Uwinkindi. De kamer van Beroep eist dat een mechanisme wordt ingesteld dat het proces in Rwanda monitort en regelmatig rapporteert aan het Tribunaal. Toen daaromtrent onduidelijkheid ontstond, schorste het ICTR de overdracht van verdachte. (*Prosecutor v. Jean Uwinkindi*, Decision to stay the transfer of Jean Uwinkindi pending the establishment of a suitable monitoring mechanism, 24 februari 2012.) Het is het zoveelste incident in de moeizame relatie tussen het ICTR en

Rwanda. Uiteindelijk wordt Uwinkindi op 19 april 2012 overgedragen aan de Rwandese autoriteiten. Op 28 juni 2012 vaardigt de president van het Rwanda Tribunaal aangescherpte regels uit voor het monitoren van zaken die door het ICTR zijn overgedragen aan de High Court of Rwanda. (*Prosecutor v. Jean Uwinkindi*, Order on the ICTR monitoring mechanism, 28 februari 2012.)

In 2012 heeft het ICTR twee vonnissen gewezen in eerste aanleg en één uitspraak gedaan in hoger beroep. In de *Ntabakuze*-zaak spreekt de Kamer van Beroep de verdachte vrij van een aantal 'counts' en zet het de opgelegde levenslange gevangenisstraf om in 35 jaar. (*Prosecutor v. Ntabakuze et al.*, Judgment, Appeals Chamber, 8 mei 2012.)

In de zaken tegen *Nzabonimana* en *Nizeyimana* wordt door de Kamers van Berechting twee keer levenslange gevangenisstraf opgelegd. Op 31 mei 2012, met betrekking tot *Nzabonimana*, voor genocide en misdrijven tegen de mensheid. (*Prosecutor v. Nzabonimana*, Judgment, Trial Chamber, 31 mei 2012.)

Op 19 juni 2012, met betrekking tot *Nizeyimana*, voor genocide, misdrijven tegen de mensheid en oorlogsmisdrijven. (*Prosecutor v. Nizeyimana*, Judgment, Trial Chamber, 19 juni 2012.) Deze zaken zijn in aanmerkelijk kortere tijd afgedaan dan de eerste generatie strafzaken bij het ICTR. (De gemiddelde lengte van een procedure bij het ICTR is 2 jaar en 2 maanden. Zie H.L. Hansberry, 'Too much of a Good Thing in Lubanga and Haradinaj: the Danger of Expediency in International Criminal Trials', *Northwestern Journal of Human Rights*, 2011, p. 357-401, 360.) Het feit dat het zaken betreft waarin slechts één verdachte terecht staat en men relatief weinig getuigen heeft gehoord (tussen 20 en 41) verklaart deze relatief korte duur. Met name de *Nizeyimana*-zaak is in een ontstellend vlot tempo afgerond. De inhoudelijke behandeling ving aan op 17 januari 2011 en eindigde op 7 december 2011. (Bijvoorbeeld de *Bizimungu et al.* (Government II)-zaak. Deze ving aan op 6 november 2003. Op 30 september 2011 deed de Kamer van Berechting uitspraak. Het betreft een zaak van vier verdachten waarin 171 verdachten zijn gehoord.) Vóór het eind van dit jaar verwacht het ICTR uitspraak te doen in de *Ngirabatware*-zaak waarmee alle strafzaken in eerste aanleg zullen zijn afgerond.

2.2Hybride Hoven

SCSL

Op 26 april 2012 veroordeelt het Speciale Hof voor Sierra Leone (SCSL), Charles Taylor, voormalig president van Liberia. (*Prosecutor v. Charles Taylor*, Judgment, Trial Chamber, SCSL-03-1-T, 26 April 2012. Dit is een lange en uitgebreide uitspraak (2532 pagina's). Een goede samenvatting is beschikbaar via <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=86r0nQUtK08=>, laatst bezocht op 27 oktober 2012.) Een maand later spreekt het hof zich uit over de straf. Taylor wordt veroordeeld tot vijftig jaar gevangenisstraf voor oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de mensheid. (*Prosecutor v. Charles Taylor*, Sentencing Judgment, Trial Chamber, SCSL-03-1-T, 30 May 2012.) Dit is de eerste keer dat een voormalig staatshoofd is veroordeeld door een (semi-)internationaal tribunaal. Er is geen bewijs dat Taylor deze misdrijven zelf heeft gepleegd. De Kamer van Berechting oordeelt dat Taylor zich heeft schuldig gemaakt aan 'aiding and abetting' van misdrijven gepleegd door rebellengroepen in Sierra Leone. Deze laatsten maakten zich schuldig aan het terroriseren van de burgerbevolking van Sierra Leone door middel van massamoorden, amputaties en verkrachtingen. Taylor steunde de rebellen in de vorm van wapenleveranties, militaire training, financiële, logistieke en operationele ondersteuning in ruil voor diamanten. Naast 'aiding and abetting' is Taylor veroordeeld voor het beramen ('planning') van militaire operaties die (direct) leidden tot het plegen van misdrijven. De Kamer verwerpt de theorie van de aanklager dat Taylor als lid van een 'joint criminal enterprise' betrokken was bij de door rebellen gepleegde misdrijven. (Taylor judgment, par. 6887-6900.) Charles Taylor en de rebellen waren volgens de Kamer 'military allies and trading partners' met *quid pro quo* relaties (diamanten in ruil voor militaire steun). (Idem, par. 6899.) Dit is onvoldoende om te spreken van een joint criminal enterprise.

