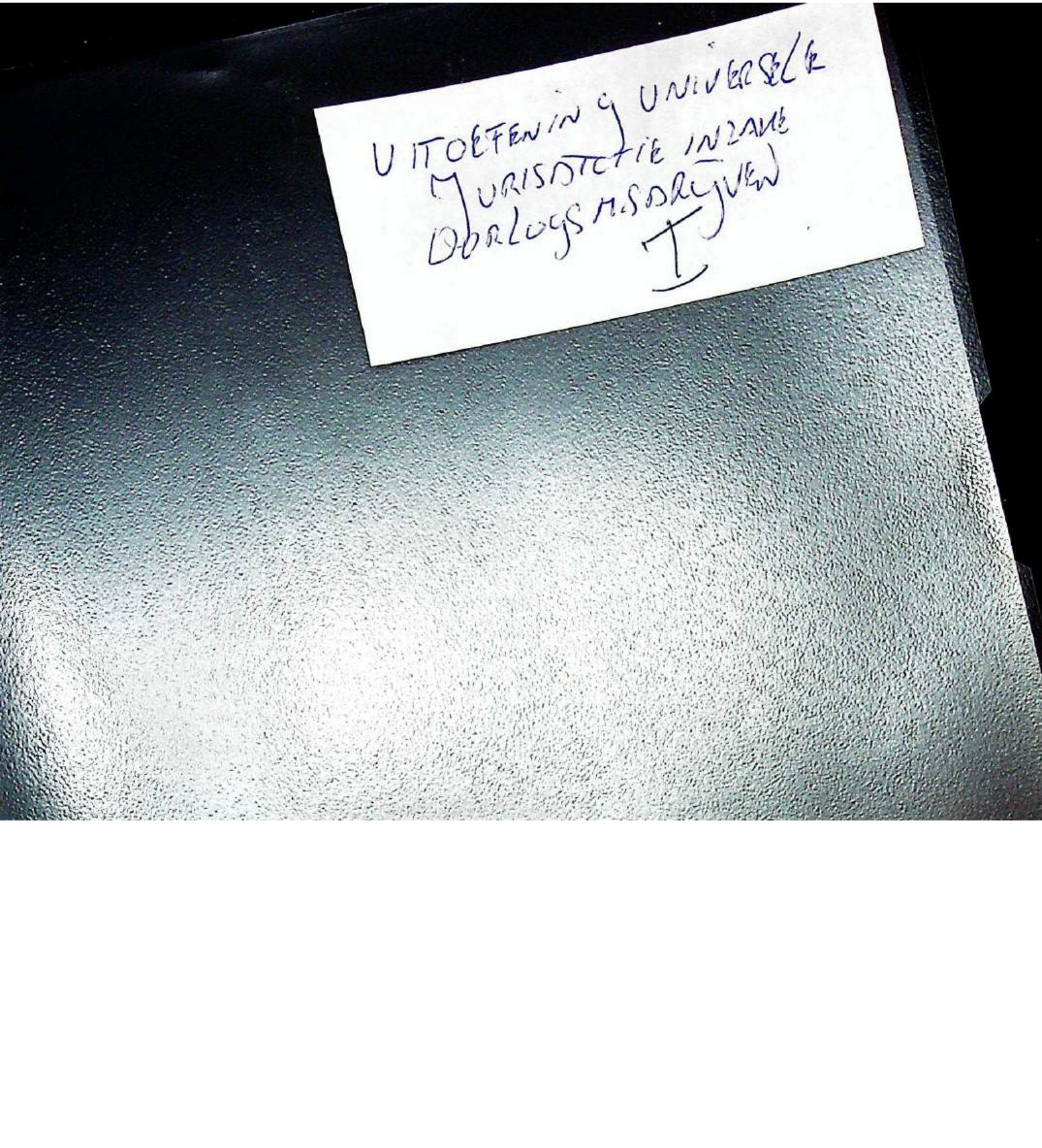

UITOEFENING UNIVERSELE
JURISDICTIE INZAKE
OORLOGSMISDRIJVEN
I

Court "shall be complementary to national criminal jurisdictions" and Article 17 provides that cases are inadmissible when states are able and willing genuinely to investigate and prosecute crimes within the Court's jurisdiction.

(2) As it has been noted:

"Resolution 1422 does not only re-interpret the ICC-Statute, in particular its Article 16, but it in fact turns the past logic of peacekeeping measures in the UN system upside down. If the ICC could, so far, be understood – by proponents as well as opponents – as a peacekeeping measure, because, according to the Statute's preamble, it shall prevent the threat to peace and security of mankind by grave international crimes, it now takes on a whole new nature. In light of the Council's resolution, the Court becomes itself a threat to peace, because only under this condition can the Security Council adopt a resolution under Chapter VII of the UN-Charter. Let us pause to assess this truly grotesque logic: a resolution as it was adopted by the Security Council on July 12th presupposes that the ICC must be labeled as a threat to peace, which can only be averted by granting immunity before the Court!"

Kai Ambos, International Criminal Law has Lost its Innocence, 3 Germ. L. J. (No.10, 1 October 2002) (obtainable from: http://www.germanlawjournal.com), English translation by Dr. Frank Schorkopf of an article which appeared in Süddeutsche Zeitung, 16 July 2002, at 13.

(3) Whether the latter distinction will make a difference in practice remains to be seen. In the light of the surrender by members of the Security Council on 12 July 2002 to US pressure, it is an open question whether national prosecutors or investigating judges - or political officials in those states where their approval is required to open an investigation or commence a prosecution - will resist US pressure not to investigate or prosecute one of its nationals. Similarly, the ICTY failed to open an investigation of the alleged war crimes by NATO forces in the air war against the Federal Republic of Yugoslavia in 1999 and it is unlikely that a situation will arise in the future in which members of UNMIBH, SFOR or KFOR could be involved in crimes within the Tribunal(s jurisdiction. Amnesty International, NATO/Federal Republic of Yugoslavia: (Collateral damage(or unlawful killings - Violations of the laws of war by NATO during Operation Allied Force, AI Index: IOR 70/018/2000, June 2000. For the explanation by the Office of the Prosecutor of the ICTY of its decision not to open an investigation, see Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, 13 June 2000.

(4) See Amnesty International, Universal jurisdiction: The duty of states to enact and implement legislation, AI Index: IOR 53/002-018/2001, September 2001. This paper is located on: http://www.amnesty.org and can also be obtained as a CD-ROM from Amnesty International's International Justice Project.

In de VS hebben Vietnam-veteranen
volksmenigte gemaakt onder de U.S.-regering
die in de Vietnam oorlog een agent
oranje hebben blootgesteld
→ Van Vietnamese ook geen persspraken

vom "Reich des Bösen" ist denn auch als klassische Projektion einer Gesellschaft zu verstehen, die ihr eigenes Böse nicht wahrhaben will: Abkehr vom Prinzip der Gleichheit, Abbau elementarer Bürgerrechte, rasanter Verfall der Demokratie, Aufstieg einer parasitären Plutokratie; die einzelnen konsumieren und das ganze Land leben auf Kredit; Gewalt und Kriminalität haben epidemische Ausmasse angenommen; immer häufiger wird die Todesstrafe verhängt. Aber auch in den Aussenbeziehungen ist seit langem ein Rückgang des egalitären Universalismus zu konstatieren, ablesbar am Verhältnis Washingtons zu anderen Staaten, ganz besonders im Umgang mit der arabischen Welt und dem Nah-Ostkonflikt. Israel und die amerikanischen Juden wurden in das mentale System Amerika's integriert, die Araber bleiben - wie die Schwarzen und die Mexikaner - ausgeschlossen. Die einseitige Parteinahme für Israel und die Unfähigkeit der Amerikaner und der zionistischen Lobby, in den Arabern gleichberechtigte Menschen zu sehen, ist die sichtbarste Abkehr vom Universalismus. Weiterweite trifft die ausgrenzende und diskriminierende Betrachtungsweise der US-Eliten auch die eigenen Verbündeten, wie die wiederholten Ausfälle des US-Verteidigungsministers und der US-Medien gegen die unbotmäßigen Vasallen des "alten Europa" gezeigt haben. Ein halbes Jahrhundert lang, schreibt Todd, standen die Vereinigten Staaten für politische und wirtschaftliche Freiheit, aber heute erscheinen sie immer mehr als ein Faktor der internationalen Un-Ordnung. Und wo sie können, fördern sie Instabilität und Konflikte. Tatsächlich betreiben Amerika's und Britanien's Führer genau das Gegenteil dessen, was sie zur Rechtfertigung ihres Präventiv-krieges anführen. Von Marokko bis Indonesien werden nicht die demokratischen Kräfte der islamischen Welt gestärkt, sondern deren Widersacher: Die klerikal-Faschisten und Terror-Proleten des heiligen Krieges gegen Kreuz-Züngler und Juden", wie Bin Laden seine Mission beschrieb. Sie können mit wachsendem Zulauf und vielen jungen, gewaltbereiten Rekruten rechnen. Die weitere, womöglich noch gefährlichere Botschaft des Bush-krieges lautet: Aufrüstung um jeden Preis! Denn das ist die ganz fatale Logik der jetzt laufenden Eroberung des Irak: Nicht die Tatsache, daß Saddam Hussein über Massenvernichtungswaffen verfügt, hat ihn diesen krieg geführt - das genaue Gegenteil ist richtig: gerade, weil er noch nicht über solche Waffen verfügt, kann die US-Armee überhaupt einmarschieren. Denn hätte die irakische Armee auch nur zwei oder drei Langstrecken-

Raketen

Raketen mit Atom-Sprengkopf, wäre der Krieg ein völlig unkalkulierbares Risiko – Israel müßte um seine Existenz fürchten. Die zwingende Schlußfolgerung für jeden strategisch-denkenden Regierungs- oder Armee-Chef dieser Welt lautet daher, daß nur die perverse, alte Abschreckungslogik aus der Zeit des kalten Krieges die einzig zuverlässige Versicherung gegen eine erzwungene Unterwerfung darstellten. Genau darum verbietet sich ein Krieg gegen Nord-Korea, weil dessen Regime die Funktionstüchtigkeit seiner Raketen regelmäßig unter Beweis stellt. So zerstört Amerika's Politik weltweit das Vertrauen, es könne jenseits des Schutzes durch die Abschreckung mit Massenvernichtungswaffen irgend eine Art von Sicherheit geben. Dieser Krieg wird die Welt nicht sicherer machen, sondern sie in einer Spirale der Aufrüstung treiben. Mit überlegener Militär-macht allein kann man wohl neue Länder und Protektorate erobern, das heißt: ein Imperium gewinnen – aber es nicht auf Dauer erhalten. Diese Erfahrung der Sowjets werden bald auch die Amerikaner machen, zumal sie die unabdingbare Voraussetzung für die Stabilität eines jeden Imperiums – nämlich die Gleichbehandlung seiner Bürger, Verbündeten und Vasallen – längst aufgegeben haben. Damit aber befördern die Herren des Weissen Hauses gerade das, was sie immer verhindern wollten: eine neue Euro-asische Koalition, die sich gegen die amerikanischen Weltherrschafts-Ansprüche formiert. Die Umrisse einer solchen Koalition zeichnen sich bereits ab – in der beginnenden Emanzipation des "alten Europa" vom großen atlantischen Bruder, und dem neuen Bündnis kern-Europa's mit Russland. Mein, die Rambo's im Weissen Haus und ihr "hybrides" Projekt for a new Amerika" haben keine politische Zukunft. Auch wenn sie es in ihrem imperialen Allmachts-Rausch gar nicht bemerken: der Niedergang des Empire hat schon begonnen!

WDR III und NDR-kultur „Gedanken zur Zeit" – in Abänderung unseres Programms hörten Sie eine Sendung von Michael Schneider "Rambo ohne Zukunft? oder Hat der Niedergang des Amerikanischen Empire schon begonnen?" Es sprach Reinhard Becker – Redaktion Regine Gossmann.

tekst opgeschreven van opname cass. bandje 5P.

"Rambo ohne Zukunft? oder
Hat der Niedergang des amerikanischen Empire schon begonnen?"

Wie sind die schlichten Sätze Immanuel Kants so wahr gewesen wie heute: "Der Bürger will keinen Krieg" und "Der Krieg schafft mehr böse Menschen als er davon wegnimmt." Es ist eine alte Erfahrung der Geschichte, daß diejenigen, die im Namen vermeintlich christlicher oder demokratischer Werte das Reich des Bösen mit Feuer und Schwert bekämpfen wollen, selber die Bösen sind. – So haben die Bush-Krieger in einem beispiellosen Akt der Hybris das Gewalt-Monopol der Vereinten Nationen usurpiert und das Völkerrecht durch das militärische Faust-Recht ersetzt. Auch wenn die UN, das Völkerrecht, jetzt von vielen Kommentatoren als erste Verlierer des Krieges beklagt werden, der Augenschein trügt. Als moralische Macht und Instanz der internationalen Völkergemeinschaft sind die Vereinten Nationen gestärkt aus dem Konflikt hervorgegangen, denn sie haben sich dem US-Diktat nicht gebeugt, und das wird weitreichenden Folgen haben. Das dramatische Tauziehen im Weltsicherheitsrat hat nicht nur die politische Landkarte des Globus entscheidend verändert, es hat auch sichtbar gemacht, was der französische Historiker Emmanuel Todd in seinem Buch "Weltmacht USA – ein Nachruf", schon vor einem Jahr scharfsichtig prognostizierte: Daß die USA nicht mehr in der Lage sind, die wichtigsten, strategischen Akteure Europa-Russland-Japan und China zu kontrollieren. – Ihr theatralischer Militarismus sei denn auch kein Zeichen der Stärke, sondern von Schwäche, Ausdruck einer verunsicherten, einer durchgeknallten Großmacht, die ihre Legitimität und globale Führungsfähigkeit von allen Seiten angezweifelt sieht und die wohl ahnt, daß sie mit ihrem agressiven Neo-Imperialismus einen irreparablen Image-Schaden erwartet. So omnipotent und unverletzlich wie die einzig verbliebene Supermacht sich nach außen hin gibt, ist sie schon seit geraumer Zeit nicht mehr. Das zeigt sich vor allem in

allem in der Umkehrung der wirtschaftlichen Abhängigkeits-Verhältnisse. Früher waren Europa und Japan ökonomisch wie politisch ganz von den USA abhängig, jetzt ist es umgekehrt, wie das gigantische amerikanische Handels-Bilanz-Defizit von $ 550 Milliarden (US$) in 2002 offenbart. Verfügte Amerika in der Nachkriegs-Zeit (= nach 1945 BP) über eine autonome und geradezu überproduktive Volkswirtschaft, so steht im Zentrum ihres jetzigen räuberischen Systems nicht mehr die Produktion sondern der Konsum. Die enorme Verschuldung der US-Unternehmen und US-Haushalte hat denn auch zu historischen Höchstständen der Pro-Kopf-Verschuldung geführt. Emmanuel Todd: Es ist zunehmend so, daß die Welt produziert, damit Amerika konsumieren kann. Amerika ist jedoch nicht mehr als Produzent wichtig für die Welt, sondern als Konsument, zumal in einer Phase der weltweiten Nachfrage-Schwäche. Die verdeckte wirtschaftliche Schwäche der USA zeigt sich auch in ihrer vergleichsweise niedrigen Industrie-Produktivität und im Verfall weiter Bereiche ihrer Infra-Struktur. In einigen Branchen ist die amerikanische Industrie zwar nach wie vor führend, so in der Komputer- und Bio-Technologie und in der Raumfahrt. Doch selbst bei diesen Spitzen-Technologien schrumpft ihr Vorsprung von Jahr zu Jahr. Infolge dessen ist Amerika immer mehr auf Importe angewiesen. Nur dank der ungeheuren Kapital-Zuflüsse aus aller Welt – fast $ 2 Milliarden pro Tag – kann es seine Importe bezahlen und sein gigantisches Handels-Bilanz-Defizit ausgleichen. Ähnlich begann auch der Niedergang des römischen Weltreiches, dessen eigene Wirtschaft verkam, weil es alles, was seine Bürger brauchten, aus seinen Kolonien importieren konnte und zuletzt mußte. Die enorme Steigerung der Börsen-Kapitalisierung vermittelte bis Ende der 1990er Jahre das trügerische Bild einer hyper-produktiven US-Wirtschaft. Doch die Börsen-Kapitalisierung hat nichts mit dem realen Wachstum und der Produktivität einer Volkswirtschaft zu tun – in Wahrheit war sie nichts anderes

nichts anderes als ein Ausdruck für die Inflation der Reichen, die ihr überschüssiges Geld an der Börse investierten. Seit den Terror-anschlägen vom 11.9.2001 und den großen Bilanzfälschungs-Skandalen, dem Zusammenbruch von Worldcom, ENRON und anderen Flagg-schiffen der US-Wirtschaft, gilt die Wallstreet den ausländischen Anlegern nicht mehr als sicherer Finanzplatz, zumal im Zuge der kriegsvorbereitungen noch einmal die $ 1,1 Billiarden Börsenkapital vernichtet worden sind. Nach einer Studie des amerikanischen Ökonomen, William D. Nordhaus, hätte nur ein kurzer Irakkrieg positive Effekte auf die Gesamtwirtschaft; im Falle des "worst case" jedoch, eines langen Krieges also, würden sich die direkten und indirekten Folge-kosten, einschließlich eines langjährigen Besatzungsregimes, für die USA und ihre Verbündeten auf schätzungsweise us$ 1,9 Billionen belaufen. Im Falle eines längeren Krieges könnte es, wie auch andere Ökonomen befürchten, zu einer Flucht aus dem us$ und mithin zu dessen Abwertung kommen — das wäre der Super-Gau der Bush-Regierung. Das Öl würde nicht mehr in us $ sondern beispielsweise in Euro fakturiert. Bei dem ungeheuren amerikanischen Handelsbilanz-Defizit wäre die Finanzierung von notwendigen Öl-importen in Fremdwährung für die USA ein nahezu unlösbares Problem, denn ihre eigene Ölproduktion ist rückläufig. Das sehr wahrscheinliche Szenario: eine Panik an den Börsen von unvorstellbarem Ausmaß, gefolgt von einem tiefen Sturz des künstlich hochgehaltenen Dollars. Damit wäre es mit der imperialen Position der Vereinigten Staaten in ökonomischer Hinsicht vorbei. Eine Großmacht, die davon lebt, daß sie den Reichtum anderer Länder abschöpft ohne ihnen gleichwertige Güter liefern zu können, hat naturgemäß andere Sicherheitsprobleme als die Länder mit einer ausgeglichenen Leistungs-Bilanz haben. Aus dem Bewußtsein ihrer zunehmenden ökonomischen Abhängigkeit vom Rest der Welt, resultiert auch der theatralische Militarismus der USA, der, nach Todd, folgende Merkmale aufweist:

1.-(erstens) – Ein Problem, wie der internationale Terrorismus wird nie endgültig gelöst, daher können die USA

die USA ihre Legitimität als Weltpolizist immer wieder unter Beweis stellen und beliebige militärische Aktionen rechtfertigen.

2° (zweitens) – Man konzentriert sich auf kleine und kleinst-Mächte, wie den Irak, Iran, Nord-Korea oder Kuba. Denn der einzige Weg, politisch im Zentrum einer Welt zu bleiben, deren ökonomische und demografische Achse sich immer mehr nach Ost-Asien verschiebt, besteht darin, gegen kleine Akteure, die man zu Schurken-staaten erklärt, vorzugehen.

3° (drittens) – Es werden immer neue Waffensysteme entwickelt, die den USA einen unaufholbaren Vorsprung im Rüstungswettlauf geben und ihnen die weltweite Kontrole über die Ressourcen des Planeten sichern. Doch dazu reichen, wie Emmanuel Todd ausführt, weder ihre militärischen noch ihre ideologischen Ressourcen auf längere Sicht aus.