Er is van verschillende kanten kritiek geuit op de uitspraak. Volgens sommigen doet het vonnis geen recht aan Taylor's positie als kwade genius achter de terreur in Sierra Leone. (K.S. Gallant, 'Charles Taylor, Arms Dealers, Reparations, Legal Studies Research paper, No. 12-08, verkrijgbaar via Electronic copy

available at: <http://ssrn.com/abstract=2079768>, laatst bezocht op 26 oktober 2012. Zie ook K.J. Heller, 'Breaking: Charles Taylor Convicted', *OpinioJuris* (blog), <<http://opiniojuris.org/2012/04/26/breaking-charles-taylor-convicted-but/>> laatst bezocht 1 mei 2012.) De uitspraak zou 'a more modest vision of Taylor's involvement in Sierra Leone' weergeven. (D. Amann, 'Charles Taylor Judgment suggests a more modest level of participation in the Sierra Leone Conflict', <http://humanrightsdoctorate.blogspot.nl/2012/04/charles-taylor-judgment-suggests-more.html>, laatst bezocht 26 oktober 2012.) Daar kan echter tegenin worden gebracht dat ook de verzoeningscommissie die van 2002 tot 2004 werkzaam was in Sierra Leone een meer bescheiden rol zag voor Charles Taylor in het conflict in Sierra Leone. (Idem.) De commissie wees op jarenlange tirannie en corruptie als de belangrijkste oorzaken van het geweld. (*Witness to Truth – Final Report of the TRC*, Vol. 2, executive summary, Par. 39-45, beschikbaar via http://www.sierraleonetr.org/index.php/view-the-final-report/download-table-of-contents/volume-two/item/witness-to-the-truth-volume-two-chapter-1?category_id=12, laatst bezocht 26 oktober 2012.) De straf, vijftig jaar, is fors indachtig de deelnemingsvorm. In de internationale rechtspraak, met name bij het ICTY, staat 'aiding and abetting' voor de minst vergaande vorm van betrokkenheid bij misdrijven. Dit leidt doorgaans tot relatief milde straffen. (B. Holá et al., 'International Sentencing Facts and Figures: Sentencing Practice at the ICTY and ICTR', 9 *Journal of International Criminal Justice*, 2011, p. 417.) Twee redenen verklaren deze straf. Allereerst de positie van Charles Taylor als staatshoofd. Deze is meegewogen als strafverzwarende omstandigheid en heeft in belangrijke mate de hoogte van de straf bepaald. (Taylor, Sentencing judgment, par. 95-103.) Ten tweede, de vijftig jaar dient te worden gezien in het licht van de 'strafeis' (De praktijk waarbij de aanklager een strafeis formuleert, kent het internationale strafrecht niet.) van de aanklager. Deze achtte tachtig jaar passend bij veroordeling voor deelneming aan een 'joint criminal enterprise'. De Kamer van Beroeping overweegt dat tachtig jaar 'excessief' is voor 'aiding and abetting' (maar niet per se voor 'joint criminal enterprise') en legt vijftig jaar op. (Taylor, Sentencing judgment, par. 94.)

ECCC

Het Cambodia Tribunaal heeft zijn eerste zaak in hoger beroep afgedaan. Op 3 februari 2012 wordt Kain Guek Eav ('Duch') tot levenslang veroordeeld door de 'Supreme Court Chamber' van het Cambodja Tribunaal (ECCC). (*Prosecutor v. Kaing Guek Eav alias Duch*, Judgement, 001/18-07-2007/ECCC/TC, Trial Chamber, 26 juli 2010.) Duch wordt veroordeeld voor misdrijven tegen de mensheid en oorlogsmisdrijven gepleegd gedurende het schrikbewind van Pol Pot, van 17 april 1975 tot 6 januari 1979. In eerste aanleg was Duch tot 30 jaar gevangenisstraf veroordeeld. (*Prosecutor v. Kaing Guek Eav alias Duch*, Judgement, 001/18-07-2007/ECCC/SC, Supreme Court Chamber, 3 februari 2012.) Gezien zijn leeftijd (70), was het ook met een straf van dertig jaar onwaarschijnlijk dat Duch ooit nog vrij zou komen. Dit is de eerste veroordeling die door de ECCC Supreme Court Chamber is uitgesproken. Daarmee is de veroordeling definitief en heeft het ECCC zijn eerste zaak afgedaan. De uitspraak is opmerkelijk op het punt van de strafoplegging. De Kamer van Beroep heeft niet meegewogen de omstandigheid dat Duch voorafgaand aan de vervolging en berechting bij het ECCC acht jaar onrechtmatig gedetineerd is geweest door de Cambodjaanse autoriteiten. Het pleidooi van de raadsman om dat wel te doen werd afgewezen onder verwijzing naar de aard en ernst van de misdrijven waarvoor Duch is veroordeeld. De onrechtmatige detentie was wel door de Kamer van Beroeping meegenomen in het bepalen van de strafmaat. Die reduceerde deze met vijf jaar; van vijfendertig naar dertig jaar gevangenisstraf.