Eine unabdingbare Voraussetzung für die Stabilität von Weltreichen, ist der Universalismus: die Fähigkeit, Menschen und Völker gleich zu behandeln. Der Erfolg Roms beruhte wesentlich darauf, daß alle Bürger der Kolonien vom Rechts-Status her, wie römische Bürger behandelt wurden. Auch Amerika's Macht blieb so lange legitim und unangefochten als es seine universellen Werte mit Erfolg exportierte; in seinen wichtigsten Protektoraten, Deutschland und Japan, Demokratie und wirtschaftliche Prosperität beförderte. Doch zum Unglück für die Welt ist die Abwendung vom Universalismus gegenwärtig die weltanschauliche Haupt-Tendenz in Amerika. In den letzten Jahrzehnten sind die USA, zusammen mit Groß-Brittanien, zur Speer-Spitze einer neo-liberalen Gegen-Reform geworden, die Ungleichheit und Ausgrenzung, sowohl in den Aussen- wie in den Innen-Beziehungen verschärft hat. Und das hat für bestimmte Gruppen mit geringem Einkommen, in der Mehrzahl Schwarze oder Hispanos, aber auch für viele Millionen weiße Amerikaner, Niedergang und Zerfall bedeutet. Etwa eine halbe Million Super-Reiche besitzen heute ein Drittel des gesamten, privaten Vermögens in den USA. Noch nie in ihrer Geschichte war die Kluft zwischen arm und reich so tief, die soziale Ungleichheit so krass, so himmelschreiend wie heute. Der Preis des brutalen Sozial-Abbaus, der Lohn-Drückerei und der Privatisierung sämtlicher Lebensrisiken, ist der fortschreitende Zerfall der US-Gesellschaft. Bush' Rede vom "Reich des

vom "Reich des Bösen" ist denn auch als klassische Projektion einer Gesellschaft zu verstehen, die ihr eigenes Böse nicht wahrhaben will: Abkehr vom Prinzip der Gleichheit, Abbau elementarer Bürgerrechte, rasanter Verfall der Demokratie, Aufstieg einer parasitären Plutokratie; die einzelnen konsumieren und das ganze Land leben auf Kredit; Gewalt und Kriminalität haben epidemische Ausmasse angenommen; immer häufiger wird die Todesstrafe verhängt. Aber auch in den Aussenbeziehungen ist seit langem ein Rückgang des egalitären Universalismus zu konstatieren, ablesbar am Verhältnis Washingtons zu anderen Staaten, ganz besonders im Umgang mit der arabischen Welt und dem Nah-Ost-Konflikt. Israel und die amerikanischen Juden wurden in das mentale System Amerika's integriert, die Araber bleiben - wie die Schwarzen und die Mexikaner - ausgeschlossen. Die einseitige Parteinahme für Israel und die Unfähigkeit der Amerikaner und der zionistischen Lobby, in den Arabern gleichberechtigte Menschen zu sehen, ist die sichtbarste Abkehr vom Universalismus. Mittlerweile trifft die ausgrenzende und diskriminierende Betrachtungsweise der US-Eliten auch die eigenen Verbündeten, wie die wiederholten Ausfälle des US-Verteidigungsministers und der US-Medien gegen die unbotmäßigen Vasallen des "alten Europa" gezeigt haben. Ein halbes Jahrhundert lang, schreibt Todd, standen die Vereinigten Staaten für politische und wirtschaftliche Freiheit, aber heute erscheinen sie immer mehr als ein Faktor der internationalen Un-Ordnung. Und wo sie können, fördern sie Instabilität und Konflikte. Tatsächlich betreiben Amerika's und Britanien's Führer genau das Gegenteil dessen, was sie zur Rechtfertigung ihres Präventiv-krieges anführen. Von Marokko bis Indonesien werden nicht die demokratischen Kräfte der islamischen Welt gestärkt, sondern deren Widersacher: Die klerikal-Faschisten und Terror-Profeten des heiligen Krieges gegen Kreuz-Zügler und Juden", wie Bin Laden seine Mission beschrieb. Sie können mit wachsendem Zulauf und vielen jungen, gewaltbereiten Rekruten rechnen. Die weitere, womöglich noch gefährlichere Botschaft des Bush-krieges lautet: Aufrüstung um jeden Preis! Denn das ist die ganz fatale Logik der jetzt laufenden Eroberung des Irak: nicht die Tatsache, daß Saddam Hussein über Massenvernichtungswaffen verfügt, hat in diesen krieg geführt - das genaue Gegenteil ist richtig: gerade, weil er noch nicht über solche Waffen verfügt, kann die US-Armee überhaupt einmarschieren. Denn hätte die irakische Armee auch nur zwei oder drei Langstrecken-

Raketen

Raketen mit Atom-Sprengkopf, wäre der Krieg ein völlig unkalkulierbares Risiko — Israel müßte um seine Existenz fürchten. Die zwingende Schlußfolgerung für jeden strategisch-denkenden Regierungs- oder Armee-Chef dieser Welt lautet daher, daß nur die perverse, alte Abschreckungslogik aus der Zeit des Kalten Krieges die einzig zuverlässige Versicherung gegen eine erzwungene Unterwerfung darstellten. Genau darum verbietet sich ein Krieg gegen Nord-Korea, weil dessen Regime die Funktionstüchtigkeit seiner Raketen regelmäßig unter Beweis stellt. So zerstört Amerika's Politik weltweit das Vertrauen, es könne jenseits des Schutzes durch die Abschreckung mit Massenvernichtungswaffen irgend eine Art von Sicherheit geben. Dieser Krieg wird die Welt nicht sicherer machen, sondern sie in einer Spirale der Aufrüstung treiben. Mit überlegener Militär-macht allein kann man wohl neue Länder und Protektorate erobern, das heißt: ein Imperium gewinnen — aber es nicht auf Dauer erhalten. Diese Erfahrung der Sowjets werden bald auch die Amerikaner machen, zumal sie die unabdingbare Voraussetzung für die Stabilität eines jeden Imperiums — nämlich die Gleichbehandlung seiner Bürger, Verbündeten und Vasallen — längst aufgegeben haben. Damit aber befördern die Herren des Weissen Hauses gerade das, was sie immer verhindern wollten: eine neue Euro-Asische Koalition, die sich gegen die amerikanischen Weltherrschafts-Ansprüche formiert. Die Umrisse einer solchen Koalition zeichnen sich bereits ab — in der beginnenden Emanzipation des "alten Europa" vom großen atlantischen Bruder, und dem neuen Bündnis kern — Europa's mit Russland. Nein, die Rambo's im Weissen Haus und ihr "hybrides" Projekt for a new Amerika" haben keine politische Zukunft. Auch wenn sie es in ihrem imperialen Allmachts-Rausch gar nicht bemerken: der Niedergang des Empire hat schon begonnen!

WDR III und NDR-kultur „Gedanken zur Zeit" — in Abänderung unseres Programms hörten Sie eine Sendung von Michael Schneider "Rambo ohne Zukunft? oder Hat der Niedergang des Amerikanischen Empire schon begonnen?" Es sprach Reinhard Becker — Redaktion Regine Gossmann.

tekst opgeschreven van opname cass. bandje BP.

ZEER BELANGRIJKE AMNESTY-RAPPORTEN

OVER UNIVERSELE JURISDICTIE, OVERZICHTEN HOE DIT GEREGELD IS IN DIVERSE LANDEN, EN DE VERPLICHTING OM DE NATIONALE WETGEVING AAN TE PASSEN IN DE AMNESTY INT. BIBLIOTHEEK

→ ZIE WWW.AMNESTY.ORG, DAN ONDER AAN HOME PAGE "BIBLIOTHEEK" DAN INVULLEN DE RAPPORTEN

- IOR 53/007/2001
- IOR 53/006/2001
- IOR 53/017/2001
- IOR 53/018/2001

EVENTUEEL OOK NOG ANDERE IN DEZE SERIE!

Sagittarius

Van: "Van Asseldonk"
Aan: "Sagittarius" <sagitar@HETNET.NL>
Verzonden: dinsdag 2 september 2003 16:59
Onderwerp: How to bring to justice

Ha Nico!

Wat een geweldig pak voer voor juristen heb je weer voor elkaar gekregen!! en nog wel in het engels ook! Heb je de hele hete zomer erop zitten broeden??Het ziet er schitterend uit. Ik krijg het gevoel dat je zo langzamerhand op dit terrein de autoriteit bij uitstek bent. Ik heb er al ijverig in gelezen en voel me er weer helemaal bij betrokken. Je vergelijkingen tussen Geneve en het Statuut van Rome doen er toe en vereisten monnikenwerk. Ook je betoog dat Nederland in dit opzicht achteruit gekacheld is! Nu nog de doven overtuigen...Ik hoop dat je toch nog je verdiende vacantie neemt en even de zinnen kunt verzetten!

Wij hebben in augustus juist een week bezinning gezocht bij filosofen in de Internationale School voor Wijsbegeerte, Leusden. Daar werd o.a. Derrida's boek 'Kracht van Wet, het mystieke fundament van gezag', behandeld. Chris had er nogal vraagtekens bij. Hij betoogt onder meer dat recht en wet altijd 'geweld' impliceert. Ik heb de inleider verteld dat Internationaal recht wel 'soft law' genoemd wordt om zijn geringe afdwingbaarheid. Je ziet, we proberen bij de les te blijven. Doe Neeltje de groeten en ook de Tribunaalvrienden en jij veel sterkte en succes gewenst van Chris en Ton

Deze e-mail is door E-mail Virus Scan van Het Net gecontroleerd op virussen. Zie voor meer informatie: http://www.hetnet.nl/evs/

Sagittarius

Van: "Van Asseldonk"
Aan: "Sagittarius" <sagitar@hetnet.nl>
Verzonden: donderdag 4 september 2003 16:04
Onderwerp: vergeten

Hei Nico,

ik vergat nog je voor te stellen je schitterende bundel 'How to bring to justice' naar het nieuwe IALANA- in Marburg te sturen (fijn dat het engelstalig is!!) en verder zal Phon er ook wel interesse in hebben! Je kunt er natuurlijk ook een betalingsverzoek bij doen. Of: ik mail ze beiden met veel lof en moedig ze aan het te bestellen. In dat geval is ook wel handig dat ik tevoren een eventuele prijs weet. (dan kan ik je trouwens voor ons exemplaar ook een giro sturen! |) Hartelijke groeten, Ton

---

Deze e-mail is door E-mail Virus Scan van Het Net gecontroleerd op virussen. Zie voor meer informatie: http://www.hetnet.nl/evs/

Sagittarius

Van: "Sagittarius" <sagitar@hetnet.nl>
Aan: "Van Asseldonk"
Verzonden: maandag 8 september 2003 12:15
Onderwerp: Re: vergeten

Bedankt voor je aardige woorden over mijn 'manual' ! Het was inderdaad een tijd vretende aktiviteit. Maar ik realiseer me maar al te goed dat er wellicht aan het Engels nog fundamele dingen niet deugen, wat de uiteindelijke kwaliteit natuurlijk niet ten goede komt. Zie je (grove)fouten of onbegrijpelijkheden, dan houd ik me aanbevolen.
Het is niet zozeeer mijn bedoeling om het in de verkoop te gooien, als wel om het op zo groot mogelijke schaal te verspreiden, via internet. Want het uiteindelijk doel is om te proberen, in zoveel mogelijk westerse landen, het voeren van juridische procedures aan te moedigen. Civiel- zo wel als strafrechtelijk.

Ik zou het dan ook fijn vinden als het doorstuurt naar IALANA !

hartelike groeten voor jullie beiden,

'Nico

---- Original Message ----
From: Van Asseldonk
To: Sagittarius
Sent: Thursday, September 04, 2003 4:04 PM
Subject: vergeten

Hei Nico,

ik vergat nog je voor te stellen je schitterende bundel 'How to bring to justice' naar het nieuwe IALANA-kantoor in Marburg te sturen (fijn dat het engelstalig is!!) en verder zal Phon er ook wel interesse in hebben! Je kunt er natuurlijk ook een betalingsverzoek bij doen. Of: ik mail ze beiden met veel lof en moedig ze aan het te bestellen. In dat geval is ook wel handig dat ik tevoren een eventuele prijs weet. (dan kan ik je trouwens voor ons exemplaar ook een giro sturen! |) Hartelijke groeten, Ton

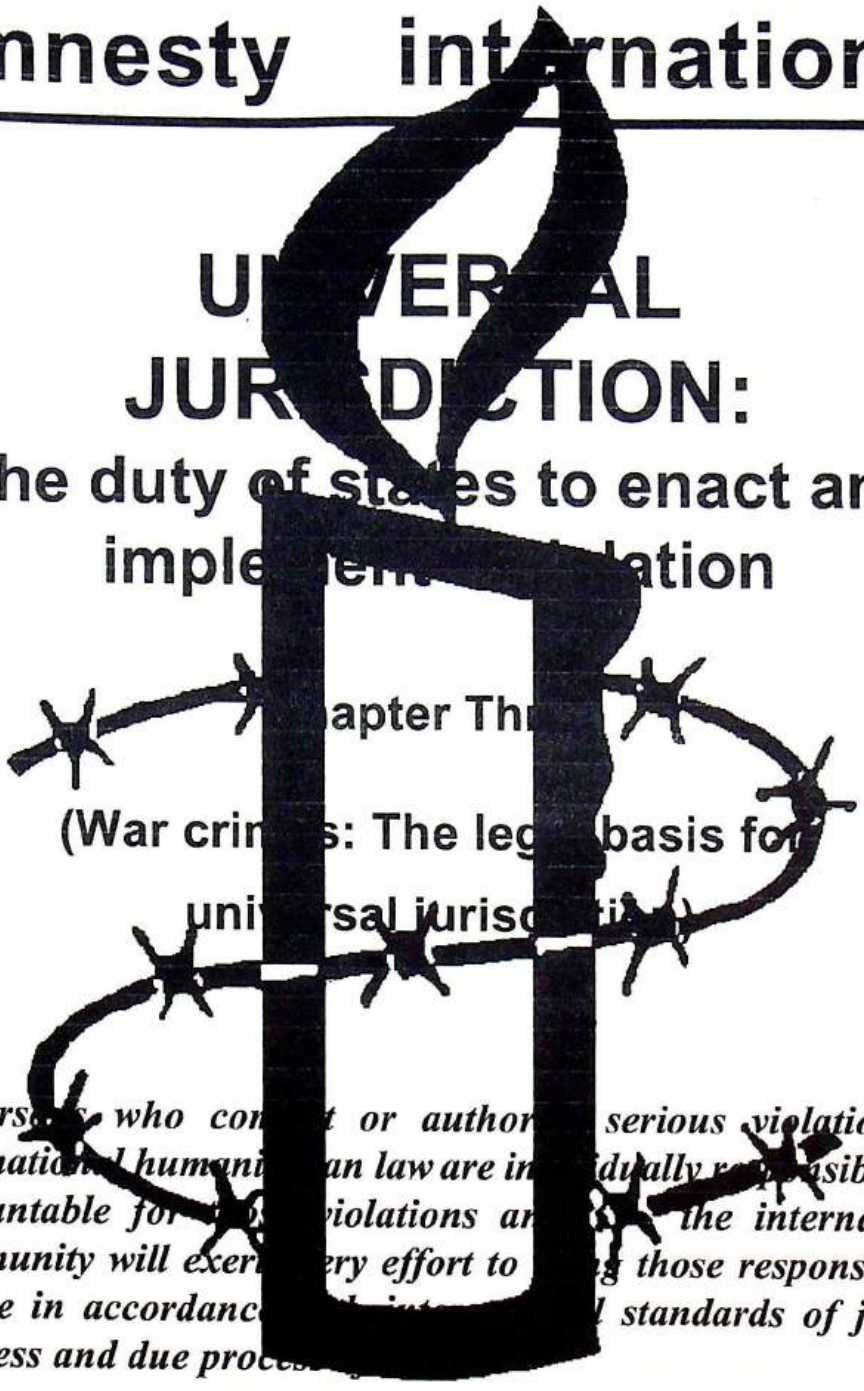
---

Deze e-mail is door E-mail Virus Scan van Het Net gecontroleerd op virussen. Zie voor meer informatie: http://www.hetnet.nl/evs/

amnesty international

UNIVERSAL JURISDICTION:

The duty of states to enact and implementation



Chapter Three

(War crimes: The legal basis for universal jurisdiction)

"[P]ersons who commit or authorize serious violations of international humanitarian law are individually responsible and accountable for such violations and ... the international community will exert every effort to bring those responsible to justice in accordance with international standards of justice, fairness and due process ..."

Security Council Resolution 1315 (2000) of 14 August 2000

September 2001
AI Index: IOR 53/005/2001
Distr: SC/CO/PG/PO

INTERNATIONAL SECRETARIAT, 1 EASTON STREET, LONDON WC1X 8DJ, UNITED KINGDOM



September 2001
AI Index: IOR 53/005/2001
Distr: SC/CO/PG/PO

INTERNATIONAL SECRETARIAT, 1 EASTON STREET, LONDON WC1X 8DJ, UNITED KINGDOM

TABLE OF CONTENTS
Chapter Three

I. THE *JUS COGENS* AND *ERGA OMNES* NATURE OF WAR CRIMES 1
A. *Jus cogens* 1
B. *Erga omnes* 2
C. Duty not to grant asylum to war crimes suspects 3

II. UNIVERSAL JURISDICTION OVER WAR CRIMES 5
A. War crimes under customary international law in international armed conflict ... 5
1. Scope of war crimes under customary international law 5
2. Universal jurisdiction over war crimes under customary international law during international armed conflict 7
B. Grave breaches of the Geneva Conventions and Protocol I 12
1. The scope of grave breaches 13
a. The scope of grave breaches of the Geneva Conventions 13
b. The scope of grave breaches of Protocol I 13
2. Universal jurisdiction over grave breaches 15
C. War crimes during non-international armed conflict 19
1. The three main categories of war crimes in non-international armed conflict 19
2. Universal jurisdiction over war crimes in internal armed conflict 20
D. Other war crimes 24
1. Attacks on cultural property 24
2. Attacks on UN and associated personnel 25

UNIVERSAL JURISDICTION:
The duty of states to enact and enforce legislation - Chapter Three

There is now little doubt that any state may exercise universal jurisdiction over most war crimes, whether committed during international or non-international armed conflict. The prohibition of war crimes is part of *jus cogens* (fundamental norms) and an obligation *erga omnes* (owed by all states to the international community as a whole) on all states to enforce. War crimes subject to universal jurisdiction encompass certain serious violations of international humanitarian law[1] during international armed conflict, including both crimes defined under customary international law and those defined in treaties, such as grave breaches of the Geneva Conventions and Protocol I. Although the term "war crimes" traditionally was limited to wars between states, war crimes are now considered to include certain serious violations of international humanitarian law committed during non-international armed conflict, including serious violations of common Article 3 of the Geneva Conventions, certain serious violations of Protocol II and some other conduct which, if it had been committed during an international armed conflict, would constitute war crimes.

I. THE *JUS COGENS* AND *ERGA OMNES* NATURE OF WAR CRIMES

A. *Jus cogens*

The prohibition of war crimes - which now include violations of international humanitarian law in non-international armed conflict - is part of *jus cogens*.[2] An eminent authority has explained, "*Jus cogens* refers to the legal status that certain international crimes reach. . . . . Sufficient legal basis exists to reach the conclusion that all of these crimes [including war crimes] are parts of the *jus cogens*".[3] As such, the prohibition is a peremptory norm of general international law which, as recognized in Article 53 of the 1969 Vienna Convention of the Law of Treaties, cannot be modified or revoked by treaty.[4] The

---

[1] The term "international humanitarian law" has now largely replaced the term "law of armed conflict". Both terms include violations of international customary and conventional law governing international and non-international armed conflict. Earlier terms, the "laws and customs of war" and the "laws of war", traditionally referred to customary and conventional international law governing international armed conflicts between states (and between a state and insurgent forces recognized as belligerents). *See generally Prosecutor v. Tadi•*, Case No. IT-94-1-AR72 (Appeals Chamber, 2 October 1995), para. 87.

[2] Decision of the Constitutional Court of Hungary, Case No. 53/1993 (X.13) (cited in Péter Mohacsi & Péter Polt, *Estimation of War Crimes and Crimes against Humanity According to the Decision of the Constitutional Court of Hungary*, 67 *Revue Internationale de Droit Pénal* 333, 335 (1996).

[3] M. Cherif Bassiouni, *International Crimes:* Jus Cogens *and* Obligatio Erga Omnes, 59 Law & Contemp. Prob. 63, 68 (1996).

[4] Vienna Convention on the Law of Treaties, U.N. Doc. A/CONF. 39/27 (1969), 63 Am. J. Int'l L. 875 (1969), Art. 53 (Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (jus cogens)). That article provides:

> "A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of states as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law

prohibition of war crimes is of the same nature as the prohibitions of genocide and crimes against humanity, which are recognized as *jus cogens* (see Chapter Five, Sections II and III and Chapter Seven, Section I) and states do not argue that the prohibition of war crimes is one which can ever be derogated from. Indeed, when genocide and crimes against humanity take place during armed conflict there is a considerable overlap with war crimes.

B. *Erga omnes*

The International Court of Justice has recognized, the jus *cogens* prohibition in international law of certain conduct is an obligation *erga omnes* (owed by all states to the international community). It is a duty which *all* states have a legal interest in ensuring is fulfilled:

> "[A]n essential distinction should be drawn between the obligations of a State toward the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State . . . By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have an interest of a legal nature in their protection; they are obligations *erga omnes*.
>
> Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law; others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character."[5]

The prohibitions of war crimes are "rules concerning the basic rights of the human person" which necessarily fall within the category of obligations *erga omnes*. It follows from this legal obligation *erga omnes* with respect to the prohibition of war crimes that any state may exercise universal jurisdiction over persons suspected of committing such crimes when other states are unable or unwilling to take effective steps to repress these crimes.[6]

---

having the same character."

Most of the provisions of the Vienna Convention are considered to reflect customary international law. Robert Jennings & Arthur Watts, 1 *Oppenheim's International Law* 1199 (London: Longman 9th ed. 1992) (paperback edition 1996).

[5] *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd.*, Judgment, 1972 ICJ Rep., paras 33-34. For further information on the scope of *erga omnes* obligations, see André de Hoogh,Obligations Erga Omnes *and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States* (Dordrecht: Kluwer Law International 1996); M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations* Erga Omnes (Oxford: Clarendon Press 1997). *See also* Bassiouni, *supra*, n. 3, 68.

[6] Virgina Morris & Michel P. Scharf, 1 *The International Criminal Tribunal for Rwanda* 306-307 (Transnational Publishers Inc. 1998) ("The exceptional conferral of jurisdiction on all States for crimes under international law, which is sometimes referred to as the principle of universal jurisdiction, is consistent with the unique character of the crimes, which are prohibited in the first instance by international law, rather than national law, as well as the *erga omnes* character of the rules which are of concern to all States.") (footnotes omitted); Bassiouni, *International Crimes, supra*, n. 3, 65-66 ("recognizing certain international crimes as *jus cogens* carries

However, as the extensive state practice, particularly legislation, cited in this memorandum confirms, states may exercise universal jurisdiction over a wide range of crimes under international law which do not violate *jus cogens* prohibitions or implicate *erga omnes* obligations. Indeed, states may exercise universal jurisdiction over ordinary crimes under national law.