Het ECCC voorziet in een op het Frans recht geïnspireerde procedure waarbij slachtoffers zich als burgerlijke partij kunnen stellen en 'reparations' kunnen krijgen. (ECCC, internal rules, Rules 23- 23 *quinquies*, beschikbaar via [http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legaldocuments/ECCC%20Internal%20Rules%20\(Rov.8\)%20English.pdf](http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legaldocuments/ECCC%20Internal%20Rules%20(Rov.8)%20English.pdf)) Vanwege de financiële positie van Duch en het gebrek aan een fonds waaruit slachtoffers kunnen worden gecompenseerd, heeft de Supreme Court Chamber een groot aantal verzoeken voor compensatie afgewezen. De interne regels van het Hof maken echter ook 'collective and moral reparations' mogelijk. (Idem, Rule 23 *quinquies*.) Duch heeft op last van het Hof openlijk zijn excuses moeten aanbieden. Zijn 'Statements of Apology' is op de website van het ECCC gepubliceerd. Daarnaast zijn de namen van de slachtoffers en hun familieleden in de uitspraak van de Supreme Court Chamber opgenomen. Op deze manier wordt beoogd hun slachtofferschap en

het aangedane leed te erkennen. (De reacties op deze reparations zijn niet onverdeeld positief. Een deel van de slachtoffers had graag een ruimhartiger vorm van (morele) compensatie gezien. Zie de rapportage van het International Justice Project, <http://www.internationaljusticeproject.com/2012/08/07/quest-for-justice-through-symbolic-reparations-lessons-learned-from-the-extraordinary-chambers-in-the-courts-of-cambodia/>, laatste bezocht op 29 oktober 2012.)

De verdachten die momenteel terecht staan bij het Cambodja Tribunaal kampen met een broze gezondheid. Zij zijn allen op leeftijd. Ieng Thirith, voormalig minister in het Khmer Rouge bewind en één van de vier verdachten in zaak 002, is recentelijk op vrije voeten gesteld. (Ministry of Interior. General Department of Prisons, E138/1/10/1/2/3.3, 16 september 2012, beschikbaar via <http://www.eccc.gov.kh/en/document/court/letter-ordering-release-detainee>, laatst bezocht op 26 oktober 2012.) Op basis van medische rapportages, waaruit blijkt dat ze aan dementie lijdt, oordeelt de Kamer van Berechting dat ze 'unfit to stand trial' is. (*Prosecutor v. Ieng Thirith*, Decision on Reassessment of Accused Ieng Thirith's fitness to stand trial following Supreme Court Chamber decision of 13 December 2011, 002/19-09-2007/ECCC/TC, 13 september 2012.)

STL

Het Speciale Tribunaal voor Libanon (STL) is een wat bijzonder hof. Het is in 2007 opgericht om slechts één misdrijf te vervolgen en te berechten; de moordaanslag (terrorisme) op de toenmalige premier Rafik Hariri in 2005.

Op 24 oktober 2012 doet de Kamer van Beroep van het STL een belangrijke uitspraak over de juridische basis van het Tribunaal. (*Prosecutor v. Ayyash et al.*, Decision on the Defence Appeals against the Trial Chamber's 'Decision on the Defence a Challenge to the Jurisdiction and Legality of the Tribunal', STL-11-01/PT/AC/AR90.1, Appeals Chamber, 28 oktober 2012.)

Net als destijds het ICTY werd uitgelokt tot een oordeel over zijn juridische grondslag (*Prosecutor v. Tadic*, Decision on the Defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 oktober 1995.), wordt het STL via een 'challenge to the jurisdiction and legality of the Tribunal' gedwongen zich uit te spreken over zijn rechtsmacht en rechtmatigheid. Het STL is op basis van een bindende resolutie van de Veiligheidsraad opgericht. (VN Veiligheidsraad, Resolutie 1757, 30 mei 2007.) De advocaten van de vier verdachten mener dat de Veiligheidsraad een dergelijke bevoegdheid niet had nu de aanslag op Hariri, hoe tragisch ook, niet is aan te merken als een 'threat to international peace and security'. De oprichting van het Tribunaal schendt de Libanese soevereiniteit en het STL heeft volgens hen geen rechtsmacht ten aanzien van de vier verdachten.

In eerste aanleg waagt de Kamer van Berechting zich niet aan 'judicial review' van resoluties van de Veiligheidsraad. (*Prosecutor v. Ayyash et al.*, Decision on the Defence a Challenge to the Jurisdiction and Legality of the Tribunal, STL-11-01/PT/TC/AR90.1, Trial Chamber, 27 juli 2012.) De enige uitspraak die de Kamer van Berechting zich veroorlooft is dat de Veiligheidsraad zijn bevoegdheden niet heeft misbruikt toen het de resolutie aannam op basis waarvan de STL is opgericht. De Kamer van Beroep, althans de meerderheid, neemt dit oordeel van de Kamer van Berechting over. Daarmee neemt het STL afstand van het ICTY dat zich in de *Tadić*-zaak wel bevoegd achtte de rechtmatigheid van de resolutie waarmee het was opgericht te toetsen. (Tadic decision on interlocutory appeal, par. 23-25 en 28-48.) Judge Baragwanath in een 'Separate and Partially Dissenting Opinion' is ook die mening toegedaan. Volgens herr staat de 'rule of law' een rechtmatigheidstoets toe, ja verlangt het deze zelfs: 'the rule of law requires the legality of the conduct of any body lacking plenary authority be subject to judicial review'. (Ayyash et al. decision, Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge Baragwanath, par. 66.) Uiteindelijk is hij het eens met de meerderheid dat niet is gebleken dat de Veiligheidsraad zijn bevoegdheden heeft misbruikt toen het resolutie 1757 (2007) aannam. Zijn overtuigende opinion is een belangrijke bijdrage aan de discussie over 'non-justiciability' van politieke besluitvorming en VN-resoluties. (Zie M. Nikolova, 'STL Judge Baragwanath's Separate and Partially Dissenting Opinion Contributes to the Ongoing Debate on Judicial Review Powers Over Security Council Resolutions', *ILawyer. A blog on international justice*, <http://ilawyerblog.com/stl-judge-baragwanaths-separate-and-partially-dissenting-opinion-contributes-to-the-ongoing-debate-on-judicial-review-powers-over-security-council-resolutions/>, laatst bezocht op 29 oktober 2012.)

3.Nationale berechting van internationale misdrijven

3.1 Vluchtelingenrecht

Artikel 1(f)(a) van het Vluchtelingenverdrag geeft de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) de bevoegdheid de asielaanvraag van een vreemdeling af te wijzen wanneer er ernstige redenen bestaan om te veronderstellen dat deze vreemdeling zich schuldig heeft gemaakt aan een internationaal misdrijf. In 2012 heeft de rechtbank Den Haag twee van dergelijke afwijzingen van de IND beoordeeld. (Rb. 's-Gravenhage 16 januari 2012, LJN BV3744; Rb. 's-Gravenhage 17 januari 2012, LJN BV1971.) De zaken hebben betrekking op een voormalig lid van de Armeense Nationale Veiligheidsdienst en Militaire Inlichtingendienst en op een voormalig divisielid van de Irakese Baath-partij. Volgens de IND zijn er in beide gevallen ernstige redenen om te veronderstellen dat de asielaanvragers in respectievelijk Armenië en Irak betrokken zijn geweest bij misdrijven tegen de mensheid.

De beoordeling van deze IND-besluiten bestaat uit twee onderdelen. Eerst wordt bekeken of de gepleegde misdrijven kunnen worden gekwalificeerd als misdrijven tegen de mensheid. De rechtbank stelt op basis van artikel 7(1) van het ICC Statuut en de rechtspraak van de *ad hoc* Tribunalen vast dat een misdrijf slechts als misdrijf tegen de mensheid kan worden gekwalificeerd wanneer het is gepleegd als onderdeel en met kennis van een wijdverbreide of stelselmatige aanval van een burgerbevolking. Vervolgens wordt beoordeeld of de asielaanvrager verantwoordelijk kan worden gehouden voor deze misdrijven tegen de mensheid. De rechtbank leidt uit de *mens rea* en *actus reus* vereisten voor deelneming aan internationale misdrijven – zoals neergelegd in de artikelen 25 en 27 t/m 33 van het ICC Statuut – af dat de asielaanvrager verantwoordelijk kan worden gehouden voor misdrijven tegen de mensheid wanneer hij (i) daar weet van had of had behoren te hebben ('knowing participation') (Er is sprake van 'knowing participation' wanneer:

- (i) de vreemdeling werkzaam is geweest voor een orgaan of organisatie, dat volgens gezaghebbende en vrij toegankelijke rapportages op systematische wijze en/of op grote schaal misdrijven als bedoeld in artikel 1F heeft gepleegd in de periode dat hij daar werkzaam was;
- (ii) de vreemdeling werkzaam is geweest voor een organisatie waarvan de Minister heeft geconcludeerd dat aan personen die behoren tot bepaalde categorieën van deze organisatie bij een aanvraag voor een verblijfsvergunning in Nederland in de regel artikel 1(f)(a) zal worden tegengeworpen;
- (iii) een vreemdeling heeft deelgenomen aan handelingen waarvan hij wist of had behoren te weten dat het hier ging om misdrijven als bedoeld in artikel 1(f)(a), zonder dat hij deel uitmaakte van een orgaan of organisatie als hierboven bedoeld.