C. Duty not to grant asylum to war crimes suspects

The concept of a duty of states not to shield persons found in their territory suspected of war crimes, but instead either to prosecute them or extradite them is consistent with the duty owed to the entire international community not to accord such persons asylum. States have repeatedly declared at the international level that persons responsible for war crimes may not be given asylum. Article 14 (2) of the 1948 Universal Declaration of Human Rights declares that the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution "may not be invoked in the cases of prosecutions genuinely arising from non-political crimes or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations." In 1951, the UN Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, convened under General Assembly Resolution 429 (V) of 14 December 1950, adopted the Convention relating to the Status of Refugees, which does not apply to persons suspected of war crimes, who have committed a serious non-political crime prior to admission or who were guilty of acts contrary to the purposes and principles of the UN.[7] In 1967, the General Assembly adopted the Declaration on Territorial Asylum. Article 1 (2) of that Declaration provides:

> "The right to seek and to enjoy asylum may not be invoked by any person with respect to whom there are serious reasons for considering that he has committed a crime against peace, a war crime or a crime against humanity in the international instruments drawn up to make provisions in respect of such crimes."[8]

---

with it a duty to prosecute or extradite . . . and universality of jurisdiction over such crimes irrespective of where they were committed") (footnotes omitted). *See also* Shabtai Rosenne, *Some Reflections* Erga Omnes, *in* A. Anghie & G. Sturgess, eds, *Legal Visions of the 21st Century: Essays in Honour of Judge Christopher Weeramantry* 509 (The Hague/London/Boston: Kluwer Law International 1998).

[7] Article 1.F states in full:

"The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

(a) He has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;

(b) He has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee;

(c) He has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations."

U.N. Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons convened under General Assembly Resolution 429 (V) of 14 December 1950, adopted on 28 July 1951, Art. 1 (F). War crimes are not political crimes and it is self evident that they are contrary to the purposes and principles of the UN. For a discussion of the scope of these exclusions, see Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* 95-114 (Oxford: Clarendon Press 2nd ed. 1996).

[8] U.N. G.A. Res. 2312, 22 U.N. G.A.O.R. Supp. (No. 16) at 81, U.N. Doc. A/67/16 (1967) of 14 December 1967, adopting the Declaration on Territorial Asylum.

The Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), in an important statement on this question on 20 October 2000, has declared that states are under a duty not to grant asylum to persons suspected of war crimes and other crimes under international law who flee to avoid criminal responsibility.[9]

It is a necessary corollary of this shared duty that no state may send suspects to a state which will give the person asylum and impunity. Instead, the state must send the suspect to a state able and willing to investigate and prosecute. If no such state can be found, the state where the suspect is located should not let the suspect have *de facto* asylum, but should investigate and, if there is sufficient admissible evidence, prosecute the suspect itself.

[9] Inter-American Commission on Human Rights, Organization of American States, *Asylum and International Crimes*, 20 October 2000. This statement, which deserves quoting in full, declares:

> "Asylum is an institution that provides for the protection of individuals whose life or liberty is threatened or endangered by acts of persecution or violence stemming from the acts or omissions of a State. One form, political asylum, has been especially well-developed in Latin America. States have accepted that there are limits to asylum, based on several sources of international law, including that asylum cannot be granted to persons with respect to whom there are serious indicia that they may have committed international crimes, such as crimes against humanity (which include the forced disappearance of persons, torture, and summary executions), war crimes, and crimes against peace.
>
> According to article 1(1) of the American Convention on Human Rights, the States have an obligation to prevent, investigate, and punish any violation of the rights recognized therein. The IACHR has stated previously that the evolution of the standards in public international law has consolidated the notion of universal jurisdiction, whereby any State has the authority to "prosecute and sanction individuals responsible for such international crimes, even those committed outside of a State's territorial jurisdiction, or which do not relate to the nationality of the accused or of the victims, inasmuch as such crimes affect all of humanity and are in conflict with public order in the world community." [IACHR, Recommendations on Universal Jurisdiction and the International Criminal Court, Annual Report 1998, Ch. VII.] The Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture and the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons expressly provide that a State party should take the measures necessary to establish its jurisdiction over the crimes provided for in those instruments when the alleged offender is within its jurisdiction and it does not extradite him/her.
>
> Based on the foregoing considerations, the Inter-American Commission should note that the institution of asylum is totally subverted by granting such protection to persons who leave their country to elude a determination of their liability as the material or intellectual author of international crimes. The institution of asylum presupposes that the person seeking protection is persecuted in his or her state of origin, and is not supported by it in applying for asylum.
>
> In view of the foregoing considerations, the Inter-American Commission on Human Rights, in the exercise of the power conferred on it by Article 41(b) of the American Convention, hereby recommends to the Member States of the OAS that they refrain from granting asylum to any person alleged to be the material or intellectual author of international crimes."

II. UNIVERSAL JURISDICTION OVER WAR CRIMES

A. War crimes under customary international law in international armed conflict

1. Scope of war crimes under customary international law

War crimes under customary international law during international armed conflict fall into several categories.[10]

First, many of the prohibitions in the 1907 Hague Convention (Hague Convention IV) and the annexed Regulations (Hague Regulations) (which date to the Hague Convention II of 1899 and its annexed Regulations) have been considered to be war crimes under customary international law at least since the Second World War.[11] These prohibitions include, but are not limited to, harm to family honour and rights, lives of persons, private property and religious convictions and practice (Article 46), collective punishments (Article 50), excessive requisitions and compelling inhabitants to take part in military operations against their own country (Article 52) and seizure, destruction or damage of certain cultural property (Article 56).[12] Other articles of the Hague Regulations which are now considered to reflect

[10] The brief summaries in this section concerning international humanitarian law may be useful in clarifying the extent to which national legislation gives courts the extraterritorial jurisdiction which they are permitted or required to exercise under international law over war crimes. National legislation sometimes differs in whether courts may exercise jurisdiction over particular war crimes, for example with respect to crimes under customary international law or crimes in particular treaties. Moreover, the definitions in the Rome Statute are not always as comprehensive as the definitions under international humanitarian law and not all violations of international humanitarian law are included in the jurisdiction of the International Criminal Court. These summaries may also be helpful to those working to strengthen national legislation and jurisprudence.

[11] As of 1 September 2001, 35 states are parties to the Hague Convention IV (Austria-Hungary, Belarus, Belgium, Bolivia, Brazil, China, Cuba, Denmark, Dominican Republic, El Salvador, Ethiopia, Fiji, Finland, France, Germany, Guatemala, Haiti, Japan, Liberia, Luxembourg, Mexico, the Netherlands, Nicaragua, Norway, Panama, Poland, Portugal, Romania, Russian Federation, South Africa, Sweden, Switzerland, Thailand, the United Kingdom and the United States. English translations in Adam Roberts & Richard Guelf, 69 (Oxford: Oxford University Press 3rd ed. 2000); 9 U.K.T.S. (Cmd 5030 1910); 112 United KingdomParl. Pap. 59 (1910); 2 Am. J. Int'l L. 90 (Supp. 1908). As of this date, 15 have signed, but not yet ratified, it (Argentina, Bulgaria, Chile, Colombia, Ecuador, Greece, Iran (Islamic Republic of), Italy, Montenegro, Paraguay, Peru, Serbia, Turkey, Uruguay and Venezuela). The low number of ratifications is explained in part because subsequent international humanitarian law treaties have, to a considerable extent, replaced the Hague Convention and its Regulations. The text of the Hague Convention of 1899 and its annexed Regulations in French, together with the changes made in 1907, can be found in Dietrich Schindler & Jiří Toman, *Droit des Conflits Armés : Recueil des conventions, résolutions et autres documents* 65 (Genève : Comité international de la Croix-Rouge et Institut Henri Dunant 1996).

[12] The Nuremberg Tribunal concluded that the proposition that violations of Articles 46, 50, 52 and 56 of the Hague Regulations "constituted crimes for which the guilty individuals were punishable is too well settled to admit of argument" and that "by 1939 these rules laid down in the Convention were recognized by all civilized nations, and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war". Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals (with the dissenting opinion of the Soviet Member) - Nuremberg 30th September and 1st October 1946 (Nuremberg Judgment), Cmd. 6964, Misc. No. 12, 64, 65 (London: H.M.S.O. 1946). At least one leading authority on international humanitarian law has suggested that the International Military Tribunal at Nuremberg considered that the entirety of the Hague Regulations were part of

international customary law, at least in part, include Articles 4 (humane treatment), 23 (c) (prohibition of killing or wounding enemy who have surrendered), 23 (g) (prohibition of destruction or seizure of enemy property), 23 (h) (declaring legal rights of hostile nationals abolished or suspended), 27 (protection of cultural property), 28 (prohibition of pillaging), 44 (prohibition of compelling inhabitants of occupied territory to supply miltary information).[13]

Article 1 of Hague Convention IV requires states to issue instructions to their armed land forces which are in conformity with the Regulations, but it does not expressly require that they enact legislation for the punishment of those responsible for violations. A number of states (identified in Chapter Four, Section II) are known to have enacted legislation giving their courts universal jurisdiction over war crimes, which would necessarily include conduct amounting to violations of Hague Convention IV and its Regulations. A large number of these violations fall within the jurisdiction of the International Criminal Court under Article 8 (2) (b) of the Rome Statute.[14] Many violations of international humanitarian law

---

customary law. Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms* 39 (Oxford: Clarendon Press 1989) (contrasting the views of this Tribunal with that of the International Military Tribunal for the Far East (Tokyo Tribunal)).

The military tribunal in *United States v. Von Leeb* (*High Command* Case), 11 *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Triunals under Control Council Law No. 10* (*Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*) 462, 532-533 (Nuemberg, October 1946-April 1949) (Washington, D.C. U.S. Government Printing Office 1949-1953) (15-volume series), reached a similar conclusion to that of the Nuremberg Tribunal.

[13] The Appeals Chamber of the Yugoslavia Tribunal and the UN Secretary-General have also recognized that the Hague Regulations are part of customary international law. *Prosecutor v. Tadi•*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, 2 October 1995, para. 87 (citing approvingly the Report of the Secretary-General on the establishment of the Yugoslavia Tribunal indicating that the Hague Regulations are an important part of international humanitarian law); Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council resolution 808 (1993), presented 3 May 1993, U.N. Doc. S/25704, para. 35 ("The part of conventional international humanitarian law which has beyond doubt become part of international customary law is the law applicable in armed conflict as embodied in: . . . the Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and the Regulations annexed thereto of 18 October 1907 . . .".).

The United States considers that the general principles of the 1907 Hague Conventions and the 1929 Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War to be "declaratory of the customary law of war to which all States are subject". U.S. Army, *The Law of Land Warfare* (Field Manual, FM-27-10 18 July 1956, as amended 15 July 1976), Foreword.

Scholars have confirmed that articles of the Hague Regulations in addition to Articles 46, 50, 52 and 56 reflect customary international law. *See* Christopher Greenwood, *UK War Crimes Act 1991*, in Hazel Fox & Michael A. Meyer, *Effecting Compliance* 215, 226 (Articles 4, 23 (c) and 46); Meron, *Human Rights and Humanitarian Law Norms, supra*, n. 12, 46-47 (Articles 23 (g), 23 (h), 27, 28 and 44).

[14] The articles of the Rome Statute which are based, to a greater or lesser extent, on provisions of Hague Regulations include: Rome Statute, Art. 8 (2) (b) (v) (attacking or bombarding undefended civilian places) (Hague Regulations, Art. 25); Rome Statute, Art. 8 (2) (b) (vi) (attacks on persons *hors de combat*) (Hague Regulations, Art. 23 (c)); Rome Statute, Art. 8 (2) (b) (vii) (improper use of insignia and uniforms) (Hague Regulations, Art. 23 (f)); Rome Statute, Art. 8 (2) (b) (ix) (perfidy) (Hague Regulations, Art. 23 (b)); Rome Statute, Art. 8 (2) (b) (xii) (Hague Regulations, Art. 23 (d)); Rome Statute, Art. 8 (2) (b) (xiii) (destruction of enemy property) (Hague Regulations, Art. 23 (g));Rome Statute, Art. 8 (2) (b) (deprivation of legal rights) (Hague Regulations, Art. 23 (h)); Rome Statute, Art. 8 (2) (b) (xv) (compelling participation in military operations against one's own country) (HagueRegulations, Art. 23, final para.); Rome Statute, Art. 8 (2) (b) (xvi) (pillage)(Hague Regulations, Art. 28); Rome Statute, Art. 8 (2) (b)

treaties other than Hague Convention IV and its Regulations, including grave breaches of the the Geneva Conventions of 1949 and of Protocol I are considered part of customary international law, but they are often treated independently in legislation and jurisprudence, so they are discussed separately in Section II.B.1 of this chapter.[15] In addition to these provisions, there are a number of of important war crimes during international armed conflict which are now widely accepted as part of customary international humanitarian law, as evidenced in part by their inclusion in the Rome Statute, such as rape and other forms of sexual violence (see Section II.C.1 of this chapter).[16]

2. Universal jurisdiction over war crimes under customary international law during international armed conflict

Jurisprudence of international criminal courts, statements by expert and political bodies of intergovernmental organizations and their experts, scholarly authority and the ICRC all recognize that war crimes committed during international armed conflict are subject to universal jurisdiction.

Permissive universal jurisdiction. The United Nations War Crimes Commission noted in 1948 that a number of the Allied military courts and commissions exercised universal jurisdiction over war crimes committed during the Second World War. In the foreword to the final volume of the Commission's collection of law reports on these trials, its Chairman, Lord Wright of Durley, concluded:

> "As to jurisdiction the traditional rule is that a Military Court, whether national or international, derives its jurisdiction over war crimes from the bare fact that the person charged is within the custody of the Court ; his nationality, the place where the offence was committed, the nationality of the victims are not generally material. This has been sometimes described as universality of jurisdiction as being contrary to the general rule that courts have a jurisdiction limited to the national territory or to the nationality of the injured person. In certain trials dealt with in these Reports, the accused came from several different nations and so also did the victims, and in some trials the crimes were committed on the High Seas or in allied or enemy countries."[17]

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (Yugoslavia Tribunal) has stated that crimes within its jurisdiction, which include war crimes under customary international law, are subject to

---

(xvii) (poison or poisoned weapons) (Hague Regulations, Art. 23 (a). In addition, some of these prohibitions are recognized in the Rome Statute as applying to non-international armed conflict (see Section II.C.1 of this chapter).

[15] Authorities confirming that the grave breaches provisions of the Geneva Conventions reflect customary international law include: U.S. Army, *The Law of Land Warfare* 181 (Field Manual, FM-27-10 18 July 1956, as amended 15 July 1976); Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* 45-50 (1989). The full scope of customary international humanitarian law is likely to be known in 2001 when the comprehensive study by the International Committee of the Red Cross of this subject is published by Cambridge University Press.

[16] Rome Statute, Art. 8 (2) (b) (xxii) (rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization or any other form of sexual violence also constituting a grave breach of the Geneva Conventions).

[17] Lord Wright of Durley, *Foreword,* 15 United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals* x (London: H.M.S.O. 1949). *See also* United Nations War Crimes Commission, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War* 232 (1948) (stating that "a violation of the laws of war constitutes both an international and a national crime, and is therefore justiciable both in a national and international court.").

universal jurisdiction.[18] The Inter-American Commission on Human Rights has recommended that "the member States of the Organization of American States adopt such legislative and other measures as may be necessary to invoke and exercise universal jurisdiction in respect of individuals in matters of . . . war crimes."[19] Scholars agree that states may exercise universal jurisdiction over war crimes under customary international law committed in international armed conflict.[20] In July 2000, the International

[18] The Trial Chamber of the Yugoslavia Tribunal in the *Tadi•* case stated:

"Before leaving this question relating to the violation of the sovereignty of States, it should be noted that the crimes which the International Tribunal has been called upon to try are not crimes of a purely domestic nature. They are really crimes which are universal in nature, well recognized in international law as serious breaches of international humanitarian law, and transcending the interest of any one State. The Trial Chamber agrees that in such circumstances, the sovereign rights of States cannot and should not take precedence over the right of the international community to act appropriately as they affect the whole of mankind and shock the conscience of all nations of the world. There can therefore be no objection to an international tribunal properly constituted trying these crimes on behalf of the international community."

Prosecutor v. Tadi•, Decision on the defence motion on jurisdiction, Case No. IT-94-1-T (Trial Chamber 10 August 1995), para. 42. *See also Prosecutor v. Tadi•*, Decision on the Prosecutor's motion requesting protective measures for victims and witnesses, Case No. IT-94-T (Trial Chamber 10 August 1995), para. 28 ("[T]he International Tribunal is adjudicating crimes which are considered so horrific as to warrant universal jurisdiction."); *Prosecutor v. Tadi•*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, Case No. IT-94-1-AR72 (Appeals Chamber 2 October 1995), para. 58 ("It would be a travesty of law and a betrayal of the universal need for justice, should the concept of State sovereignty be allowed to be raised successfully against human rights. Borders should not be considered as a shield against the reach of the law and as a protection for those who trample underfoot the most elementary rights of humanity.") (citing approvingly the same point made by the French *Cour de Cassation* in the *Barbie* case).

[19] Inter-Amer. Comm'n Hum. Rts, OAS, Rec. 21, OEA/Ser/L/V/II/.101 Doc. 70, 8 December 1998, *obtainable from* http://www.iachr.org.

[20] M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Law* 235 (Dordrecht/London/Boston: Kluwer Law International 2d ed.1999) ("War crimes are also among the limited number of offences subject to universal jurisdiction under customary international law."); Richard R. Baxter, *The Municipal and International Law Basis of Jurisdiction over War Crimes*, 28 Brit. Y.B. Int'l L. 382 (1951); G. Brand, *The War Crimes Trials and the Laws of War*, 26 Brit. Y.B. Int'l L. 414, 416 (1949) ("[T]he doctrine of the universality over war crimes is now generally accepted."); Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* 308 (Oxford: Oxford University Press 5th ed.1998) ("It is now generally accepted that breaches of the laws of war, and especially of the Hague Convention of 1907 and the Geneva Conventions of 1949, may be punished by any state which obtains custody of persons suspected of responsibility."); A.R. Carnegie, *Jurisdiction over Violations of the Laws and Customs of War*, 39 Brit. Y.B. Int'l L. 402, 424 (1963) ("[T]he development of the law in this field seems to be moving towards a recognition of universal jurisdiction over all serious war crimes; and it would not seem unreasonable to conclude that this recognition was already complete."); Eric David, *Principes de Droit des Conflits Armés* 632 (*"Le droit (et même le devoir . . .) pour les Etats de poursuivre les auteurs de crimes de guerre leur confère une juridiction 'universelle' :* ubi te invenero, ibi te judicabo.") ("The right (and even the duty . . .) of States to prosecute the perpetrators of war crimes confers upon them a 'universal' jurisdiction: *ubi te invenero, ibi te judicabo*) [wherever I find you, there I will try you]) (English translation by Amnesty International); 633-634 (citing state practice), 701-702 (stating that states have an *aut dedere aut judicare* duty - see below in this section) (Bruxelles: Editions Bruylant 2d ed.1999) (*aut dedere aut judicare* obligation); Yoram Dinstein, *The Universality Principle and War Crimes*, in Michael Schmitt & Leslie Green, eds, *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millenium*, 71 Int'l L. Stud. 17, U.S. Naval War College (1998) ("Patently, war crimes can be assimilated to piracy in the frame of reference of universality of jurisdiction.") (footnote omitted); Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier & Alain Pellet, *Droit International Public* 632-633 (Paris: Librairie

Law Association endorsed the conclusion of its Committee on Human Rights Law and Practice that "[g]ross human rights offences in respect of which states are *entitled* under international customary law to exercise universal jurisdiction include . . . war crimes [as defined in Article 8 of the Rome Statute]".[21]

Générale de Droit et de Jurisprudence 5th ed. 1994) (citing examples); Bernard Graefrath, *Universal Criminal Jurisdiction and an International Criminal Court*, 1 Eur. J. Int'l L., 67, 68 (1990); L.C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 269 (Manchester: Manchester University Press 1993); *Greenspan's Modern Law of Land Warfare* 420 (1959); Christopher Greenwood, *UK War Crimes Act 1991*, in Hazel Fox & Michael A. Meyer, *Effecting Compliance* 215, 222 (London: British Institute of International and Comparative Law 1993) ("The Hetherington Report made clear that the laws of war were already well established by the time of World War II, that it was generally accepted that individuals who committed violations of those laws were liable to punishment as war criminals and that, under international law, war crimes were crimes of universal jurisdiction by 1939, so that any state was entitled to try someone for violations of the laws of war."); Rosalyn Higgins, *Problems and Processes: International Law and How We Use it* 59 (Oxford: Oxford University Press 1992) ("from the perspective of international law, there is clear universal jurisdiction to try and punish war crimes"); Christopher Joyner, *Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability*, 59 Law & Contemp. Prob. 153, 165, 168 ("Every state may prosecute violations of modern fundamental norms of international law, particularly those relating to war crimes and crimes against humanity"), 169 (1996); F.A. Mann, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, 113-1 *Recueil des Cours*, 9, 95 n. 188 (1964) (accepting that Israel could exercise universal jurisdiction over Eichmann, who had been charged with war crimes, as well as other crimes); Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* 113 (London and New York: Routledge 7th ed.1997) (war crimes "are a violation of international law, directly punishable under international law itself (and thus universal crimes), and they may be dealt with by national courts or by international tribunals"); Theodor Meron, *International Criminalization of Internal Atrocities*, 89 Am. J. Int'l L. 554, 573 (1995) ("Universal jurisdiction over war crimes means that all states have the right under international law to exercise criminal jurisdiction over the offenders."); Kenneth C. Randall, *Universal Jurisdiction under International Law*, 66 Tex. L. Rev. 785, 814 (1988) ("[T]he *Eichmann* judgments persuasively demonstrate the legitimacy of universal jurisdiction over war crimes"); Steven R. Ratner & Jason S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law* 162 (the list of crimes subject to universal jurisdiction "would appear to include at least . . . war crimes"), 165 ("[C]ustomary law would seem to recognize universal jurisdiction over a broader range of war crimes than those listed as grave breaches of the conventions or Protocol I.") (footnote omitted) (Oxford: Clarendon Press 2nd ed.2000); *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987), § 404 ("A state has jurisdiction to define and prescribe punishment for certain offences recognized by the community of nations as of universal concern, such as . . . war crimes . . ."); Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law* 121 (universal jurisdiction permisible over war crimes which amount to grave breaches of the Geneva Conventions), 195 (concluding that extra-legal executions would open the perpetrators to trial or extradition under general international law wherever they may be when the killings amounted to serious violations of the laws and customs of war) (Oxford: Clarendon Press 2nd ed. 1999); Michael P. Scharf, *The ICC's Jurisdiction over the Nationals of Non-Party States: A Critique of the U.S. Position*, 63 Law & Contemp. Probs 67, 91 (2000) ("Since Nuremberg, it has been uniformly recognized that war crimes are crimes of universal jurisdiction under customary law.") (footnote omitted); Georg Schwarzenberger, *The Eichmann Judgment: An Essay in Censorial Jurisprudence*, 15 Curr. Leg. Probs 248, 256 (1962) (stating with respect to Eichmann's crimes, which included war crimes, "It would, be hard to point to evidence of a rule of international law prohibiting the assumption of criminal jurisdiction against an accused actually present in the territory of a sovereign State for crimes he is accused of having committed against foreign nationals abroad."); Malcolm N. Shaw, *International Law*, 471 (4th ed. 1997) ("War crimes are now accepted by most authorities as subject to universal jurisdiction."); Rüdiger Wolfrum, *The Decentralized Prosecution of International Offences through National Courts*, 24 Isr. Y.B. Int'l L. 183, 190 (1994).

[21] International Law Association, Res. 9/2000, adopted at the 69th Conference, London, 25-29 July 2000 (emphasis in original). For the text, see Introduction, footnote 6.

The International Law Commission has indicated that war crimes are subject to universal jurisdiction. In its 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (1996 Draft Code of Crimes), Article 8 provides that, "[w]ithout prejudice to the jurisdiction of an international criminal court, each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over [war crimes], irrespective of where or by whom those crimes were committed."[22] It explained that the 1996 Draft Code of Crimes provides that "the national courts of States Parties would be entitled to exercise the broadest possible jurisdiction over . . . war crimes under the principle of universal jurisdiction."[23] Article 20 of the 1996 Draft Code of Crimes includes a broad range of war crimes in international armed conflict. Principle 5 of the draft UN Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of International Human Rights and Humanitarian Law (Van Boven-Bassiouni Principles) provides that "States shall incorporate within their domestic law appropriate provisions providing for universal jurisdiction over crimes under international law."[24]

The International Committee of the Red Cross (ICRC) has frequently stated that states may exercise universal jurisdiction over some war crimes under customary international law committed during international armed conflict.[25]

Extradite or prosecute obligation. A number of authorities have concluded that states not only *may* exercise universal jurisdiction over war crimes under customary international law during international armed conflict, but also that under the principle of *aut dedere aut judicare* (extradite or prosecute) they *must* exercise such jurisdiction or extradite persons suspected of such crimes to a state able and willing to do so or surrender the suspect to an international criminal court with jurisdiction over the crime and suspect.

The international community has made clear on a number of occasions that states have a duty to investigate war crimes wherever they have been committed and, where there is sufficient evidence, to prosecute. In 1973, the General Assembly declared that "war crimes . . ., wherever they are committed, shall be subject to investigation and the persons against whom there is evidence that they have

[22] International Law Commission, Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Eighth Session (1996 ILC Report) , U.N. Doc. A/51/50, 1996 Draft Code of Crimes, Art. 8.

[23] *Ibid.*, Commentary to Article 9.

[24] UN Commission on Human Rights Independent Expert on the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of grave violations of human rights and fundamental freedoms, Draft Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of International Human Rights and Humanitarian Law (Final Draft), 18 January 2000, U.N. Doc. E/CN.4/2000/62 (2000), Principle 5.

[25] *See, for example,* ICRC, *International Criminal Court: State consent regime v. universal jurisdiction* 2 -3 (1998); ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, 1011 (Yves Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno Zimmerman, eds 1987) (*ICRC Commentary on the Additional Protocols*),; ICRC, Statement to the Sixth Committee, General Assembly, 28 October 1996, 3. The XXVIth International Conference of the Red Cross and Red Crescent has also recalled "the obligation of States to repress violations of international humanitarian law" and urged states "to increase international efforts" and "to bring before courts and punish war criminals and those responsible for serious violations of international humanitarian law".

committed such crimes shall be subject to tracing, arrest, trial and if found guilty, to punishment".[26] On 17 July 1998, the international community reaffirmed the fundamental obligation of every state to bring to justice at the national level those responsible for war crimes by exercising its jurisdiction over those responsible for these crimes. In the Preamble of the Rome Statute, the states parties: (1) affirm "that the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at the national level and by enhancing international cooperation"; (2) determine "to put an end to impunity for the perpetrators of these crimes"; and (3) recall "that it is the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes".[27] In addition, the fundamental principle of complementarity incorporated in Article 17 envisages that states retain the primary responsibility to investigate and prosecute crimes under international law. Nothing in the General Assembly resolutions or the Preamble to the Rome Statute limits this duty to the exercise of territorial jurisdiction.[28] Other authorities have come to the same conclusion.[29] Indeed, as Amnesty International has concluded, it is fully consistent with the purposes of the Statute, as

[26] UN Principles of international co-operation in the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity, adopted by the General Assembly in Resolution 3074 (XXVIII) of 3 December 1973. This resolution spells out an extensive list of obligations of states to cooperate in the investigation and prosecution of war crimes (See discussion in Chapter Five, Section III.C). In 1971, the General Assembly had urged all states "to take measures in accordance with international law to put an end to and prevent war crimes and crimes against humanity and to ensure the punishment of all persons guilty of such crimes, including their extradition to those countries where they have committed such crimes." G.A. Res. 2840 (XXVI) of 31 October 1971. Although the focus was on extradition of persons taking refuge in other countries, the wording clearly suggests that extradition to territorial states was only one option for bringing persons to justice for such crimes.

[27] Rome Statute, Preamble, paras. 4-6. The phrase "its criminal jurisdiction" includes not only a state's jurisdiction under its own national law, but also its jurisdiction under international law.

[28] As the editor of the leading commentary on the Rome Statute has concluded, this paragraph "was deliberately left ambiguous". Otto Triffterer, *Preamble*, in Otto Triffterer, ed., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article* 1, 13 (Baden-Baden, Germany: Nomos Verlagsgesellschaft 1999). He cited the description by the delegate of Samoa, Roger S. Clark, who participated in the drafting of this paragraph, of paragraph 6 as "a sort of Martens clause which insists that just because the others are not expressly dealt with this does not mean that there is now impunity for them". *Id.*

[29] *See, for example,* David, *supra*, n. 20, 632, 701-702 (*"L'obligation de répression des crimes de guerre prend la forme, comme pour bien d'autres infractions internationales, de l'alternative* aut dedere aut judicare *ou* aut prosequi. *Elle oblige tout Etat à rechercher les auteurs de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité et, soit à les poursuivre pénalement pour ces faits quels que soient la nationalité des auteurs, celles des victimes et le lieu où les faits ont été commis, soit à extrader les auteurs, selon le droit de l'Etat requis, vers tout Etat qui les réclame aux fins de poursuites. L'Etat doit donc exercer une compétence pénale dite universelle à l'égard de l'auteur d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité, ou à défaut, il doit l'extrader dans les conditions prévues par sa législation vers un Etat intéressé."*); Dinstein, *Univerality Principle, supra*, n. 20, 30 (stating with respect to the universal jurisdiction to prescribe concerning war crimes: "Every State has a right - and indeed a duty - to enact any enabling legislation to lay the foundation for the domestic prosecutor and punishment of international offenders."); L. C. Green, *Political Offences, War Crimes and Extradition*, 11 Int'l & Comp. L. Q. 329 (1962); Robert G. Neumann, *Neutral States and the Extradition of War Criminals*, 45 Am. J. Int'l L. 495 (1951). In addition, the International Law Association in 1985 declared that states had an *aut dedere aut judicare* obligation with respect to war crimes. International Law Association, Rec. 7, *Report of the Sixty-First Conference* (London 1985) ("No state may refuse to try or extradite a person accused of [a] . . . war crime. . .".).

outlined in the Preamble, to read this as an affirmation of a duty of every state to exercise its jurisdiction to the extent permitted by international law, rather than as limited by current national legislation.

Two years before the adoption of the Rome Statute, the International Law Commission in Article 9 of the 1996 Draft Code of Crimes provided: "Without prejudice to the jurisdiction of an international criminal court, the State Party in territory of which an individual alleged to have committed a crime set out in [Article 20 on war crimes] is found shall extradite or prosecute that individual." The International Law Commission explained that Article 9 established "the general principle that any State in whose territory an individual alleged to have committed [a war crime] is present is bound to extradite or prosecute the alleged offender".[30] It added that the "fundamental purpose" of the *aut dedere aut judicare* principle reflected in Article 9 "is to ensure that individuals who are responsible for particularly serious crimes are brought to justice by providing for the effective prosecution and punishment of such individuals by a competent jurisdiction."[31]

As demonstrated below in Chapter Four, Section II, there is extensive state practice at the national level concerning universal jurisdiction over war crimes under international customary law committed during international armed conflict.

B. Grave breaches of the Geneva Conventions and Protocol I

The 189 states parties to the Geneva Conventions, 1 September 2001, and 158 states, as of the same date, which are parties to Protocol I *may* exercise universal jurisdiction over a particularly serious class of war crimes in international armed conflict - grave breaches of those treaties.[32] Grave breaches of the Geneva

[30] 1996 Draft Code of Crimes, Art. 9, Commentary, para. 2. International Law Commission, Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Eighth Session, 51 U.N. G.A.O.R. Supp. (N.10) at 9, U.N. Doc. A/51/10 (1996).

[31] *Ibid.*

[32] All but two of the 189 UN Members (Marshall Islands and Nauru are the only exceptions) and both UN Observer states, the Holy See and Switzerland, were parties to the Geneva Conventions of 1949 as of 1 September 2001. The following states were parties to Protocol I as of the same date: Albania, Algeria, Angola, Antigua and Barbuda, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bahamas, Bahrain, Bangladesh, Barbados, Belarus, Belgium, Belize, Benin, Bolivia, Bosnia and Herzegovina, Botswana, Brazil, Brunei Darussalam, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Cambodia, Cameroon, Canada, Cape Verde, Central African Republic, Chad, Chile, China, Colombia, Comoros, Congo, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croatia, Cuba, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Democratic People's Republic of Korea, Democratic Republic of the Congo, Djibouti, Dominica, Ecuador, Egypt, El Salvador, Equatorial Guinea, Estonia, Ethiopia, Finland, France, Gabon, Gambia, Georgia, Germany, Ghana, Greece, Grenada, Guatemala, Guinea, Guinea-Bissau, Guyana, Holy See, Honduras, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Jamaica, Jordan, Kazakhstan, Kenya, Kuwait, Kyrgyzstan, Lao People's Democratic Republic, Latvia, Lebanon, Lesotho, Liberia, Libyan Arab Jamahiriya, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Madagascar, Malawi, Maldives, Mali, Malta, Mauritania, Mauritius, Mexico, Micronesia (Federated States of), Republic of Korea, Monaco, Mongolia, Mozambique, Namibia, Netherlands, New Zealand, Nicaragua, Niger, Nigeria, Norway, Oman, Palau, Panama, Paraguay, Peru, Poland, Portugal, Qatar, Republic of Moldova, Romania, Russian Federation, Rwanda, Saint Kitts and Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent and the Grenadines, Samoa, San Marino, SaoTome and Principe, Saudi Arabia, Senegal, Seychelles, Sierra Leone, Slovakia, Sovenia, Solomon Islands, South Africa, Spain, Suriname, Swaziland, Sweden Switzerland, Syrian Arab Republic, Tajikistan, The former Yugoslav Republic of Macedonia, United Republic of Tanzania, Togo, Tunisia, Turkmenistan,

Conventions and Protocol I are war crimes.[33] Moreover, as explained below, they also have an *aut dedere aut judicare obligation* either to exercise jurisdiction over suspects in their territories or to extradite them to states parties able and willing to do so or to surrender suspects to an international criminal court.

1. The scope of grave breaches

a. The scope of grave breaches of the Geneva Conventions

Grave breaches involve any of the following acts if committed in connection with an international armed conflict against persons or property protected by the relevant Geneva Convention: wilful killing; torture or inhuman treatment, including biological experiments; wilfully causing great suffering or serious injury to body or health; extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly; compelling a prisoner of war or a protected person to serve in the forces of the hostile power; wilfully depriving a prisoner of war of the rights of fair and regular trial prescribed by the Third Geneva Convention or a protected person of such rights prescribed in the Fourth Geneva Convention; unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a protected person; and taking of hostages.[34] All of the grave breaches of the Geneva Conventions are war crimes within the jurisdiction of the International Criminal Court.[35]

b. The scope of grave breaches of Protocol I

Article 85 (2) of Protocol I, which had been ratified by 158 states as of 1 September 2001, provides that acts which would constitute grave breaches of the Geneva Conventions are grave breaches of the Protocol if committed against certain other protected persons:

> "Acts described as grave breaches in the Conventions are grave breaches of this Protocol if committed against persons in the power of an adverse Party protected by Articles 44 [concerning combatants and prisoners of war], 45 [concerning persons who have taken part in hostilities] and

Uganda, Ukraine, United Arab Emirates, United Kingdom, Uruguay, Uzbekistan, Vanuatu, Venezuela, Viet Nam, Yemen, Yugoslavia (Federal Republic of), Zambia and Zimbabwe.

[33] Article 85 (5) of Protocol I expressly states: "Without prejudice to the application of the Conventions and of this Protocol, grave breaches of these instruments shall be regarded as war crimes."

[34] Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, August 12, 1949, 6 U.S.T. 3114, 75 U.N.T.S. 31, Art. 50; Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of the Armed Forces at Sea, August 12, 1949, 6 U.S.T. 3217, 75 U.N.T.S. 85, Art. 51; Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, August 12, 1949, 6 U.S.T. 3316, 75 U.N.T.S. 135, Art. 130; Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, August 12, 1949, 6 U.S.T. 3516, 75 U.N.T.S. 287, Art. 147.

[35] Rome Statute, Art. 8 (2) (a).

73 [concerning refugees and stateless persons] of this Protocol, or against the wounded, sick and shipwrecked of the adverse Party who are protected by this Protocol, or against those medical or religious personnel, medical units or medical transports which are under the control of the adverse Party and are protected by this Protocol."[36]

Protocol I contains three groups of other grave breaches. First, Article 11 defines as grave breaches harming the physical or mental health or integrity of persons protected by the Protocol.[37] Second, Article 85 (3) contains a more extensive list of types of conduct amounting to grave breaches, when they cause death or serious injury to body or health, than in the Geneva Conventions.[38] Third,

[36] Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, Art. 85 (2), *opened for signature* 12 December 1977, *entered into force* 7 December 7, 1978, 1125 U.N.T.S. 3.

[37] Article 11 (Protection of persons) provides:
"1. The physical or mental health and integrity of persons who are in the power of the adverse Party or who are interned, detained or otherwise deprived of liberty as a result of a situation referred to in Article 1 shall not be endangered by any unjustified act or omission. Accordingly, it is prohibited to subject the persons described in this Article to any medical procedure which is not indicated by the state of health of the person concerned and which is not consistent with generally accepted medical standards which would be applied under similar medical circumstances to persons who are nationals of the Party conducting the procedure and who are in no way deprived of liberty.
2. It is, in particular, prohibited to carry out on such persons, even with their consent:
(a) physical mutilations;
(b) medical or scientific experiments;
(c) removal of tissue or organs for transplantation, except where these acts are justified in conformity with the conditions provided for in paragraph 1.
3. Exceptions to the prohibition in paragraph 2 (c) may be made only in the case of donations of blood for transfusion or of skin for grafting, provided that they are given voluntarily and without any coercion or inducement, and then only for therapeutic purposes, under conditions consistent with generally accepted medical standards and controls designed for the benefit of both the donor and the recipient.
4. Any wilful act or omission which seriously endangers the physical or mental health or integrity of any person who is in the power of a Party other than the one on which he depends and which either violates any of the prohibitions in paragraphs 1 and 2 or fails to comply with the requirements of paragraph 3 shall be a grave breach of this Protocol.
5. The persons described in paragraph 1 have the right to refuse any surgical operation. In case of refusal, medical personnel shall endeavour to obtain a written statement to that effect, signed or acknowledged by the patient.
6. Each Party to the conflict shall keep a medical record for every donation of blood for transfusion or skin for grafting by persons referred to in paragraph 1, if that donation is made under the responsibility of that Party. In addition, each Party to the conflict shall endeavour to keep a record of all medical procedures undertaken with respect to any person who is interned, detained or otherwise deprived of liberty as a result of a situation referred to in Article 1. These records shall be available at all times for inspection by the Protecting Power."

[38] Article 85 (3) of Protocol I reads:
"In addition to the grave breaches defined in Article 11 [prohibiting harm to the physical and mental health and integrity of protected persons], the following acts shall be regarded as grave breaches of this Protocol, when committed wilfully, in violation of the relevant provisions of this Protocol, and causing death or serious injury to body or health:

Article 85 (4) provides that transfers and deportation by an occupying power, unjustified delay in repatriation of prisoners of war, *apartheid*, attacks on cultural property and depriving protected persons of the right to a fair trial are all grave breaches.[39] A number of the definitions of war crimes within the jurisdiction of the International Criminal Court are based upon grave breaches of Protocol I, although some of the definitions in the Rome Statute are closer to those in the Hague Regulations.[40]

2. Universal jurisdiction over grave breaches

In addition to universal jurisdiction over war crimes under customary international law, each of the 189 state parties to the Geneva Conventions is *required* to search for persons suspected of grave breaches

(a) making the civilian population or individual civilians the object of attack;

(b) launching an indiscriminate attack affecting the civilian population or civilian objects in the knowledge that such attack will cause excessive loss of life, injury to civilians or damage to civilian objects, as defined in Article 57, paragraph 2 (a) (iii);

(c) launching an attack against works or installations containing dangerous forces in the knowledge that such attack will cause excessive loss of life, injury to civilians or damage to civilian objects, as defined in Article 57, paragraph 2 (a) (iii);

(d) making non-defended localities and demilitarized zones the object of attack;

(e) making a person the object of attack in the knowledge that he is *hors de combat*;

(f) the perfidious use, in violation of Article 37, of the distinctive emblem of the red cross, red crescent or red lion and sun or other protective signs recognized by the Conventions or this Protocol.

[39] Article 85 (4) of Protocol I states:
"In addition to the grave breaches defined in the preceding paragraphs and in the Conventions, the following shall be regarded as grave breaches of this Protocol, when committed wilfully and in violation of the Conventions or the Protocol:

(a) the transfer by the Occupying Power of parts of its own civilian population into the territory it occupies, or the deportation or transfer of all or parts of the population of the occupied territory within or outside this territory, in violation of Article 49 of the Fourth Convention;

(b) unjustifiable delay in the repatriation of prisoners of war or civilians;

(c) practices of *apartheid* and other inhuman and degrading practices involving outrages upon personal dignity, based on racial discrimination;

(d) making the clearly-recognized historic monuments, works of art or places of worship which constitute the cultural or spiritual heritage of peoples and to which special protection has been given by special arrangement, for example, within the framework of a competent international organization, the object of attack, causing as a result extensive destruction thereof, where there is no evidence of the violation by the adverse Party of Article 53, sub-paragraph (*b*) [prohibiting the use of cultural objects in support of the military effort], and when such historic monuments, works of art and places of worship are not located in the immediate proximity of military objectives;

(e) depriving a person protected by the Conventions or referred to in paragraph 2 of this Article of the rights of fair and regular trial."

[40] The articles of the Rome Statute which provide for jurisdiction over crimes which are also, to a greater or lesser extent, grave breaches of Protocol I include: Rome Statute, Art. 8 (2) (b) (i) (intentionally directing attacks against civilians not taking direct part in hostilities) (Protocol I, Arts. 51 (2); 85 (3) (a)); Rome Statute, Art. 8 (2) (b) (iv) (intentionally launching an attack in the knowledge of its consequences to civilians or the environment) (Protocol I, Art. 85 (3) (b)); Rome Statute, Art. 8 (2) (b) (vii) (improper use of distinctive insignia and uniforms) (Protocol I, Art. 85 (2) (f)); Rome Statute, Art. 8 (2) (b) (viii) (unlawful deportations and transfers) (Protocol I, Art. 85 (4) (a)); Rome Statute, Art. 8 (2) (b) (x) (prohibition of physical mutilation) (Protocol I, Art. 11).

and either: (1) to bring such persons before its own courts, (2) to extradite such persons to any state party willing to do so or (3) to surrender such persons to an international criminal court with jurisdiction to try persons for these crimes:

> "Each High Contracting Party shall be under the obligation to search for persons alleged to have committed, such grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts. It may also, if it prefers, and in accordance with the provisions of its own legislation, hand such persons over for trial to another High Contracting Party concerned, provided that such High Contracting Party has made out a *prima facie* case."[41]

That grave breaches of the Geneva Conventions are subject to universal jurisdiction by any state seems to be beyond any doubt. According to a leading expert:

> "According to the Geneva Conventions of 1949, signatory States are not only empowered to punish war crimes, but also are obliged to do so, unless the accused is extradited to a signatory State (*aut dedere aut punire*). The duty to punish attaches not only to the States to which the accused owes his allegiance or to the injured State, but to all the signatory States; this duty even extends to neutrals in an armed conflict, and exists without regard to the nationality of the perpetrator or victim or to the place where the crime took place. Hence the Geneva Conventions provide universal jurisdiction for the punishment of war crimes coupled with a duty to prosecute, since the goal is the protection of common and uinversal interests.[42]

---

[41] First Geneva Convention, Art. 49; Second Geneva Convention, Art. 50, Third Geneva Convention, Art. 129; Fourth Geneva Convention, Art. 146. The official ICRC Commentary explains that

> "[e]xtradition is, moreover to be subject to a special condition: the Contracting Party who requests that an accused person be handed over to it, must furnish evidence that the charges against the accused are 'sufficient'. We find a clause to that effect in most extradition laws and in the international treaties dealing with the subject. But what exactly is meant by 'sufficient charges'? The answer will as a rule rest with national legislation; but in general it may be assumed to mean a case in which the facts would juustify proceedings being taken in the country to which application is made for extradition. Legal authorities in the Anglo-Saxon countries speak in such cases of a '*prima facie* case' being made out against the accused; and this term is used in the English text of the Article."