Omdat de kennis van de vreemdeling in de situaties onder (i) en (ii) wordt vastgesteld uitsluitend op basis van zijn lidmaatschap van een 'criminele organisatie' bestaat er voor de vreemdeling in deze gevallen de mogelijkheid aan toepassing van artikel 1(f)(a) te ontsnappen wanneer hij kan aantonen dat er in zijn individuele geval sprake is van een significante uitzondering.) en (ii) hij hier op enige wijze persoonlijk aan heeft deelgenomen ('personal participation'). ('Personal participation' kan worden vastgesteld wanneer:

- (i) blijkt dat de vreemdeling een misdrijf als bedoeld in artikel 1(f)(a) persoonlijk heeft gepleegd;
- (ii) een misdrijf als bedoeld in artikel 1F in opdracht, of onder verantwoordelijkheid, van de vreemdeling is gepleegd;
- (iii) de vreemdeling een misdrijf als bedoeld in artikel 1(f)(a) heeft gefaciliteerd, dat wil zeggen dat zijn handelen dan wel nalaten in wezenlijke mate heeft bijgedragen aan het misdrijf. Er is sprake van een wezenlijke bijdrage indien de bijdrage een feitelijk effect heeft gehad op het begaan van een misdrijf en dat het misdrijf hoogstwaarschijnlijk niet op dezelfde wijze zou hebben plaatsgevonden indien niemand de rol van betrokkene had vervuld dan wel indien betrokkene gebruik had gemaakt van mogelijkheden het misdrijf te voorkomen.
- (iv) een vreemdeling heeft behoord tot een categorie van personen binnen een organisatie waarvan de minister heeft geconcludeerd dat aan personen die behoren tot deze categorie bij een aanvraag voor een verblijfsvergunning in Nederland in de regel artikel 1(f)(a) zal worden tegengeworpen, tenzij de betreffende vreemdeling kan aantonen dat er in zijn individuele geval sprake is van een significante uitzondering.)

Ten aanzien van het eerste onderdeel concludeert de rechtbank in beide zaken dat er ernstige redenen zijn om te veronderstellen dat misdrijven tegen de mensheid zijn gepleegd. Deze conclusie is op zichzelf al noemenswaardig. Geen enkel internationaal gerecht heeft tot nu toe de in Armenië en Irak gepleegde misdrijven als misdrijven tegen de mensheid gekwalificeerd. Bijzondere aandacht verdienen voorts de aan deze kwalificatie ten grondslag liggende overwegingen van de rechtbank in de 'Irakese zaak'.

De 'Irakese zaak' heeft betrekking op een aantal door de Baath-partij uitgevaardigde decreten. Deze decreten dragen onder andere op tot het amputeren van handen en voeten als straf voor diefstal en het opleggen van de doodstraf voor het weigeren van de militaire dienstplicht. (Rb. 's-Gravenhage 16 januari 2012, LJN BV3744, par. 2.10-2.12.) Deze handelingen kunnen volgens de rechtbank als misdrijven tegen de mensheid worden gekwalificeerd. De rechtbank lijkt daarbij geen onderscheid te maken tussen de enkele uitvaardiging van de decreten en de daadwerkelijke implementatie en toepassing daarvan. (Idem, par. 2.18-2.19) Vanuit het (internationaal) strafrechtelijk kader bezien, is een dergelijk onderscheid echter essentieel. Het potentieel gewelddadige beleid van de Baath-partij waaraan de decreten uitdrukking geven, kan op zichzelf immers niet als misdrijf tegen de mensheid worden aangemerkt. Daarvoor is het noodzakelijk dat dit beleid wordt uitgevoerd of voortgezet op een wijze die is aan te merken als een wijdverspreide of systematische aanval op een burgerbevolking. (Zie M. Cupido, 'The policy underlying crimes against humanity: Practical reflections on a theoretical debate', 22 *Criminal Law Forum*, 2012, p. 277-279.)

Bij de beoordeling van het tweede onderdeel, over de verantwoordelijkheid van de asielaanvrager voor de vastgestelde misdrijven tegen de mensheid, staat het lidmaatschap van een 'criminele (overheids)organisatie' centraal. Zo stelt de rechtbank in de 'Armeense zaak' vast dat de asielaanvrager werkzaam was als hoofd van een geheime afdeling van de Armeense Nationale Veiligheidsdienst en Militaire Inlichtingendienst. Gezien deze functie is het volgens de rechtbank niet geloofwaardig dat de asielaanvrager geen kennis had van de mishandelingen en martelingen die door de politie en veiligheidsdiensten werden gepleegd tijdens arrestaties en verhoren. (Rb. 's-Gravenhage 17 januari 2012, LJN BV1971, p. 6-7.) Nu tevens kan worden vastgesteld dat er sprake was van 'personal participation' van de asielaanvrager in deze misdrijven – door informatie te verzamelen en door te geven op basis waarvan mishandeling en marteling konden plaatsvinden (Idem, p. 7.) – kan het besluit van de IND om de asielaanvraag af te wijzen op grond van artikel 1(f)(a) Vluchtelingenverdrag in stand blijven. Het enkele feit dat niet kan worden vastgesteld dat taakuitoefening door de asielaanvrager heeft geleid tot de gepleegde misdrijven, doet daar niet aan af. (Idem, p. 6.) Een causaal verband tussen de handelingen van de asielaanvrager en de gepleegde misdrijven lijkt aldus niet te hoeven worden vastgesteld. Ook in de 'Irakese zaak' stelt de rechtbank op basis van de positie van de asielaanvrager, en vanwege de openbaarheid van de decreten, vast dat de asielaanvrager kennis had van de inhoud en uitvoering van deze decreten. De afwijzing van de asielaanvraag kan evenwel niet in stand blijven vanwege een motiveringsgebrek in het besluit van de IND wat betreft de 'personal participation' van de asielaanvrager. De IND heeft aangevoerd dat de misdrijven tegen de mensheid zijn gepleegd in opdracht of onder verantwoordelijkheid van de asielaanvrager. Van een dergelijke vorm van 'participation' is volgens de rechtbank slechts sprake indien de misdrijven zijn gepleegd door ondergeschikten van de asielaanvrager. Hoewel de asielaanvrager in casu verantwoordelijk was voor de uitvoering van twee decreten, kan niet worden vastgesteld dat hij deze verantwoordelijkheid kon delegeren aan zijn ondergeschikten. Het besluit van de IND is derhalve onvoldoende draagkrachtig gemotiveerd.

De uitspraken van de rechtbank Den Haag illustreren de grote reikwijdte van het materieelrechtelijke kader van artikel 1(f)(a) Vluchtelingenverdrag. De kwalificatie van misdrijven als misdrijven tegen de mensheid en de 'knowing and personal participation' van de asielaanvrager in deze misdrijven worden gebaseerd op weinig specifieke informatie betreffende de algemene veiligheidssituatie in een land en de (collectieve) handelingen van overheidsorganisaties. Voor zover vaststaat dat de asielaanvrager een hoge officiële functie heeft vervuld binnen deze organisaties, is er weinig ruimte om op basis van individuele omstandigheden de toepassing van artikel 1(f)(a) alsnog af te wenden.

Dit kan worden verklaard door de relatief lage bewijsstandaard van artikel 1(f)(a) Vluchtelingenverdrag. De 'ernstige redenen'-standaard verplicht de IND weliswaar tot een zorgvuldige motivering, het leveren van bewijs volgens de reguliere strafrechtelijke standaard is echter niet noodzakelijk. (Rb. 's-Gravenhage 16 januari 2012, LJN BV3744, par. 2.7; Rb. 's-Gravenhage 17 januari 2012, LJN BV1971, p. 3. Wanneer de minister heeft aangetoond dat er 'ernstige redenen' zijn te veronderstellen dat de vreemdeling zich schuldig heeft gemaakt aan een internationaal misdrijf, zal de vreemdeling dit gemotiveerd moeten weerleggen wil hij voorkomen dat artikel 1(f) van toepassing wordt verklaard.) Dit leidt er in de praktijk toe dat niet alle voorwaarden van misdrijven tegen de mensheid en deelneming met bewijsmiddelen hoeven te worden onderbouwd en dat – voor zover dat wel gebeurt – daarvoor gebruik kan worden gemaakt van minder specifiek bewijsmateriaal.

3.2 ICC-getuigen

Als gastland onderhoudt Nederland een bijzondere relatie met het Internationaal Strafhof. Recente ontwikkelingen met betrekking tot vier Congolese getuigen van het Internationaal Strafhof illustreren dat de Nederlandse autoriteiten als gevolg hiervan geconfronteerd worden met onvoorziene en politiek gevoelige juridische vraagstukken.

Begin 2011 roept de verdediging van Germain Katanga – een Congolese strijdheer die voor het Internationaal Strafhof terechtstaat voor misdrijven tegen de mensheid – drie voormalig strijders op om als getuigen in zijn zaak op te treden. (Het hiernavolgende geldt ook voor een vierde getuigen die iets later in de procedure zit.) De opgeroepen getuigen zijn op dat moment gedetineerd in de Democratische Republiek Congo (DRC), onder andere vanwege hun vermeende betrokkenheid bij de dood van enkele VN-militairen. Om gevolg te geven aan het verzoek van de verdediging van Katanga moeten de getuigen worden overgebracht naar het VN-detentiecentrum in Scheveningen. Daartoe wordt een overeenkomst gesloten tussen het Internationaal Strafhof, de Congolese overheid en de getuigen. De overdracht van de getuigen wordt daarin verbonden aan de voorwaarde dat zij na het afleggen van hun verklaringen worden teruggebracht naar de DRC. (De overeenkomst geeft aldus uitdrukking aan artikel 93(7)(b) van het ICC Statuut dat luidt: 'when the purposes of the transfer have been fulfilled, the Court shall return the person without delay to the requested State'.) In hun verklaringen voor het Internationaal Strafhof beschuldigen de getuigen de zittende Congolese president Joseph Kabila van betrokkenheid bij de aan Katanga ten laste gelegde misdrijven. Vanwege deze voor de president belastende verklaringen vrezen de getuigen dat zij in de DRC zullen worden vervolgd en/of onmenselijk zullen worden behandeld. Daarom dienen zij op 12 mei 2011 een asielaanvraag in bij de Nederlandse autoriteiten. Deze asielaanvraag stelt het Internationaal Strafhof en de Nederlandse autoriteiten voor verschillende met elkaar samenhangende rechtsvragen, zoals: (i) kunnen de getuigen in Nederland asiel aanvragen en zo ja, hoe moet deze aanvraag worden beoordeeld? En (ii) is er grond voor detentie hangende de asielprocedure en zo ja, wat is de grond van deze detentie en onder wiens verantwoordelijkheid wordt deze uitgeoefend?