International Committee of the Red Cross, 1 *Commentary on the Geneva Conventions* 366 (Geneva: International Committee of the Red Cross 1952) (Jean S. Pictet ed.).

[42] Hans-Heinrich Jeschek, *War Crimes,* 4 *Encyclopedia of Public International Law* 294, 297 (1982) (Bernardt, ed.). The authority for this point is vast and it should be necessary only to cite a few examples. *See* Dinstein, *supra,* n. 20, 21 ("In the opinion of the present writer, the text of the common clause of the Geneva Conventions constitutes a pellucid expression of the universality principle"); Menno T. Kamminga, *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, Committee on International Human Rights Law and Practice, International Law Association, London Conference 2000, 6 ("The exercise of universal jurisdiction is not permissive, but clearly mandatory."); Rodley, *The Treatment of Prisoners* (2nd ed.), *supra*, n. 20, 121 ("The Geneva Conventions . . . which encompass a codification of war crimes, do make it clear that such crimes may be prosecuted on the basis of universality of jurisdiction."); 195 ("There is no doubt that extra-legal executions, committed in international armed conflict in violation of the Geneva Conventions of 12 August 1949 open the perpetrators to trial or extradition wherever they may be, since these are grave breaches of the Conventions.") (footnote omitted). The official ICRC commentary describes the original ICRC draft common article on jurisdiction,

which is essentially the same as the text finally adopted on this point, "based on the principle *aut dedere aut punire*, the validity of which is often admitted in cases of extradition". *See* International Committee of the Red Cross, 1 *Commentary on the Geneva Conventions* 358, 359-360; 3 *Ibid.*, 619; 4 *Ibid.*, 585 (Geneva: International Committee of the Red Cross 1952-1960) (Jean S. Pictet ed.). It noted that in the opinion of the body of experts which met in 1948 to revise the ICRC draft, "universality of jurisdiction in cases of grave breaches would justify the hope that such offences would not remain unpunished". 3 *Ibid.* 619.

Nevertheless, athough this point would appear to be uncontrovertible, there are a handful of dissenters. Forexample, senior officials in the French Ministries of Foreign Affairs and Defence are reported to have argued that these provisions do not require states parties to exercise universal jurisdiction. Similarly, one British authority asserted: "The view that the 1949 Geneva Conventions of 1949 provide for universal jurisdiction, though sometimes asserted, is probably incorrect." D.W. Bowett, *Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources*, 53 Brit. Y.B. Int'l L. 1, 12 (1982). He claimed, citing only Röling, that "the obligation imposed on all contracting Parties to enact municipal legislation so as to make grave breaches of the Conventions punishable is *not* the assertion of a universal jurisdiction but merely the provision of the legislative basis for jurisdiction in the event that the contracting Party is involved in hostilities as a belligerent." *Ibid.* (footnote omitted).

However, there is no basis in the text or the *travaux préparatoires* for this assertion. The official ICRC commentary details the history of the provision cited, which is essentially unchanged from the original ICRC proposal, and makes clear that it was designed to impose the *aut dedere aut judicare* principle on each state party and there is no indication that this duty was limited to belligerents. *See* International Committee of the Red Cross, 1 *Commentary on the Geneva Conventions* 357-366; 2 *Ibid.*, 262-265; 3 *Ibid.*, 618-624; 4 *Ibid.*, 584-593 (Geneva: International Committee of the Red Cross 1952-1960) (Jean S. Pictet ed.). The Italian delegate is reported to have "proposed to limit the obligation of the Parties to the conflict, to search for persons alleged to have committed any of the grave breaches and to bring them before the courts"; the Netherlands delegate is reported to have answered that "each Contracting Party should be under this obligation, even if neutral in a the conflict. The principle of universality should be applied here. The Contracting Party in whose power the accused is, should either try him or hand him over to another Contracting Party." Fourth Report drawn up by the Special Committee of the Joint Committee (*Fourth Report*), 12 July 1949, *in* 2-B Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, 116. The President is reported to have observed that "a neutral State did not violate its neutrality by trying or handing over an accused, under an international obligation"; there is no record of a dissenting view and the Italian proposal was withdrawn. *Ibid.*

Indeed, even Röling conceded that that nothing in the wording of the universal jurisdiction provisions of the Geneva Conventions supported the narrow reading he advocated and that it was not the intention of the drafters to read the jurisdictional provisions of the Convention so restrictively. He argued:

> "It is necessary for there to be some special link with the national legal order (place, or agent, who may be a national, an ally of an enemy, or a victim). In short: notwithstanding the wording of the pertinent articles of the four Geneva Conventions of 1949, a neutral State has not the duty to prosecute and punish a war criminal who has come into its power. The principle of universal application of national legal provisions dealing with war crimes (art. 49 of Convention I), is only applicable if the State participates in the war. This was apparently not the intention of those who drafted the Conventions, but it follows from the fact that only specific articles (such as art. 4 of Convention I) are applicable to neutral States. Consequently, the Conventions did not impose on neutral States the duty to extradite alleged war criminals."

Bert V.A. Röling, *Criminal Responsibility for Violations of the Laws of War*, 12 *Revue Belge de Droit International* 8, 11 (1976). However, he also recognized that "it is now generally recognized that a neutral State should have the duty to extradite alleged war criminals". *Ibid.* The *travaux préparatoires* indicate that the drafters rejected the idea of any link to the state seeking extradition to the suspect, the victim or the place of the crime by simply requiring that the requesting state have sufficient evidence to make out a *prima facie* case. In the Special Committee the Greek delegate is reported to have proposed that "the Contracting Party asking for an accused person to be handed over should give proof of its interest and competence to try the accused person in question"; the proposal was rejected. *Fourth Report, supra*, 117.

The obligation to search for persons suspected of grave breaches is not limited to the territory of the state party.[43] It includes territory occupied by the state party; territory within which its peace-keeping forces are operating (such as national forces in the multinational International Force (IFOR) and its successor, the multinational Stabilization Force (SFOR), in Bosnia and Herzegovina and the multinational Kosovo Force (KFOR)); and the high seas.[44] Thus, under the Geneva Conventions courts of states parties would have jurisdiction over suspects found outside the territory of the state party.

Although the Geneva Conventions do not expressly state that a state party may satisfy its obligation to extradite or prosecute persons suspected of grave breaches by surrendering a person to an international criminal court with jurisdiction, the drafters of the Conventions intended this result.[45]

The obligation to extradite or prosecute persons suspected of grave breaches applies with equal force to grave breaches of Protocol I. Article 85 (1) of Protocol I states: "The provisions of the Conventions relating to the repression of breaches and grave breaches, supplemented by this Section [Articles 85 to 91], shall apply to the repression of breaches and grave breaches of this Protocol."[46]

The Netherlands explained when it introduced the compromise proposal concerning the *aut dedere aut judicare* provisions of the Geneva Conventions why they were included. After noting that many countries before the Second World War had not even defined violations of the 1929 Geneva Convention on relative to the Protection of Prisoners of War as crimes under national law, it is reported to have stated:

> "The absence of such provisions resulted in many violations in the second World War and brings in the danger of possible reprisals. Furthermore, some Contracting Parties had made provisions which would allow their tribunals to try only their own nations and nothing could be done in respect of nationals of another country where these offences had not been made punishable or

[43] Menno T. Kamminga, *The Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences, First Report of Special Rapporteur of the Committee on Human Rights Law and Practice*, in International Law Association, *Report of the Sixty-Eighth Conference held at Taipei, Taiwan, Republic of China, 24-30 May 1998* (London: International Law Association 1998) (*1998 ILA Report*), 563, 568.

[44] *See* Amnesty International, *Bosnia-Herzegovina: The international community's responsibility to ensure human rights*, June 1996 (AI Index: EUR 63/14/99), 64-71.

[45] The *ICRC Commentary* makes clear that the drafters of the Geneva Conventions envisaged that states could satisfy their duty to bring to justice those resonsible for grave breaches by transferring suspects to an international criminal tribunal: "[T]here is nothing in the paragraph (First Geneva Convention, Art. 49, para. 2) to exclude the handing over of the accused to an international penal tribunal, the competence of which is recognized by the Contracting Parties. On this point the Diplomatic Conference declined expressly to take any decision which might hamper future developments of international law". ICRC, I *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949*, 366 (1952). *See also ICRC Commentary on the Protocols* 975 n. 10 ("The Conventions do not exclude handing over the accused to an international criminal court whose competence has been recognized by the Contracting Parties . . .").

[46] *ICRC Commentary* 992 ("The system of repression in the Conventions is not to be replaced, but reinforced and developed by this Section [Articles 85 to 91], so that in future it will apply to the repression of breaches of both the Protocol and the Conventions.") (footnotes omitted).

against persons which had ordered such offences to be committed. Hence the necessity for stronger wording."[47]

C. War crimes during non-international armed conflict

1. The three main categories of war crimes in non-international armed conflict

The three major categories of war crimes in non-international armed conflict are: (1) violations of common Article 3 of the Geneva Conventions,[48] (2) serious violations of Protocol II[49] and (3) certain conduct which, if committed during an international armed conflict, would be a war crime.[50] The Rome Statute

[47] *Fourth Report, supra*, n. 42, 114. *See also* 2-B Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, 85 (29th mtg., 27 June 1949).

[48] Common Article 3 of the Geneva Conventions prohibits the following acts when committed during a non-international armed conflict against "[p]ersons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed *hors de combat* by sickness, wounds, detention, or any other cause":

(a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture;
(b) taking of hostages;
(c) outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment;
(d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensible by civilized peoples."

[49] Protocol II requires: respect for certain fundamental guarantees of protected persons (Article 4); humane treatment of persons whose liberty has been restricted (Article 5); respect for the right to fair trial with respect to crimes related to the armed conflict (Article 6); humane treatment of wounded, sick and shipwrecked persons (Article 7); searching for wounded, sick and shipwrecked persons (Article 8); protection of medical and religious personnel and medical units and transports (Articles 9, 10 and 11); respect for the Geneva emblems (Article 12); protection of the civilian population and individual civilians (Article 13); protection of objects indispensible to the survival of the civilian population (Article 14); protection of works and installations containing dangerous forces (Article 15); protection of cultural objects and places of worship (Article 16); and no forced movement of civilians (Article 17).

[50] Principles of international humanitarian law which apply in all conflicts, whether international or non-international, include the following:

- the right of the parties to a conflict to adopt means of injuring the enemy is not unlimited (XXth International Conference of Red Cross and Red Crescent Societies, Res. XXVIII (1965); U.N. G.A. Res. 2444(XXIII) (1968);
- it is prohibited to launch attacks against the civilian population as such (XXth International Conference of Red Cross and Red Crescent Societies, Res. XXVIII (1965); U.N. G.A. Res. 2444(XXIII) (1968); U.N. G.A. Res. 2675(XXV) (1970));
- in the conduct of military operations during armed conflicts, a distinction must be made between persons actively taking part in the hostilities and civilian populations (XXth International Conference of Red Cross and Red Crescent Societies, Res. XXVIII (1965); U.N. G.A. Res. 2444(XXIII) (1968); U.N. G.A. Res. 2675(XXV) (1970));
- in the conduct of military operations, every effort should be made to spare civilian populations from the ravages of war, and all necessary precautions should be taken to avoid injury, loss or damage to the civilian populations (U.N. G.A. Res. 2675(XXV) (1970));
- dwellings and other installations that are used only by civilian populations should not be the object of

defines the jurisdiction of the International Criminal Court to include each of these three types of war crimes in non-international armed conflict.[51] In addition, the Appeals Chamber of the Yugoslavia Tribunal discusses in further detail the scope of war crimes in non-international armed conflict which fall within Article 3 of its Statute.[52] Indeed, the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (Rwanda Tribunal Statute) expressly provides for jurisdiction over serious violations of common Article 3 and of Protocol II.[53] A fourth group of war crimes in non-international armed conflict, attacks on cultural property, is discussed below in Chapter Three, Section II.D.1.

2. Universal jurisdiction over war crimes in internal armed conflict

A wide range of violations of international humanitarian law committed during non-international armed conflict are now widely recognized as war crimes and, therefore, are, like other war crimes, subject to universal jurisdiction.

As recently as 1994, some observers doubted that international law imposed individual criminal responsibility for violations of international humanitarian law during non-international armed conflict.[54]

---

military operations (U.N. G.A. Res. 2675(XXV) (1970));
• places or areas designated for the sole protection of civilians, such as hospital zones or similar refuges, should not be the object of military operations (U.N. G.A. Res. 2675(XXV) (1970));
• civilian populations, or individual members thereof, should not be the object of reprisals, forcible transfers or other assaults on their integrity (U.N. G.A. Res. 2675(XXV) (1970)); and
• the Declaration of principles for international humanitarian relief to the civilian population in disaster situations in Resolution XXVI of the XXIst International Conference of the Red Cross and Red Crescent Societies (1969) shall apply in situations of armed conflict (U.N. G.A. Res. 2675(XXV) (1970).
Violation of some of these principles, as well as others, are expressly recognized as war crimes in Article 8 (2) (e) of the Rome Statute (see following footnote).

[51] Article 8 (2) (c) of the Rome Statute gives the International Criminal Court jurisdiction over violations of common Article 3 of the Geneva Conventions as war crimes and Article 8 (2) (e) gives it jurisdiction over several violations of Protocol II (in particular, Article 8 (2) (e) (i), (ii), (iii), (iv), (vii), (viii) and over certain conduct which would be war crimes if committed during an international armed conflict (in particular, Article 8 (2) (e) (iii), (v), (vi), (ix), (x), (xi) and (xii)). Similarly, Article 3 of the Statute of the Yugoslavia Tribunal has been interpreted to include serious violations of common Article 3 and Protocol II as war crimes. *Prosecutor v. Tadi•*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal, Case No. IT-94-1-AR72 (Appeals Chamber 2 October 1995), para. 134. Article 4 of the Statute of the Rwanda Tribunal expressly gives the Tribunal jurisdiction over serious violations of common Article 3 and Protocol II as war crimes.

[52] *Prosecutor v. Tadi•*, Decision on defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, Case No. 94-1-AR72, (Appeals Chamber 2 October 1995), paras 96-137; *Prosecutor v. Delali•* (• *elibi•i* case), Judgment, Case No. IT-96-21-A (Appeals Chamber 20 February 2001), para. 168 (noting national legislation and jurisprudence). For further information on the scope of war crimes in non-international armed conflict, see Djamchid Momtaz, *War Crimes in Non-International Armed Conflicts under the Statute of the International Criminal Court*, 1999 Y.B. Int'l Hum. L. 177.

[53] Rwanda Tribunal Statute, Art. 4 (Violations of Article 3 Common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II).

[54] *See, for example,* Denise Plattner, *The Penal Repression of Violations of International Humanitarian Law Applicable in Non-international Armed Conflict*, Int'l Rev. Red Cross 409, 414 (1990); William J. Fenrick, *The*

In a remarkable shift, however, which came with the establishment of the Yugoslavia and Rwanda Tribunals and the adoption of the Rome Statute, it has now been generally recognized that violations of international humanitarian law during international armed conflict are war crimes entailing individual criminal responsibility.[55] As documented in Section II of Chapter Four, states have enacted legislation permitting their courts to try persons for war crimes in non-international armed conflicts and their courts have done so.

Permissive universal jurisdiction. One of the consequences of the recognition that violations of international humanitarian law in non-international armed conflicts are war crimes is that, like any other war crime, they are subject to universal jurisdiction.[56] Leading scholars in the field have concluded that war crimes during non-international armed conflict are subject to universal jurisdiction. For example, Theodor Meron, who was a member of the United States government delegation at the Rome Diplomatic Conference, concluded in 1995:

Prosecution of War Criminals in Canada, 12 Dalhousie L. J. 256, 259 n. 9 (1989); International Committee of the Red Cross, *Some Preliminary Remarks by the International Committee of the Red Cross on the Setting-up of an International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed on the Territory of the Former Yugoslavia*, DDM/JUR/422b, 25 March 1993, para. 4, reprinted in Virginia Morris & Michael P.Scharf, 2 *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* 391, 392 (Irvington-on-Hudson: Transnational Publishers, Inc. 1995) ("[T]he ICRC wishes to underline the fact that, according to International Law as it stands today, the notion of war crimes is limited to situations of international armed conflict.") (as noted below, however, the ICRC now recognizes that war crimes can occur during non-international armed conflict); Final Report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), U.N. Doc. S/1994/674 (Annex), 27 May 1994, para. 52 ("There does not appear to be a customary international law applicable to international armed conflicts which includes the concept of war crimes."). The Commission also contended that "the only offences committed in internal armed conflicts for which universal jurisdiction applies are 'crimes against humanity' and genocide".). *Ibid.*, para. 42.

[55] Jan E. Aldykiewicz& Geoffrey S. Corn, *Authority to Court-Martial Non-U.S. Military Personnel for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed During Internal Armed Conflicts*, 167 Mil. L. Rev. 74, 101-143 (2001); Michael Bothe, *War Crimes in Non-International Armed Conflicts*, 24 Israel Y.B. Hum. Rts 241, 251 (1994) (stating that "there is ample basis, both under international and national law, for the punishment of violators of international humanitarian law, as far as it relates to non-international armed conflicts"); Bruno Simma & Andreas L. Paulus, *The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Armed Conflicts: A Positivist View*, 93 Am. J. Int'l L. 302, 313 (2000) (accepting, in accordance with modern positivism, "the practice of international institutions and accepting as *opinio juris* the legal views expressed by states in international organizations", and, therefore, concluding, "on the basis of a combination of developing and customary law and existing general principles", that individual criminal responsibility exists for war crimes in non-international armed conflict). *See also* Sonja Boelaert-Suominen, *Grave Breaches, Universal Jurisdiction and Internal Armed Conflicts: Is Customary Law Moving Towards a Uniform Enforcement Mechanism for all Armed Conflicts?*, 5 J. Conflict and Security L. 63 (2000).

[56] As Kamminga has observed, once it was recognized that violations of international humanitarian law were war crimes, "[a] corollary then is that these offences are covered by the principle of universal jurisdiction." *Final ILA Report, supra*, n. 42, 7 (footnote omitted). Similarly, Dinstein has concluded that one of the essential characteristics of a violation of the laws of war which is a war crime is that it entails universal jurisdiction: "Once violations of the laws of war qualify as war crimes, all come under the sway of the universality principle." Dinstein, *Universality Principle, supra*, n. 20, 21.

> "Many serious violations of common Article 3 and Geneva Protocol II, as well as other significant norms of the Geneva Conventions, though not explicitly listed as grave breaches, are of universal concern and subject to universal condemnation. These are crimes *jure gentium* [under the law of nations] and therefore all states have the right to try the perpetrators. This right can be seen as an analogue, *mutatis mutandis*, of the prerogative of all states to invoke obligations *erga omnes* against states that violate the basic rights of the human person."[57]

These views were confirmed in 1995, when the Security Council urged states to exercise universal jurisdiction over violations of international humanitarian law during non-international armed conflict over which the Rwanda Tribunal had jurisdiction. In Resolution 978, it

> "*[u]rges* states to arrest and detain, in accordance with their national law and relevant standards of international law, pending prosecution by the International Tribunal for Rwanda or by the appropriate national authorities, persons found within their territory against whom there is sufficient evidence that they were responsible for acts within the jurisdiction of the International Tribunal for Rwanda."[58]

Trial Chamber I of the Rwanda Tribunal in 1999 called upon all states to exercise universal jurisdiction over grave violations of international humanitarian law within its jurisdiction, which include war crimes in non-international armed conflict.[59]

---

[57] Theodor Meron, *International Criminalization of Internal Atrocities*, 89 Am. J. Int'l L. 554, 576 (1995) (footnote omitted); *see also* Aldykiewicz & Corn, *supra*, n. 55; Thomas Graditzky, *Individual Criminal Responsibility for Violations of International Humanitarian Law Committed in Non-International Armed Conflict*, Int'l Rev. Red Cross, No. 322, 29-56 (1998) (concluding, after reviewing state practice, that "it does not seem unreasonable to assert that serious violations of humanitarian law applicable in internal conflict do in fact constitute 'war crimes' under international law as it stands today, the corollary to this change in status being the principle of universal jurisdiction"); Mary Griffin, *Ending the impunity of perpetrators of human rights atrocities: A major challenge for international law in the 21st century*, Int'l Rev. Red Cross, No. 338, 369 (2000), *obtainable from* http://www.icrc.org ("It might be said that States have a right to exercise universal jurisdiction in respect of violations in internal armed conflicts and certainly a number of examples of State practice tend to support this."); Kamminga, *Final ILA Report*, *supra*, n. 42, 6 (citing increasing support for view that violations of international humanitarian law in non-international armed conflict are subject to universal jurisdiction); Christa Meindersma, *Violations of Common Article 3 of the Geneva Conventions as Violations of the Laws or Customs of War under Article 3 of the Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, 42 Neth. Int'l L. Rev. 375, 396 (1995) (concluding that violations of common Article 3 are subject to individual criminal responsibility); Rodley, *Treatment of Prisoners (2nd ed.)*, *supra*, n. 20, 195 (now apparent that serious violations of common Article 3 permit trial or extradition of the perpetrators no matter where they may be), 123 (serious violations of the laws and customs of war committed in non-international armed conflict "are cognizable by an international penal court and would be expected to be amenable to universal jurisdiction"); Scharf, *supra*, n. 20, 91-93 (rejecting contentions that permissive universal jurisdiction over violations of international humanitarian law did not exist in non-international armed conflict).