In een uitspraak van 9 juni 2011 legt het Internationaal Strafhof de verantwoordelijkheid voor de asielprocedure bij de Nederlandse autoriteiten. (*Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on an Amicus Curiae application and on the 'Requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d'asile'*, Trial Chamber II, ICC-01/04-01/07, 9 juni 2011.) De asielaanvraag moet worden gezien in het licht van het *non-refoulement* beginsel. Dit gewoonterechtelijke beginsel verbiedt het terugzenden van een persoon naar een Staat waar deze persoon voor vervolging heeft te vrezen. Het Hof heeft echter niet de mogelijkheid of de plicht het *non-refoulement* beginsel te beoordelen dan wel te implementeren, omdat het zelf geen territorium heeft en ook Nederland niet kan verplichten het *non-refoulement* beginsel in relatie tot de getuigen toe te passen. '[I]t is therefore incumbent upon the Dutch authorities, and them alone, to assess the extent of their obligations under the *non-refoulement* principle (...)' (Idem, par. 64.)

De Nederlandse autoriteiten zijn aanvankelijk zeer terughoudend ten aanzien van de beoordeling van de asielaanvraag van de getuigen. (Idem, par. 49-52.) Volgens de IND en de minister voor Immigratie, Integratie en Asiel vallen de getuigen buiten de Nederlandse rechtsmacht en kan hun asielaanvraag daarom niet volgens de reguliere procedure overeenkomstig de Vreemdelingenwet (Vw) worden behandeld. In plaats daarvan moet een *sui generis* procedure worden doorlopen waarin alleen wordt beoordeeld of het *non-refoulement* beginsel aan de terugzending van de getuigen in de weg staat. (Rb. 's-Gravenhage 28 december 2011, LJN BU9492, par. 8.2.)

Op 28 december 2011 besluit de Haagse rechtbank dat dit standpunt van de Nederlandse autoriteiten niet kan worden gehandhaafd. Het Zetelverdrag, de Uitvoeringswet noch het ICC Statuut bieden volgens de rechtbank grondslag voor het buiten toepassing laten van de reguliere Vw-procedure. (Idem, par. 9.4-9.7.) Ook het feit dat niet de Nederlandse autoriteiten, maar het Internationaal Strafhof rechtsmacht heeft over de getuigen kan niet in de weg staan aan de toepassing van de in de Vw voorziene procedure. (Idem, par. 9.8.) De getuigen bevinden zich immers op Nederlands grondgebied en kunnen zich – omdat het Internationaal Strafhof niet beschikt over een eigen grondgebied – alleen tot de Nederlandse autoriteiten wenden voor een asielaanvraag. De rechtbank draagt de Nederlandse autoriteiten daarom op de asielaanvraag van de getuigen binnen 6 maanden te beoordelen. (Idem, par. 9.10.)

Gezien de datum van de uitspraak van de rechtbank en de termijn die daarin aan de Nederlandse autoriteiten wordt gesteld, is het opvallend dat zij nog altijd geen definitieve beslissing op de asielaanvraag hebben

genomen. Wel heeft de Minister inmiddels zijn voornemen bekend gemaakt de asielaanvragen af te wijzen op grond van artikel 1(f)(a) Vluchtelingenverdrag. (Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 26 september 2012, LJN BX8320, par. 1.10. Een dergelijke beslissing werd eerder al voorspeld door Van Wijk. Omdat de getuigen behoren tot het leiderschap van een militaire organisatie die van 1999 tot 2003 deelnam aan gewapende gevechten in de noordoostelijke regio van DRC en in dat kader misdrijven tegen de mensheid heeft gepleegd, ligt het volgens Van Wijk voor de hand dat asielbescherming zal worden uitgesloten op basis van artikel 1(f)(a) Vluchtelingenverdrag. Een toekenning van de asielaanvraag wordt door Van Wijk met het oog hierop problematisch geacht. Hiermee zou immers de perceptie ontstaan dat het Internationaal Strafhof en de Nederlandse overheid de overplaatsing van de getuigen uit een 'smerige Congolese cel naar een opgeruimd rijtjeshuis in Stadskanaal' actief hebben gefaciliteerd. J. Van Wijk, 'Asielzoekende getuigen bij het Internationaal Strafhof, Een steeds Nederlandse probleem', *Nederlands Juristenblad* 2012, p. 595.) Een dergelijke afwijzing betekent echter niet dat de getuigen ook daadwerkelijk kunnen worden teruggezonden. Terugzending naar de DRC is niet toegestaan wanneer blijkt dat de getuigen daardoor een reëel risico lopen op een behandeling in strijd met artikel 3 Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM). Uiteindelijk zullen de Nederlandse autoriteiten dus alsnog de reikwijdte van hun verplichtingen onder het *non-refoulement* beginsel moeten vaststellen. (Van Wijk, a.w. p. 596.)

Hangende de asielprocedure is terugzending van de getuigen volgens het Internationaal Strafhof 'temporarily impossible'. (*Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the Security Situation of witnesses DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 and DRC-D02-P-0350, Trial Chamber II, ICC-01/04-01/07, 24 augustus 2011, par. 15.) De getuigen worden daarom nog altijd gedetineerd in het Scheveningse detentiecentrum. Een rechtsgrond voor deze detentie ontbreekt echter vanaf het moment dat het Hof op 24 augustus 2011 overweegt dat '[t]he conditions for the return of the three detained witnesses have now been fulfilled'. (Idem, par. 13.) Er zijn daarom 'no further grounds to delay the return of the three detained witnesses to the DRC', (Idem, par. 14.) zodat 'the obligation of the Court to detain the three witnesses has now, in principle, come to an end'. (Idem, par. 17.) Het Hof erkent de voortdurende vaststelling van de detentie hierdoor problematisch is, maar moet tegelijkertijd vaststellen dat het Statuut geen oplossing voor deze onvoorziene kwestie. Deze zal daarom worden moeten opgelost door middel van consultaties tussen het Hof, de Nederlandse autoriteiten en de DRC. (In een vergelijkbare procedure betreffende een vierde getuige lijkt het Internationaal Strafhof in dit kader een prominentere rol voor de Nederlandse autoriteiten te zien. '[I]t is for the Dutch Authorities to decide whether, according to its national and international obligations, it will take control of the witness until such time as the asylum application and any appellate phase in those proceedings are determined. The Host State is urged to consider without delay whether it intends to defer defence Witness 19's departure from the Netherlands. The Registry is to consult with the Dutch authorities on the transfer of the witness into the 'control' of the Netherlands if the Host State intends to defer his departure pending its decision on the asylum application.' *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Order on the Report of the Registrar on the execution of decision ICC-01/04-01/06- 2766-Conf, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 15 augustus 2011, par. 10.)

De Nederlandse autoriteiten weigeren lange tijd de rechtsmacht over de getuigen en verantwoordelijkheid voor hun detentie over te nemen van het Internationaal Strafhof. (Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 26 september 2012, LJN BX8320, par. 3.3.) Volgens de autoriteiten is de detentietitel van de getuigen gelegen in de overeenkomst tussen het Internationaal Strafhof, de DRC en de getuigen. Nederland is op grond van het Zetelverdrag slechts gehouden de getuigen over het Nederlands grondgebied te vervoeren. Ook de asielaanvraag van de getuigen geeft hen geen recht op verblijf in Nederland nu zij juridisch gezien niet in Nederland verblijven. Tegelijkertijd stelt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State vast dat de getuigen bij de Nederlandse rechter niet kunnen klagen over de onrechtmatigheid van hun detentie door het Internationaal Strafhof. Immers, '[i]ngevolge artikel 88 van de Uitvoeringswet is de Nederlandse wet niet van toepassing op vrijheidsontneming ondergaan op last van het Strafhof binnen in Nederland aan het Strafhof ter beschikking gestelde ruimten'. (ABRvS 22 maart 2012, LJN BW0617, par. 2.1.7.)

Een recente uitspraak van de Haagse voorzieningenrechter in een kort geding tegen de Nederlandse Staat lijkt een einde te maken aan het juridische vacuüm waarin de getuigen zich bevinden. De voorzieningenrechter stelt dat 'de Staat zich het lot van de getuigen dient aan te trekken en hen niet hangende volgens de Vw af te handelen asielpcedures (...) onder detentie van [het Internationaal Strafhof] mag laten'. (Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 26 september 2012, LJN BX8320, par. 3.8.) Nu alleen de Nederlandse autoriteiten een einde kunnen

maken aan de onrechtmatige detentie van de getuigen, biedt de enkele vestiging van het Internationaal Strafhof op Nederlands grondgebied een voldoende aanknopingspunt voor de vaststelling van de rechtsmacht van Nederland. (Idem, par. 3.5-3.6.) De Staat wordt verplicht daarover binnen een termijn van 4 weken in overleg te treden met het Internationaal Strafhof. (Idem, par. 3.9.)

De uitkomst van dit overleg is vooralsnog niet bekend. Wel kan op basis van de uitspraak van de Haagse voorzieningenrechter al worden vastgesteld dat – zoals Van Wijk voorspelde (Van Wijk, a.w. p. 597.) – een gedeelde verantwoordelijkheid van de internationale gemeenschap voor getuigen van het Internationaal Strafhof zich in de praktijk tot een Nederlandse aangelegenheid lijkt te ontwikkelen. Aangezien deze zaak niet op zichzelf staat, zal Nederland in de toekomst waarschijnlijk vaker met vergelijkbare gevallen worden geconfronteerd. Het is daarom van belang lering te trekken uit deze zaak en op basis daarvan voorzieningen te treffen.

M. Cupido, E. Fry & E. van Sliedregt