[58] S.C. Res. 978 (1995) of 27 February 1995. Since the phrase "appropriate national authorities" is not limited to Rwandan authorities, it is clear that the Security Council envisaged prosecution by the courts of other states based on universal jurisdiction.

[59] It stated in the context of approving a request to withdraw an indictment, that
"the Tribunal wishes to emphasize, in line with the General Assembly and the Security Council of the

The Security Council also called upon all parties to the conflict in the Democratic Republic of the Congo, which has both international and non-international dimensions, to bring those responsible for war crimes to justice.[60] As documented in Section II of Chapter Four, states have enacted legislation providing for universal jurisdiction over crimes in non-international armed conflict and have conducted criminal investigations and prosecutions for such crimes.

In 1996, the International Law Commission provided in Article 9 of the Draft Code of Crimes that there would be universal jurisdiction over certain war crimes in non-international armed conflict, in particular, violations of common Article 3 of the Geneva Conventions, as identified in Article 20 (f).[61] In July 2000, the International Law Association endorsed the conclusion of its Committee on Human Rights Law and Practice that "[g]ross human rights offences in respect of which states are *entitled* under international customary law to exercise universal jurisdiction include . . . war crimes [as defined in Article 8 of the Rome Statute]".[62]

Duty to extradite or prosecute. To the extent that all war crimes in *international* armed conflict are increasingly recognized as subject not only to permissive universal jurisdiction, but also to an extradite or prosecute obligation, there is no convincing reason why war crimes in *non-international* armed conflict should not be treated the same way. Indeed, the International Law Commission provided in Article 9 of the 1996 Draft Code of Crimes for an extradite or prosecute obligation over certain war crimes committed in non-international armed conflict, in particular, violations of common Article 3 of the Geneva Conventions. One writer has recently argued that the Rome Statute is evidence of an *erga omnes* obligation to exercise universal jurisdiction over war crimes committed during internal armed conflict:

> "But if indeed Article 3 and Protocol II and the other laws and customs of war encompass obligations *erga omnes*, do States not have a corresponding obligation *erga omnes* to enforce

---

United Nations, that it encourages all States, in application of the principle of universal jurisdiction, to prosecute and judge those responsible for serious crimes such as genocide, crimes against humanity and other grave violations of international humanitarian law . . . ."

Prosecutor v. Ntuyahaga, Decision on the Prosecutor's Motion to Withdraw the Indictment, Case No. ICTR-98-40-T (Trial Chamber I, 18 March 1999). The Trial Chamber also noted that "the Tribunal does not have exclusive jurisdiction over crimes included in its mandate and that its criminal proceedings are complementary to those of national jurisdictions." *Ibid.*

[60] On 24 February 2000, the Security Council in Resolution 1291 (2000) called on

"all parties to the conflict in the Democratic Republic of the Congo . . . to refrain from or cease any support to, or association with, those suspected of . . . war crimes, and to bring to justice those responsible, and facilitate measures in accordance with international law to ensure accountability for violations of international humanitarian law."

Since the conflict includes a rebellion by certain of the parties against the government and since some of the other parties are foreign states, the Security Council necessarily was calling upon those foreign states to exercise universal jurisdiction over war crimes in a non-international armed conflict. *See also* S.C. Res. 1304 (2000) of 16 June 2000.

[61] International Law Commission, *supra n.* 30

[62] International Law Association, Res. 9/2000, adopted at the 69th Conference, London, 25-29 July 2000. For the text, see Introduction, footnote 6, above.

these rules? That there is an obligation to exercise universal jurisdiction with respect to violations committed in internal armed conflicts finds support in the Rome Statute. Without distinguishing between the crimes over which the International Criminal Court will have jurisdiction, the Preamble to the Statute recalls 'that it is the duty of every State to exercsie its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes (. . .)". If this is the case, then all States have a duty to prosecute and punish all violations of international humanitarian law, including those committed in internal armed conflicts. In view of the way the law has developed, it may be argued that the express application of mandatory universal jurisidiction only to grave breaches does not exclude the possibility of a similar obligation for other breaches."[63]

Similarly, the UN Commission on Human Rights in 1999 reminded all parties to the armed conflict in Sierra Leone, which was largely a non-international one at the time, that all countries were under an obligation to search for persons alleged to have committed or to have ordered to be committed certain violations of international humanitarian law (hostage-taking, wilful killing and torture or inhuman treatment of persons not taking an active part in hostilities) and to bring such persons, regardless of their nationality before their own courts.[64]

D. Other war crimes

Two other war crimes are the subject of treaties which contain universal jurisdiction provisions: attacks on cultural property and attacks on UN and associated personnel.

1. Attacks on cultural property

Attacks on cultural property in either international or non-international armed conflict - part of a broader emerging concept of crimes against culture or civilization - to the extent that they are not covered by other conventions, are now subject to universal jurisdiction under the 1999 Second Hague Protocol for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict.[65] The Second Hague Protocol was

---

[63] Griffin, *supra*, n. 57.

[64] UN Comm'n Hum. Rts Res. 1999/1 of 6 April 1999. In that resolution, the Commission reminded "all factions and forces in Sierra Leone that in any armed conflict, including an armed conflict not of an international character, the taking of hostages, wilful killing and torture or inhuman treatment of persons taking no active part in the hostilities constitute grave breaches of international humanitarian law, and that all countries are under the obligation to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, such grave breaches and to bring such persons, regardless of their nationality, before their own courts[.]"
Although the characterization of such violations in a non-international armed conflict as "grave breaches" in the English text is not correct, this resolution is further evidence that states believe that they now have the same duty under international law to exercise universal jurisdiction over such violations as they do with respect to grave breaches of the the Geneva Conventions during international armed conflict. No state is known to have objected to this statement concerning their duties under international law.

[65] Second Hague Protocol for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, *reprinted in* Adam Roberts & Richard Guelff, *Documents on the Laws of War* 700 (Oxford: Oxford University Press 2000). As of 1 September 2001, six states had ratified the Second Hague Protocol (Cyprus, Panama and Qatar) and a further 35 states had signed but not yet ratified it (Albania, Armenia, Austria, Belgium, Cambodia, Colombia, Côte d'Ivoire,

adopted after a 1993 review of the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property concluded that the 1954 Hague Convention did not adequately extend to non-international armed conflicts and that "in many recent cases the destruction of the physical evidence of the existence of the national, ethnic and/or religious community under attack has been an integral part of the various types and levels of humanitarian abuse".[66] The 1954 Hague Convention did not expressly provide for universal jurisdiction and the parties simply undertook "to take, within the framework of their ordinary criminal jurisdiction, all necessary steps to prosecute and impose penal or disciplinary sanctions upon those persons, of whatever nationality, who commit or order to be committed a breach of the present Convention".[67] Although this provision would necessarily include the jurisdiction of states parties under customary international law, as well as national law, there is the risk that it could also be read read restrictively to include only their ordinary criminal jurisdiction under national law.[68]

Article 16 of the Second Hague Protocol expressly requires states parties to provide for universal jurisdiction over violations of the Convention in international and non-international armed conflict:

> "(1) "Without prejudice to paragraph 2, each Party shall take the necessary legislative measures to establish its jurisdiction over offences set forth in Article 15 [identifying what conduct must be made crimes under national law] in the following cases:
> . . .
> (c) in the case of offences set forth in Article 15 sub-paragraphs (a) to (c), when the alleged offender is present in its territory."[69]

Article 17 (1) imposes an *aut dedere aut judicare* obligation when persons suspected of violating the Convention are found it their territory. It states in part:

> "The Party in whose territory the alleged offender of an offence set forth in Article 15 sub-pragraphs 1 (a) to (c) is found to be present shall, if it does not extradite that person, submit,

---

Croatia, Ecuador, Egypt, Estonia, Finland, the former Yugoslav Republic of Macedonia, Germany, Ghana, Greece, Holy see, Hungary, Indonesia, Italy, Luxembourg, Madagascar, Morocco, Netherlands, Nigeria, Oman, Pakistan, Peru, Romania, Slovakia, Spain, Sweden, Switzerland, Syrian Arab Republic and Yemen).

[66] Patrick J. Boylan, *Review of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, UNESCO Doc. CLT-93/WS/12, Paris, 1993, *cited in* Roberts & Guelff, *supra*, n. 64, 699.

[67] 1954 Hague Convention, Art. 28 (Sanctions).

[68] Some commentators have suggested that Article 28 "appears to provide for mandatory universal jurisdiction, though the treaty contains no other penal provisions". Ratner & Abrams, *supra*, n. 20, 165. Another leading expert, while not ruling out the possibility that Article 28 recognizes permissive universal jurisdiction, states that it is not clear and does not include an *aut dedere aut judicare* provision. Marc Henzelin, *Le Principe de l'Universalité en Droit Pénal International: Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité* 357 (Bâle/Genève/Munich: Helbing & Lichtenhahn and Bruxelles: Bruylant 2000).

[69] 1999 Second Hague Protocol, Art. 16 (1) (c). Article 16 (1) (a) provides for territorial jurisdiction and (c) provides for active personality jurisdiction. Article 16 (2) provides that the "Protocol does not preclude the incurring of individual criminal responsibility or the exercise of jurisdiction under national and international law that may be applicable, or affect the exercise of jurisdiction under customary international law".

without exception whatsoever and without undue delay, the case to its competent authorities, for the purpose of prosecution, through proceedings in accordance with its domestic law or with, if applicable, the relevant rules of international law."[70]

2. Attacks on UN and associated personnel

Certain attacks on UN and associated personnel in the context of peace-keeping operations were made the subject of a treaty in 1994 with universal jurisdiction provisions.[71] This treaty, the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel, was adopted at a time when these attacks were not defined *per se* as war crimes, although most or all such attacks would then have violated international humanitarian law at the time if they had taken place in armed conflict. Most such attacks are now considered war crimes, whether they occur during international or non-international armed conflict, and have been included in the Rome Statute.[72] The inclusion of such attacks in the Rome Statute is strong evidence that they are war crimes under customary international law, as states now are beginning to recognize this status in government statements or by including such attacks in national legislation in the category of war crimes.[73] However, given the history of this crime and that the Convention also includes attacks not in the context of armed conflict, the Convention is discussed in Section IV.B of Chapter Thirteen, dealing with ordinary crimes under national law of international concern.

[70] 1999 Second Hague Protocol, Art. 17 (1). Article 17 (2) requires fair trial.

[71] Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel, U.N. G.A. Res. 49/59 of 9 December 1994.

[72] Rome Statute, Art.8 (2) (b) (3) (iii) and (e) (iii).

[73] Canada, New Zealand and the United Kingdom have included these attacks as war crimes in their legislation and other states plan to do so, including Germany and Switzerland (see Chapter Four, Section II). At the close of the fifth session of the Preparatory Commission for the International Criminal Court in June 2000, Lt. Col. William Leitzau, a member of the United States delegation, stated that the Elements of Crimes document, which are designed to assist the International Criminal Court in intepreting the Rome Statute, "correctly reflects international law" (quoted in Christopher Keith Hall, *The First Five Sessions of the UN Preparatory Commission for the International Criminal Court*, 94 Am. J. Int'l L. 773, 778 (2000). Similarly, the United States Ambassador-at- Large for War Crimes Issues stated a few months later: "We strongly believe the Elements of Crimes and the Rules of Procedure will stand the test of time, as they are consistent with customary international law and international standards of due process." David J. Scheffer Ambassador-at-Large for War Crimes Issues, Statement Before the Sixth Committee of the UN General Assembly, New York City, October 18, 2000 (*obtainable from* http://www.state.gov).

31-03-1998 International Review of the Red Cross no 322, p.29-56 *by Thomas Graditzky*

Individual criminal responsibility for violations of international humanitarian law committed in non-international armed conflicts

***Thomas Graditzky**, who has a degree in international relations and a diploma in international law from the Geneva Graduate Institute of International Studies, currently works at the ICRC's Legal Division.*

Two prominent events that occurred midway through this century had a great impact on international criminal law. The first milestone in this area was the trials of the major war criminals held in Nuremberg and Tokyo in the wake of the Second World War. They highlighted the principle of individual criminal responsibility for certain serious violations of the rules of international law applicable in armed conflict; the terms "crimes against the peace", "war crimes", and "crimes against humanity" found formal recognition. The second event, following closely on the first, was the adoption of the four Geneva Conventions of 12 August 1949 for the protection of war victims. These instruments established a specific framework for the prevention and punishment of the most serious violations of the provisions they contain; the technical term "grave breach" was coined.

However, these well-known developments concerned only international armed conflicts [1]. In 1949 it was generally considered that an extension of the system of grave breaches to cover internal conflicts would be viewed as an unacceptable encroachment on State sovereignty. When the Protocols additional to the Geneva Conventions were adopted, on 8 June 1977, States had not changed their stance in this respect. Furthermore, newly independent countries feared that their new partners would take advantage of any potential opening provided by the adoption of Protocol II (relating to non-international armed conflicts) to justify excessive interest in their internal affairs.

Today, however, the majority of armed conflicts are non-international, and there is nothing to suggest that the classification of a conflict as international or non-international under international law has any effect on the conduct of the parties involved. Alas, history offers all too many examples of wantonly destructive behaviour in civil wars, with Cambodia, Somalia, and Rwanda springing to mind. Faced with such events, the international community can no longer turn a blind eye. There is a growing determination to see all perpetrators of atrocities committed in the course of armed conflict held responsible for their acts; and developments in human rights law have already made inroads into the argument of sovereignty which has blocked such aspirations in the past.

The confluence of these trends highlights the pressing need for formal recognition of universal jurisdiction for the repression of serious violations of international humanitarian law applicable in non-international conflicts. But what is the current situation? Does international law as it stands today give States jurisdiction to prosecute and try the perpetrators of such violations? If so, what form does this jurisdiction take and how is it framed?

Among the traditional range of offences incurring individual criminal responsibility in the context of international armed conflict are two that do not require lengthy consideration here, since it is now generally acknowledged that universal jurisdiction does exist for prosecution of the perpetrators. These are *genocide* and *crimes against humanity.*

With regard to genocide, it will suffice to recall briefly that the customary nature of the principles forming the basis of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948 has been recognized since the 1950s; [2] that Article 1 of this instrument states that genocide is a crime under international law "whether committed in time of peace or in time of war"; and moreover that the International Court of Justice recently confirmed that the duty incumbent on States in terms of prevention and repression pursuant to the Convention is no different whether the conflict is international or internal. [3]

As for crimes against humanity, it is noteworthy that the report by the United Nations Secretary-General on the draft statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) indicates that they can occur in the course of an internal conflict or an international conflict [4]. This assertion was reinforced by the adoption of the statutes of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda (the first expressly stipulates, in Article 3, that both categories of conflict are covered by this provision, and the second mentions crimes against humanity in Article 3), and received formal recognition from the Appeals Chamber in the *Tadic* case, which stated: "It is by now a settled rule of customary international law that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict". [5]

Since crimes against peace (today crimes of aggression) are a matter involving a different set of issues, we shall now turn to all the other violations of international humanitarian law applicable in non-international armed conflict and consider whether some of them have, on account of the importance attached to them by the Community of States, been established as crimes whose perpetrators incur international criminal responsibility. Can offences committed during internal conflicts be classed as "war crimes"? Does the term "grave breach" have any meaning within the context of non-international armed conflict?

Application of international obligations to individuals

Today there is no longer any doubt as to the existence of treaty-based and customary rules applicable in internal conflicts. Moreover, with regard to the question of whether the rules of humanitarian law are binding only on States — which would thus be held solely responsible in the event of non-observance — or whether they also apply to individuals, who could violate them directly by their conduct, it would seem that the second option clearly outweighs the first, regardless of whether the conflict is internal or international in nature.

It is worth briefly noting here that the substance of the rules contained in Article 3 common to the four Geneva Conventions of 1949 and in Protocol II additional to the Conventions (for example, Article 4 relating to fundamental guarantees) makes frequent reference to the acts of individuals [6]; that there is an obligation to disseminate the rules (Protocol II, Article 19); and that the obligation to "ensure respect" for the provisions of humanitarian law (in this regard the State is required not only to ensure that its own agents respect these provisions, but also to ensure that all the people under its jurisdiction do so) is also applicable in internal conflicts [7]. All these observations point to the fact that the law applicable in such conflicts also governs the conduct of individuals.

In this connection, it would be remiss not to mention the following assertion made by the International Military Tribunal at Nuremberg: "Crimes against International Law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of International Law be enforced". [8

International criminalization of violations of international humanitarian law

Points at issue

If the rules of international humanitarian law applicable in internal conflicts do in fact govern the conduct of individuals, it remains to be determined whether violation of those rules incurs individual criminal responsibility and, more specifically, whether such responsibility emanates from international law as it stands today.

First, there is broad consensus that the treaty law applicable in non-international armed conflicts does not make any specific provision for the prosecution of serious violations of its rules. Common Article 3 has nothing to say in this respect, and Protocol II does not provide for any system similar to the mechanism for dealing with grave breaches established by the 1949 Conventions and supplemented by Protocol I.

The report by the Secretary-General on the draft statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia refers only to international armed conflict when it introduces the article concerning grave breaches of the 1949 Geneva Conventions [9]. In a similar vein, the ICRC expressed the following view: "According to the terms of the Geneva Conventions and Additional Protocol I, international criminal responsibility for certain violations of humanitarian law, and the relevant obligations, have been established only in respect of international armed conflict" [10]. In connection with the *Tadic* case, the ICTY Appeals Chamber stated: "Notwithstanding the foregoing, the Appeals Chamber must conclude that, in the present state of development of the law, Article 2 of the Statute only applies to offences committed within the context of international armed conflicts" [11]. Thus it

too rejects the idea that the scope of the provisions of the Geneva Conventions relating to grave breaches could currently be considered as extending to common Article 3.

Does this entirely rule out international criminal responsibility for serious violations of humanitarian law applicable in internal conflicts (other than those amounting to genocide or crimes against humanity)? Even recently, the answer to this question would most likely have been in the affirmative. For example, the final report issued by the United Nations Commission charged with examining and analysing information relating to serious violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia stated, with regard to the law applicable in non-international armed conflict, that "in general (...) the only offences committed in internal armed conflict for which universal jurisdiction exists are 'crimes against humanity' and genocide, which apply irrespective of the conflicts' classification" [12]. Likewise, the literature has also quite recently tended towards this view on a number of occasions. [13]

However, on 2 October 1995, the ICTY Appeals Chamber decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction in the *Tadic* case did not restrict itself to making a simple finding nor to giving a definitive ruling on the fact that common Article 3 is not subject to the system of grave breaches. This is a matter we shall come back to later.

We shall now move on to examine the elements that might indicate a trend in the area in question, by looking for a hypothetical customary rule providing for international criminalization. The International Military Tribunal at Nuremberg emphasized that individuals could be prosecuted for particularly reprehensible conduct in violation of international law, by means of a customary rule grafted onto those which deal with such conduct. After examining the jurisprudence, declarations by States and other elements, the Tribunal reached the conclusion that the conduct punishable under its Statute already entailed individual criminal responsibility at the time of the commission of the offences for which the accused were being tried. [14]

State practice and opinions

1. State declarations

We shall begin this section by taking a look at State declarations, focusing first of all on those made within the Security Council following the unanimous vote on resolution 827 (1993) approving the report by the Secretary-General on the establishment of the ICTY. Statements illustrative of a move towards the affirmation of individual criminal responsibility for violations of the rules applicable in non-international conflicts included that of the United States representative, who expressed the view that "the 'law or customs of war' referred to in Article 3 include all obligations under humanitarian law agreements in force in the territory of the former Yugoslavia at the time the acts were committed, including common Article 3 of the 1949 Geneva Conventions, and the 1977 Additional Protocols to these Conventions" [15] Before making this statement, she had remarked that other members of the Security Council shared this view. Indeed, the French representative seemed to be thinking along the same lines when he asserted that this same expression "law or customs of war" "covers specifically, in the opinion of France, all the obligations that flow from the humanitarian agreements in force in the territory of the former Yugoslavia at the time when the offences were committed" [16] While the British statement was not as clear-cut, since there was no reference to all obligations under the treaties [17], Hungary stressed "the importance of the fact that the jurisdiction of the Tribunal covers the *whole* range of international humanitarian law and the *entire* duration of the conflict *throughout* the territory of the former Yugoslavia" [18], and the Spanish representative also envisaged a very broad scope of jurisdiction in his reference to "the conflict or conflicts in that area" [19]. These statements, together with the repeated assertion that current international law has to be applied, show that for these States universal jurisdiction did indeed exist for the repression of serious violations committed in the course of internal conflict; or, in the case of some of the statements, show at least that the jurisdiction of the tribunal was considered extensive and that there was absolutely no question of deliberately restricting it. [20]

Still on the subject of the ICTY, the United States went even further. In its *amicus curiae* brief submitted in connection with the *Tadic* case, it actually asserted that the provisions concerning grave breaches of the Geneva Conventions (referred to in Article 2 of the Statute of the Tribunal) also covered non-international armed conflicts. [21]

A number of joint statements by European Community member States concerning the situation in the former Yugoslavia address the issue of individual criminal responsibility. They progress from a single express reference to the system of grave breaches provided for in the Geneva Conventions [22] to the assimilation of all serious violations, which, it becomes increasingly clear, include those committed in internal conflicts [23].

Furthermore, on the subject of Rwanda, an extract from the joint position defined by the Council reads as follows: "The European Union stresses the importance of bringing to justice those responsible for the grave violations of humanitarian law, including genocide. In this respect the European Union considers the establishment of an international tribunal as an essential element to stop a tradition of impunity and to prevent further violations of human rights" [24]. It can thus be observed that there seems to be general recognition of universal jurisdiction over serious violations of humanitarian law applicable in internal conflict.

Although they are of the greatest interest with a view to the possible establishment of an *opinio juris*, these statements must be backed up by evidence of actual practice.

2. Military manuals

Since all armed conflict naturally involves action by armed forces or groups, it seems logical to continue our discussion with a brief look at the rules that purport to govern their conduct, in other words, the content of the relevant military manuals currently available.

Starting with the most recent of them, it is interesting to note that the 1992 German military manual includes references to Article 3 common to the Geneva Conventions and Protocol II when it gives a non-exhaustive list of grave breaches of international humanitarian law [25]. Likewise, the Annotated Supplement to the US *Commander's Handbook on the Law of Naval Operations* makes several references to Protocol II when providing examples of "war crimes" [26]. The 1991 Italian military manual uses a lapidary formula to introduce a list of examples of grave breaches, indicating that such violations of the Conventions and Protocols also constitute war crimes. [27]

Several military manuals, taking a different approach, group all violations of the law of armed conflict under the term "war crimes". While undoubtedly excessive in the strictest sense of international law, this conception does allow an interpretation whereby grave breaches of humanitarian law applicable in non-international armed conflicts can be included within the operative scope of the legal notion of "war crimes". Examples of this can be found both in earlier manuals, such as those issued in Great Britain in 1958 [28] and in the United States in 1956, [29] and in more recent documents such as the draft manual prepared by Canada. [30]

However, while the more recent of these manuals are probably indicative of a new trend in favour of the criminalization of serious violations of humanitarian law applicable in internal conflicts, or leave the door open to such a course by the general nature or imprecision of their definition of war crimes, the legal framework for any resulting prosecution is another matter. While very useful, even essential, for understanding the rules governing the conduct of troops in the theatre of operations, something often difficult to define with precision, military manuals are considerably less pertinent when it comes to more visible elements linked to the repression and punishment of violations of such rules. Therefore, before examining the jurisprudence in this regard, we shall take a look at the relevant legal instruments, that is, laws applying the Geneva Conventions (and the Protocols thereto), general criminal law, and military penal codes.

3. National legislation

Among the instruments of national legislation, one of the most significant for our discussion is undoubtedly the Belgian law of 16 June 1993 regarding grave breaches [31], heralded as a "world legal first" by publicists who believe that *Belgium* has become "the first State to specifically classify as 'war crimes' certain serious violations of international humanitarian law committed in the course of a non-international armed conflict" [32]. Offences considered to constitute grave breaches are the acts or omissions listed under Article 1 (paras 1 to 20) when committed against persons protected by the Geneva Conventions or their Additional Protocols. Article 7 of the same law specifies that the jurisdiction of Belgian courts is not territorially limited, and there is no requirement relating to nationality. Although the original bill made no reference to Protocol II, the scope of application was extended to conflicts governed by the latter with government approval and on th e basis of the following justifications put forward by the authors of the amendment: the need to fill a potential legal vacuum; reasons of morality and image in respect of public opinion; and, above all, the absence of any particular legal problems, since the adoption of the amendment was in line with current trends in humanitarian law. [33]

Given the provisions of this law and the terms it uses, its adoption would seem to point to formal recognition of the international criminalization of serious violations of the law applicable in non-international conflict. However, it is worth noting that a commentary on the law specifies that "there is no rule of international law (except, perhaps, in respect of certain specific offences such as torture

and hostage-taking) that defines the acts referred to in the law of 16 June 1993 as international breaches when they are committed in the context of a non-international conflict" [34]. According to the same authors, the new jurisdiction granted to Belgian courts can, however, be considered compatible with the rules of international law, provided that the prosecution of acts or omissions committed abroad by a foreigner in an internal conflict situation respects the principle of legality; in particular, the act in question must be an offence both in the country where it is prosecuted and in the country where it was committed. [35]

In any event, at this stage it will suffice to raise two further points in relation to this law. First, there is still some doubt as to the threshold of the non-international conflicts considered (owing to the uncertainty as to whether there can be grave breaches of Article 3 common to the Geneva Conventions, whose threshold of application is lower than that of Protocol II) [36]. Secondly, certain acts carried out in the context of a non-international conflict could be considered as crimes under the Belgian law even when there are no provisions prohibiting them in international humanitarian law. [37]

Thus Belgium has adopted a legal instrument that is innovative on more than one count. However, *Spain* follows closely on its heels. With the recent adoption of a new penal code [38], it has taken a step in the same direction. The chapter dealing with the law of armed conflict opens with an article enumerating the persons protected thereunder and continues with various provisions detailing punishable acts. Article 608 includes among protected persons those who are protected by virtue of Additional Protocol II of 1977 [39]. The penal code does not stipulate any special restrictions with regard to jurisdiction *ratione personae* or *ratione loci*. On the other hand, the 1985 law on the judiciary [40] indicates that the jurisdiction of Spanish courts may extend to offences committed by anybody anywhere, if the acts in question can be classified under Spanish criminal law as offences that should be prosecuted in Spain pursuant to international treaties and conventions. It should also be noted that no adverse distinction is made in regard to situations covered by Protocol II and that, on the contrary, they seem to be fully integrated in the articles governing armed conflict in general. Further, these articles are among the provisions grouped under the heading "*Delitos contra la Comunidad internacional*".

Although it provides a less precise, less structured description of acts that amount to criminal conduct, the *Finnish* penal code is equally noteworthy. It effectively encompasses all armed conflict situations and all violations of treaty and customary rules of humanitarian law, qualifying all these offences as war crimes. Moreover, Finnish courts have jurisdiction over such acts wherever and by whomever they are committed. [41]

Similarly, Section 11 of Chapter 22 of the *Swedish* penal code clearly regards any serious violation of international humanitarian law (treaty or customary) as a crime against international law, whether committed during a war or during any other type of armed conflict. Such acts fall within the jurisdiction of Swedish courts even if they are committed in another country by non-nationals and against non-nationals (Chapter 2, Section 3, para. 5). [42]

Article 1, para. 3, of the *Netherlands* Criminal Law in Wartime Act (*Wet Oorlogsstrafrecht*) plainly states that civil war should be included under the term "war", while Article 12 gives Dutch courts universal jurisdiction [43]. A case relating to the conflict in the former Yugoslavia, which we shall discuss below, recently clarified the scope of these provisions.

The *Swiss* military penal code also grants national military courts jurisdiction to hear cases involving violations of humanitarian law applicable in non-international armed conflicts, even if such violations are committed in another country and do not directly affect the interests of the Swiss Confederation. In general terms, all violations of international conventions or other law s and customs of war are punishable; whether they amount to a "crime" under national law depends on the seriousness of the offence. There is just one limitation: the second paragraph of Article 108, which permits extension to non-international armed conflict, provides only for violations of international agreements, thus excluding customary rules. The military courts are given relatively broad jurisdiction under Article 2, para. 9, which states that in peacetime persons who can be prosecuted under the military penal code include "civilians who, in the course of an armed conflict, commit offences against the law of nations" [44], with references to the relevant articles of the code. As in the case of the Netherlands, we shall return to this subject later.

Under the heading "*Delitos de carácter internacional*", Article 551 of the *Nicaraguan* penal code adopts a very comprehensive approach to the prosecution of any violation of humanitarian law, whether committed, in the words of the provision itself, in time of international war or civil war. Article 16, para. 3(f), of the code gives Nicaraguan courts jurisdiction over offences included under this heading, irrespective of who committed them and where. [45]

A recently adopted amendment to the *United States* War Crimes Act of 1996 extends the jurisdiction of national courts to violations of Article 3 common to the Geneva Conventions, classifying them as "war crimes" [46]. At first sight, the current position of the United States on this matter therefore seems clear. However, it could be argued that the wording of the text is such that it implies that this term is used to refer solely to US domestic legislation and does not mean that the US considers the concept of "war crimes", as understood in international law, valid for internal conflicts. Nevertheless, it does seem significant that violations of common Article 3 are accorded the same status as grave breaches of the Geneva Conventions. Unlike another draft amendment presented at the same time, this text did not provide for application of the principle of universal jurisdiction, with the result that US legislation still falls short of the system established by the Geneva Conventions for grave breaches. However, due note should be taken of the US government's support for the idea of removing the limitations imposed on the jurisdiction of national courts by the requirement that either the victim or the perpetrator must be a US national or a member of the US armed forces, also in regard to violations of common Article 3.

While the new German military manual seems rather progressive, the *German* penal code fails to meet expectations in this regard. Indeed, none of its provisions refers specifically to armed conflict. The question of the different categories of violations of international humanitarian law incurring individual criminal responsibility is considered to be covered by the normal provisions of criminal law [47]. With the exception of the case of German servicemen outside Germany, to whom the *Wehrstrafgesetz* extends the applicability of the penal code as a whole [48], the only grounds of any interest for broadening the scope of application of the provisions to acts committed abroad refer to those "which are made punishable by the terms of an international treaty binding on the Federal Republic of Germany" [49]. The extraterritorial jurisdiction of German courts over serious violations of humanitarian law applicable in non-international armed conflicts therefore seems far from guaranteed because of the need for a treaty provision attributing individual criminal responsibility for such acts. However, there is nothing to prevent criminal charges being brought against perpetrators of serious violations of the rules applicable in internal conflicts committed in the context of a conflict occurring on the national territory. [50]

When read together, Articles 12 and 356 of the new *Russian* Penal Code of 13 June 1996 lead to similar conclusions. Indeed, while Article 356 refers in very general terms to conduct prohibited by treaties to which the Russian Federation is a party (thus excluding the rules of customary law), without specification as to the type of conflict, Article 12 allows the jurisdiction of the Russian courts to be extended beyond the national territory and to non-nationals if the interests of the Russian Federation are affected or in the event that such an extension of jurisdiction is provided for in an international agreement. The case of nationals, stateless persons, and servicemen is dealt with in the preceding paragraphs of the same article. [51]

Generally applicable in time of war, armed conflict, and occupation, Articles 241 and 242 of the *Portuguese* penal code cover some aspects of humanitarian law (war crimes against civilians and the destruction of monuments, respectively). However, Article 5 extends jurisdiction beyond the national territory and to non-nationals only in certain specified cases, which, curiously enough, include only the second of the above-mentioned articles, or when such jurisdiction is imp osed by international treaty provisions. [52]

Other legal instruments that should be briefly mentioned include the penal codes of *Ethiopia* (1957) [53], *Yugoslavia* (1990; also adopted by *Bosnia-Herzegovina* in 1992) [54], and *Slovenia* (1995) [55], which all provide for the criminalization of certain acts classed as war crimes, regardless of the type of conflict. The *Norwegian* military penal code penalizes all violations of the rules protecting persons and property that are set out in the four Geneva Conventions and the two Additional Protocols thereto [56], and the Irish Geneva Conventions Act of 1962 makes all violations of the Conventions of 1949 punishable, including, therefore, common Article 3. This legal instrument provides for jurisdiction over acts committed abroad by non-nationals, although the scope of that jurisdiction is limited to cases of grave breaches of the Conventions. The Irish Act does not, however, explicitly rule out the hypothesis of the commission of grave breaches in relation to common Article 3. [57]

4. Jurisprudence of national courts

In addition to the War Crimes Act of 1996 and the *amicus curiae* brief submitted to the ICTY in connection with the *Tadic* case [58], a third element, this time of a jurisdictional nature, should be mentioned to illustrate the position of the US. In a torts claim filed by Bosnian victims against Radovan Karadzic, a US court of appeal had to give a ruling on the issue of war crimes in an internal conflict. Although this was a civil action, the line of reasoning followed by the court provides points of

interest that are relevant to our discussion. The court considered it necessary to establish clearly that the acts in question constituted violations of international law, so as to establish whether the matter fell within the jurisdiction of the US courts pursuant to the Alien Tort Act of 1789. To this end, the court examined the question of attributing individual responsibility for violations of the law of war under international law. Under the heading of "war crimes", the court measured the alleged acts against the requirements contained in common Article 3. It clearly situated its reasoning in the context of non-international armed conflict and acknowledged the existence of individual responsibility, referring in particular to the judgment delivered by the International Military Tribunal at Nuremberg. In reaching its ruling, the court incidentally touched on matters of criminal law. On the basis of this individualization of responsibility, and setting aside its primarily criminal aspect, the court inferred that national courts had jurisdiction in civil actions relating to acts constituting war crimes In regard to the principle of universal jurisdiction, the court acknowledged its relevance to war crimes, essentially in relation to criminal law, but used it as a basis for asserting that "international law also permits states to establish appropriate civil remedies" [59]. In any event, the court seemed convinced that the notion of war crimes, together with the principle of universal jurisdiction, also covered certain violations of the law applicable in non-international armed conflicts.

A case in which a Bosnian Serb was accused of committing acts including deportation, murder and rape in Bosnia-Herzegovina in June 1992 raised several interesting points in connection with the interpretation of the relevant provisions in *Netherlands* legislation. The military division of the district court of Arnhem, Netherlands, was required to rule on whether there was sufficient basis in law to proceed with the prosecution by military courts of a non-national for acts committed outside the national territory. Classifying the hostilities in question as civil war, and invoking the fact that this type of conflict falls within the definition of "war" within the meaning of the Criminal Law in Wartime Act (Article 1, para. 3), the court pointed out that there was no requirement to establish a link with the national territory (Article 12, para. 1), adding that the notion of a link with the Netherlands State is required only in very specific cases, none of which applied in this instance (Article 1, para. 2). Consequently, it acknowledged the jurisdiction of the Netherlands courts, military courts in the first instance. Following an initial appeal to the Supreme Court, the case was remitted to the district court for reconsideration because of a procedural irregularity. This time round the military division of the Arnhem district court took the opportunity to rule in favour of granting jurisdiction to ordinary courts. A second appeal finally led to confirmation by the Supreme Court that the jurisdiction of the Netherlands courts is not subject to any limitations relating to territory or nationality (of victims or perpetrators). It expressed the opinion that an accurate interpretation of Article 3 of the Criminal Law in Wartime Act, concerning the jurisdiction of the national courts, implies the non-validity of any restriction impose d by the terms of Article 1. Nevertheless, the Supreme Court remitted the case to the military courts. [60]

In April 1997 a case concerning war crimes was brought before a *Swiss* military court for the first time. It involved a Bosnian Serb accused of violence to the physical and mental well-being and outrages on the personal dignity of prisoners and civilians interned in the camps of Omarska and Keraterm. In this particular case, the court finally acquitted the accused for lack of conclusive evidence. Two points are worth highlighting here. First, the indictment refers explicitly (but not exclusively) to Additional Protocol II and to Article 3 common to the Geneva Conventions, even though the alleged acts were committed outside the territory of the Confederation and did not involve a Swiss national. Secondly, although in its judgment the court expressed the view that the conflict in the former Yugoslavia should be considered globally and therefore classified as an international conflict, it also implied that, even if the conflict were otherwise classified, this would not have a decisive effect on jurisdiction by virtue of Articles 108 and 109 of the military penal code. [61]

In *Denmark*, a Bosnian Croat was indicted on numerous charges of ill-treating, and even causing the death, of persons held in a prison camp. He was tried and found guilty on various counts on the explicit basis of the articles relating to grave breaches of the Third and Fourth Geneva Conventions, together with the relevant articles of the Danish penal code [62]. It is interesting to note that, while the offences all took place in July and/or August of 1993 in the context of a conflict that was, on the face of it, non-international the court did not rule on the nature of the conflict, from which it can be deduced that it did not consider this question pertinent to the application of the system of grave breaches. [63]

The same line of reasoning seems to have been followed in *France*, without, however, reaching the stage of a judgment on the merits. Replying to a request filed by Bosnian nationals alleging ill-treatment in a Serb-run detention camp in the town of Kozarac, the High Court of Paris found that it did not have jurisdiction in regard to the charges of genocide and crimes against humanity, but that it did have jurisdiction over charges of torture and war crimes. With regard to the latter, the court examined the articles relating to grave breaches, without considering the nature of the conflict and inferring its jurisdiction from the obligation stipulated in those articles that defendants have to be

committed to the national courts (or have to be extradited) [64]. The Public Prosecutor lodged an appeal and the decision was overturned. With regard to war crimes, jurisdiction was rejected on the grounds that the provisions of the Geneva Conventions that were invoked were not directly applicable because of their wording, and that there was no text adapting French legislation to those provisions. The criminal division of the Court of Cassation subsequently confirmed this ruling. [65]

In *Belgium*, a case involving a Rwandan accused of having committed, in Rwanda, crimes defined as grave breaches of international humanitarian law by the Belgian law of 16 June 1993 gave various courts the opportunity to confirm the jurisdiction of Belgian courts over acts punishable under that law, even if they are committed in an internal conflict outside the national territory and do not involve Belgian nationals. [66]

Required to rule on the constitutionality of a bill concerning the procedure for the repression of criminal offences committed during the events of 1956 and, more specifically, on the question of their imprescriptibility, the *Hungarian* Constitutional Court stated that violations of common Article 3 could be subject to imprescriptibility under Hungarian constitutional law, which provides for an exception to the rules on statutory limitations in respect of war crimes and crimes against humanity as defined by international law. Having made this assertion, the court itself classified violations of common Article 3 as crimes against humanity, but without precisely delimiting the concept. However, the reasons given for reaching this conclusion clearly revealed that the court did not consider such violations to constitute grave breaches within the meaning of the Geneva Conventions of 1949. In this respect, it drew attention to the confusion that could result from the wording of Article 2 of the bill under examination, provided indications as to a possible interpretation, but refrained from declaring it unconstitutional (which it did in respect of Article 1). Subsequently, the Hungarian Parliament incorporated the wording of Article 2 intact in a new law and the Constitutional Court, called upon once again to rule on the matter, annulled t he legislative text in its entirety on the grounds of the unconstitutionality of this article as it stood. In its reasoning, it reiterated its position on the absence of a link between violations of common Article 3 and the provisions concerning grave breaches. The fact that the contested article of the national law established such a link was one of the considerations that prompted the court to declare it unconstitutional. [67]

Finally, we should mention the few cases involving rebels or members of the Nigerian army who were tried on the basis of the "Operational code of conduct of the Nigerian armed forces", adopted in 1967 during the civil war against the Biafran rebels [68]. They clearly reveal a trend towards criminalization of certain types ofconduct that violate the rules of humanitarian law applicable in internal conflicts, but the narrow scope of application limits the significance of these examples.

Other sources

1. Security Council resolutions

Other elements that might point to the existence of an *opinio juris* on international criminalization of flagrant violations of humanitarian law applicable in internal conflicts include two resolutions adopted unanimously by the Security Council concerning events in Somalia. In these resolutions the Security Council asserts that those committing or ordering the commission of violations of humanitarian law shall be held individually responsible [69]. Certain resolutions adopted in connection with the conflicts in Rwanda and Burundi contain assertions along the same lines [70]. Similarly, a few resolutions concerning the former Yugoslavia are relevant to this discussion insofar as they address internal conflict situations. [71]

The adoption of such resolutions shows that the Security Council clearly considers the criminal responsibility of individuals committing or ordering the commission of the violations in question (in the context of an internal conflict) to be an issue of international concern, and suggests that this principle of individual responsibility is already well established. Although one may occasionally be perplexed by the terms used, because of their rather imprecise nature or because of the range of violations covered, in general it seems that what the Security Council is addressing in these resolutions is what we call "serious violations" of humanitarian law (applicable, in this case, in non-international armed conflicts).

2. Statutes of the two ad hoc international criminal tribunals

The Statute of the International Tribunal for the former Yugoslavia, the result of a rather cautious drafting procedure, does not actually come down in favour of or against the possible criminalization of serious violations committed in internal conflicts. However, the circumstances of its adoption by the Security Council, the task entrusted to the Tribunal by the latter, the competence *ratione tempori* defined in Article 1 of the Statute, and the Council's awareness of the mixed nature of the

conflict (involving elements of both an international and an internal conflict), suggest "that the Security Council intended that, to the extent possible, the subject-matter jurisdiction of the International Tribunal should extend to both internal and international armed conflicts" [72]. However, even if we can infer that the Security Council wished to move in this direction, what we do not have (by the simple fact of the adoption of the Statute) is a clear assertion as to the state of the law in this regard.

The adoption of the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda is another matter. Indeed, "in that latter respect, the Security Council has elected to take a more expansive approach to the choice of the applicable law than the one underlying the statute of the Yugoslav Tribunal, and included within the subject-matter jurisdiction of the Rwanda Tribunal international instruments regardless of whether they were considered part of customary international law or whether they have customarily entailed the individual criminal responsibility of the perpetrator of the crime" [73]. With the adoption of Article 4 regarding serious violations of Article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II, the Security Council effects what could be regarded as an act of faith in respect of the existence of a law attributing individual criminal responsibility. This sudden development could very well have been anticipated in the light of the preliminary report by the Commission of Independent Experts for Rwanda, which readily classified the situation as a non-international armed conflict, going on to address the issue of individual responsibility [74]. Although somewhat vague in the report, the link could easily be established.

3. Work of the International Law Commission

The International Law Commission (ILC), which is an ideal forum for expounding legal doctrine, incidentally had occasion to approach the issue under discussion from two different angles. The need to frame a statute for an international criminal court (a draft was adopted before the draft code on crimes against the peace and security of mankind, even though work on it was begun later) led the Commission to examine the question of non-international conflicts with a view to defining the scope of the jurisdiction of the future court.

In addition to crimes against humanity, genocide and crimes of aggression, the court would also exercise jurisdiction, according to the draft, over serious violations of the laws and customs applicable in armed conflicts and crimes that are defined as such or are governed by the treaties enumerated by the ILC. This list excludes Protocol II because it does not meet the criteria established by the ILC, one of which requires "that the treaty created either a system of universal jurisdiction based on the principle *aut dedere aut judicare* or the possibility for an international criminal court to try the crime, or both, thus clearly recognizing the principle of international concern" [75]. The commentary on the subparagraph referring to serious violations of the laws and customs applicable in armed conflicts gives no clear indication as to whether it is intended to cover the notion of "war crimes" [76], nor whether non-international conflicts are also included (which the text itself seems to imply). On this last point, the ILC makes particular reference to its draft code on crimes against the peace and security of mankind, as adopted on first reading. The commentary on the latter explains that: "The expression 'armed conflict', on the other hand, was clear and precise and required no explanation. The definition of war crimes as violations of the 'rules of international law applicable in armed conflict' covered both conventional law and customary law, as well as *all types of armed conflict*, to the extent that international law was applicable to them".[77]

The second ILC draft that interests us here is precisely the draft code on crimes against the peace and security of mankind. After some hesitation on this point [78], the Commission finally adopted a draft that dealt, in paragraph (f) of the article entitled "War crimes", with acts committed in violation of humanitarian law applicable in internal conflicts [79]. In its commentary on this article, it stresses that there is now general recognition of the principle of individual criminal responsibility for such violations [80]. The above-mentioned paragraph (f), not content with following the current trend of developments in the law, went even further, moving in the direction of the possible recognition that crimes against the peace and security of mankind, in the eyes of the ILC an extremely serious category which incurs application of the principle *aut dedere aut judicare*, can be committed in the context of internal conflicts [81]. In a distinctly innovative vein, the Commission specifies in its commentary that paragraph (g) of Article 20 (damage to the environment) should be understood as encompassing both international and non-international conflicts, even though it admits to not being totally convinced that this is necessarily a war crime under the law as it currently stands [82].

Terminological aspects

Before concluding, it is important to draw attention, once again, to the lack of uniformity in respect of the vocabulary used: should one talk of "war crimes" or can the term "grave breaches" be used in cases of conduct substantially covered by the treaty provisions relating to this category of violations?

The decision of the Tribunal for the former Yugoslavia in the Tadic case

The Appeals Chamber of the ICTY was required to rule on this issue in its decision of 2 October 1995 in the *Tadic* case, and we shall begin with a brief account of its reasoning and conclusions.

As one of the grounds for its appeal, the defence filed a motion contending that, owing to the internal nature of the conflict in question, Articles 2 (Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949), 3 (Violations of the laws or customs of war), and 5 (Crimes against humanity) of the Statute were not applicable. With regard to Article 2, the Appeals Chamber states that the system of grave breaches to which it refers is confined to the persons and property protected by the Geneva Conventions and can in no way be considered as applying to situations covered by common Article 3. It adopts an apparently very strict position on this point, asserting that this is in fact the only possible interpretation of the pertinent provisions. However, referring to the *amicus curiae* brief submitted by the US, it qualifies its position, stating that "a change in customary law concerning the scope of the 'grave breaches' system might gradually materialize" [83]. With regard to Article 3 of the Statute, it begins by pointing out that it should be interpreted as a "general clause" intended to cover any law meeting the enumerated criteria [84]. It goes on to examine in depth a number of customary rules relating to internal conflicts and then addresses the issue of individual criminal responsibility. On this point, it admits the existence of a customary rule, and this leads it to the following conclusion: "In the light of the intent of the Security Council and the logical and systematic interpretation of Article 3 as well as customary international law, the Appeals Chamber concludes that, under Article 3, the international Tribunal has jurisdiction over the acts alleged in the indictment, regardless of whether they occurred within an internal or an international armed conflict". [85]

Although it does not actually use the term, the Chamber therefore seems to take the view that today "war crimes" can exist in the context of internal conflicts. However, in view of the current state of the law, it refuses to admit that "grave breaches" can be committed in such situations.

While this is the majority position of the Chamber, Judge Abi-Saab issued a separate opinion, stating "on the basis of the material presented in the Decision itself, that a strong case can be made for the application of Article 2, even when the incriminated act takes place in an internal conflict" [86]. In order to explain the shift from the "traditional" interpretation of "grave breaches" towards the new scope of this term, two possibilities are considered (the first being preferable): (1) the "subsequent practice" and *opinio juris* of the States party to the Conventions have led to a new teleological interpretation whereby non-international conflicts have come to be included in the system of "grave breaches"; (2) the new normative substance has established "a new customary rule ancillary to the Conventions, whereby the regime of 'grave breaches' is extended to internal conflicts". [87]

State practice and opinions

As far as vocabulary is concerned, it has to be admitted that the expression "grave breach" is used with considerable frequency. We have taken note of the position of the United States as set out in its *amicus curiae* brief submitted in connection with the *Tadic* case, the texts of German and Italian military manuals, the Belgian law of 16 June 1993, the decision reached by the High Court of Paris, and the judgment handed down by the Danish Supreme Court. It is by no means coincidental that all these texts are dated later than 1990.

However, every one of these contributions has a weak point: the US position is not underpinned by any tangible element; the German manual is not supported in its ambitions by the legislative framework; and the French decision and the Danish judgment are not explicit as to the nature of the conflict concerned. Hungary stands out on its own with its unequivocal opposition to the use of the expression "grave breaches", its Constitutional Court favouring the term "crimes against humanity".

In any event, the position most commonly adopted (although sometimes implicitly), and perhaps the most convincing in many cases, is to place serious violations under the broader terminological umbrella of "war crimes", even when the acts in question could also be classified as grave breaches if committed in the context of an international conflict.

Although from the terminological point of view the balance therefore seems to be tipped in favour of the generic term "war crimes", one must be careful not to overlook the importance of the real meaning States attribute to the terms they use. It is worth pointing out here that when it is clearly a question of grave breaches according to the "traditional" concept, States also sometimes adopt a circumspect and original approach. In any event, and in particular following the adoption of Protocol I, which marked an important move towards bringing what is known as "the law of The Hague" and "the law of Geneva" into line with each other (or the gradual inclusion of one in the other), it is becoming

increasingly difficult to make any distinction between the two notions on the basis of the range of behaviours they encompass. In point of fact, it is probably their respective mechanisms of repression that most clearly differentiate one from the other.

In this regard, one point is evident: even though some States assume the right to prosecute non-nationals for serious violations of international humanitarian law applicable in internal con flicts committed in other countries (and even though the work of the ILC and the statutes and jurisprudence of the ad hoc international criminal tribunals are also based on the principle of universal jurisdiction), it still seems very difficult to conclude that a sufficiently significant number of States initiate prosecutions by virtue of a hypothetical obligation to do so. It cannot therefore be asserted that a system of grave breaches currently exists for situations of internal conflict.

Conclusion

In the last analysis, it does not seem unreasonable to assert that serious violations of humanitarian law applicable in internal conflict do in fact constitute "war crimes" under international law as it stands today, the corollary to this change in status being the principle of universal jurisdiction.

Furthermore, doctrine, which serves as a subsidiary means for the determination of the rules of international law, appears to substantiate that opinion [88]. Indeed, very recent developments seem to support the idea that the customary rule we are seeking has now clearly emerged. Indeed, in mid-February 1997 the ICRC submitted a rather circumspect working paper on war crimes to the Preparatory Committee for the Establishment of an International Criminal Court. After considering grave breaches and other serious violations of international humanitarian law applicable in international armed conflict, the document devotes a third section to what the ICRC, in the statement attached thereto, describes as war crimes committed in the course of non-international armed conflicts. [89]

This paper, presented by New Zealand and Switzerland and supported by several other delegations, was initially selected, along with the US proposal (which also contained a section on non-international conflicts), as a basis for discussion and as one of the sources for a draft consolidated text on war crimes [90]. At the beginning of December 1997, the Preparatory Committee pursued its examination of the issue. A new draft article on war crimes (Article 20C), which includes numerous options, contains two sections devoted to non-international armed conflict. Section C deals with serious violations of common Article 3, and section D enumerates several other violations of the law applicable in internal armed conflicts. [91]

Many States were agreeable to the inclusion of the first or both sections (with minor divergences as to the content of the second). Only a small number were reticent, and very few were totally opposed to the inclusion of any provisions at all relating to internal armed conflict. Further, the objections raised by these States did not necessarily refer to the pertinence of the notion of war crimes in non-international armed conflict [92]. They might well be linked solely to the scope of the future court's jurisdiction.

In any event, there is no disputing that during the past five years developments in this area have moved extremely rapidly towards the attribution of individual criminal responsibility to perpetrators of serious violations of international humanitarian law committed in the course of non-international armed conflicts.

Notes:

Original: French

1. With the exception of the internal dimension of crimes against humanity.

2. See the Advisory Opinion of the International Court of Justice concerning *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide,* Advisory Opinion of 18 May 1951, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders* (hereinafter ICJ *Reports*), 1951, p. 23.

3. *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia-Herzegovina *v.* Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, para. 31 (not yet published).

4. UN Doc. S/25704, *Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, 3 May 1993, p. 13, para. 47.

5. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Prosecutor* v. *Dusko Tadic a/k/a "Dule": Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, Decision of 2 October 1995, Case No. IT-94-1-AR72, p. 72, para. 141.

6. See T. Meron, "International criminalization of internal atrocities", *American Journal of International Law*, Vol. 89, 1995, p p. 559-562.

7. See *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, (Nicaragua *v.* United States of America), Merits, Judgment of 27 June 1986, ICJ *Reports*, 1986, paras 220 and 255, pp. 114 and 129.

8. Judgment of the International Military Tribunal, in *The Trial of German Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany*, Part 22, London, 1950, p. 447.

9. *Op. cit.* (note 4), p. 11, para. 37.

10. UN Doc. A/CONF.169/NGO/ICRC/1, Ninth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Cairo, Egypt, *Statement of the International Committee of the Red Cross*, 30 April 1995 (Topic IV), p. 4.

11. *Tadic* decision, *op. cit.* (note 5), p. 48, para. 84.

12. UN Doc. S/1994/674 (annex), *Final Report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)*, 27 May 1994, p. 13, para. 42.

13. For example: E. David, "Le Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie", *Revue belge de droit international*, 1992, pp. 574-575.

14. Judgment of the International Military Tribunal, *loc. cit.* (note 8), pp. 445-447.

15. Statement by Mrs Albright (United States) during the 3217th meeting of the Security Council, UN Doc. S/PV.3217, 25 May 1993, p. 15.

16. Statement by Mr Mérimée (France) at the same meeting, *ibid.*, p. 11.

17. Statement by Sir David Hannay (United Kingdom), *ibid.*, pp. 17-18.

18. Statement by Mr Erdos (Hungary) (italics added), *ibid.*, p. 20.

19. Statement by Mr Yañez-Barnuevo (Spain), *ibid.*, pp. 39-40.

20. On these statements see also the *Tadic* decision, *loc. cit.* (note 5), pp. 44-45, para. 75, and p. 54, para. 88.

21. See *Submission of the Government of the United States of America concerning Certain Arguments made by Counsel for the Accused in the Case of* The Prosecutor of the Tribunal *v.* Dusan Tadic (Case No. IT-94-I-T), 17 July 1995, pp. 35-36.

22. Joint Statement of 6 August 1992, *Official Journal of the European Communities*, Commission, No. 7/8, 1992, pp. 108-109.

23. Joint Statement of 5 October 1992, *op. cit.*, No. 10, 1992, pp. 91, and Joint Statement of 2 November 1992, *op. cit.*, No. 11, 1992, p. 102.

24. Council Decision 94/697/CFSP concerning the common position adopted on the basis of Article J.2 of the Treaty on European Union on the objectives and priorities of the European Union *vis-à-vis* Rwanda, *op. cit.*, No. 10, 24 October 1994, p. 48.

25. (Deutsches) Bundesministerium der Verteidigung, *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten*, Handbuch, August 1992, para. 1209 (also in English: Federal Ministry of Defence, *Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Manual, August 1992). However, a commentary on this manual specifies that Protocol II does not provide for a system of grave breaches and that the repression of violations of the rules of Protocol II ensues solely from national criminal law. Rüdiger Wolfrum, "Zur Durchsetzung des humanitären Völkerrechts", in D. Fleck, ed., *Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten*, Munich, 1994, paras 1201 and 1209 (also in English: D. Fleck, ed., *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, 1995). The limits

imposed by German criminal law on prevention and punishment are discussed below.

26. *Annotated Supplement to The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, NWP 9 (REV.A)/FMFM 1-10, Washington D.C., 1989, para. 6.2.5. Issued by the Office of the Judge Advocate General and consisting mainly of legal references added to the text of the handbook itself, this supplement is not an official publication of the Department of the Navy or the United States government. Moreover, it will be recalled that the United States is not party to the Additional Protocols.

27. "Sono considerati crimini di guerra anche le infrazioni gravi alle Convenzioni internazionali ed ai Protocolli aggiuntivi alle stesse." Stato Maggiore della Difesa, *Manuale di diritto umanitario* (Vol. I: *Usi e Conventioni di Guerra*), Rome, 1991, p. 28, para. 85.

28. War Office, *The Law of War on Land*, Part III of the *Manual of Military Law*, 1958, para. 626.

29. Department of the Army, *The Law of Land Warfare*, FM 27-10, 1956, para. 499.

30. Canadian Forces, *Law of Armed Conflict Manual,* Second Draft, 1988, paras 1701-1704.

31. "Loi relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions (16 June 1993)", in *Moniteur belge*, 5 August 1993, pp. 17751-17755.

32. A. Andries, E. David, C. Van Den Wijngaert, J. Verhaegen, "Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire", *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1994, p. 1133, para. 2.24 (ICRC translation).

33. E. David, "La loi belge sur les crimes de guerre", *Revue belge de droit international*, Vol. XXVIII, 1995, pp. 668-671.

34. *Op. cit.* (note 32), p. 1174 (ICRC translation).

35. *Ibid.*, pp. 1174-1175.

36. The answer should nevertheless lean towards conflicts covered by Protocol II alone. See E. David, *op. cit.* (note 33), p. 671, and A. Andries *et al.*, *op. cit.* (note 32), pp. 1134-1135.

37. The judge should therefore pay particular attention to the principle of *nullum crimen sine lege* when exercising jurisdiction over acts committed by a foreigner outside Belgian territory.

38. *Código Penal,* Law 10/1995, of 23 November.

39. Cases of internal armed conflict more broadly covered by common Article 3 are apparently excluded.

40. *Ley orgánica 6/1985*, of 1 July, of the Judiciary, Art. 23, para. 4.

41. *Penal Code of Finland* (translated by M. Joutsen), in *American Series of Foreign Penal Codes*, Vol. 27, Wayne State University Law School, Rothman/Sweet&Maxwell, Littletown (Colorado)/London, 1987, Chap. 1, Art. 3, para. 2.1, p. 17; Chap. 13, Arts 1 and 2, pp. 48-49. See also L. Hannikainen, R. Hanski, A. Rosas, *Implementing humanitarian law applicable in armed conflicts: The case of Finland*, Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1992, pp. 116-118.

42. *Swedish Penal Code*, National Council for Crime Prevention, Stockholm, 1986, pp. 9 and 68.

43. *Wet Oorlogsstrafrecht, Nederlandse Wetboeken*, Suppl. 226, 1991, pp. 161-167.

44. *Code pénal militaire*, Federal Law of 13 June 1927, 321.0, Federal Chancellor's Office, 1995 (ICRC translation).

45. *Ley de Código penal de la República de Nicaragua*, Bibliografías Técnicas, 1997, pp. 4 and 148.

46. *War Crimes Act of 1996*, Public Law 104-192, 21 August 1996. For the 1997 amendment see also: *Congressional Record — Senate*, November 9, 1997, p. S12362 and *Congressional Record — House*, November 12, 1997, p. H10728.

47. See R. Wolfrum, *op. cit.* (note 25), p. 433.

48. *Wehrstrafgesetz*, Art. 1, para. a, in G. Erbs, M. Kohlhaas, eds., *Strafrechtliche Nebengesetze*, Vol. IV, Munich 1990.

49. *Penal Code of the Federal Republic of Germany* (translated by J. Darby), *American Series of Foreign Penal Codes*, *op. cit.*, (note 41), Vol. 28, Art. 6, para. 9, p. 50.

50. For a discussion of the problems relating to internal conflicts on the territory of States without specific provisions, see M. Bothe "War crimes in non-international armed conflicts", *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 24, 1994, pp. 243-244.

51. *Criminal Code of the Russian Federation*, No. 63-FZ of 13 June 1996, Garant-Service, 1996, Arts 12 and 356.

52. *Código Penal Português* (anotado e comentado: M. Maia Gonçalves), Livraria Almedina, Coimbra, 1996, pp. 93, 727-728.

53. *Penal Code of the Empire of Ethiopia*, Proclamation No. 158 of 1957, in *Negarit Gazeta*, Gazette Extraordinary, Addis Ababa, 1957, Arts 282-284, pp. 87-88.

54. *Penal Code of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia*, 1990, Art. 142-143. On this point, see: *Tadic* decision, *loc. cit.* (note 5), para. 132, pp. 76-77.

55. *Penal Code of Slovenia*, 1 January 1995 (unofficial translation by the Ministry of Justice), Chap. 35: Criminal offences against humanity and international law, pp. 117-118, Arts 374-377.

56. *Militaer Straffelov* of 22 May 1902, No. 13, Art. 108 (as incorporated by the law of 26 November 1954, No. 6, and amended by the law of 12 June 1981, No. 65).

57. *Geneva Conventions Act*, 1962, No. 11, Sections 3 and 4.

58. See note 21 above.

59. Court of Appeals for the Second Circuit, Decision of 13 October 1995 in the case of S. Kadic *v.* R. Karadzic, in *International Legal Materials*, Vol. 34, 1995, p. 1601. See also pp. 1604-1605. Other decisions relating to this case: US District Court for the Southern District of New York, Decisions of 7 September 1994 and of 2 December 1997 in the case of Jane Doe *v.* R. Karadzic.

60. Arrondissementsrechtbank te Arnhem, militaire kamer, Decision of 21 February 1996; Hoge Raad der Nederlanden, Strafkamer, Decision of 22 October 1996; Arrondissementsrechtbank te Arnhem, militaire kamer, Decision of 19 March 1997; Hoge Raad der Nederlanden, Strafkamer, 11 November 1997.

61. Divisional Military Court No. 1, Decision of 18 April 1997 in the case of Judge Advocate *v.* G. Grabec.

62. *Ostre Landsret (Eastern Division of the Danish High Court), Court 3, Decision of 25 November 1994 in the case of Prosecutor v.* R. Saric.

63. On this point see the *Tadic* decision, *loc. cit.* (note 5), p. 46-47, para. 83.

64. Tribunal de grande instance de Paris, Order establishing partial lack of jurisdiction and the admissibility of a civil suit of 6 May 1994 in the case of E. Javor, K. Kussuran, M. Softic, S. Alic et M. Mujdzic *v.* X.

65. Fourth Indictment Division of the Paris Court of Appeal, Appeal against an Order establishing partial lack of jurisdiction and the admissibility of a civil suit of 6 May 1994 in the case of E. Javor, K. Kussuran, M. Softic, S. Alic et M. Mujdzic *v.* X; Criminal Division of the Court of Cassation, Decision of 26 March 1996 (same case).

66. Brussels Court of Appeal, Indictment Division, Decision of 17 May 1995 in the case of V. Nt.; Court of Cassation, Second Chamber, F., Decision of 31 May 1995 (same case); District of Brussels Court of First Instance, Council Chamber, Order of 22 July 1996 (same case).

67. Constitutional Court of the Republic of Hungary, Decision No. 53/1993 (X. 13.) AB and Decision No. 36/1996 (IX.4.) AB.

68. See paras 106, 125, and 130 of the *Tadic* decision, *loc. cit.* (note 5), pp. 58, 67 and 68.

69. See resolutions S/RES/794 (3 December 1992) and S/RES/814 (26 March 1993).

70. For Rwanda, see S/RES/935 (1 July 1994), S/RES/955 (8 November 1994) and S/RES/978 (27 February 1995). For Burundi, see S/RES/1012 (28 August 1995) and S/RES/1072 (30 August 1996).

71. S/RES/787 (16 November 1992), S/RES/808 (22 February 1993), S/RES/819 (16 April 1993), S/RES/820 (17 April 1993), S/RES/827 (25 May 1993), S/RES/859 (24 August 1993), S/RES/913 (22 April 1994), S/RES/941 (23 September 1994), S/RES/1010 (10 August 1995), S/RES/1019 (9 November 1995), and S/RES/1034 (21 December 1995).

72. *Tadic* decision, *loc. cit.* (note 5), p. 44, para. 78.

73. United Nations, *Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 5 of Security Council resolution 955 (1994)*, 13 February 1995, UN Doc. S/1995/134, pp. 3-4, para. 12.

74. United Nations, *Preliminary report of the Independent Commission of Experts established in accordance with Security Council resolution 935 (1994)*, UN Doc. S/1994/1125, 4 October 1994, p. 20, paras 89-91.

75. United Nations, *Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session (2 May-22 July 1994)*, UN Doc. A/49/10, p. 78. However, the exclusion of Protocol II leaves aside the question of possible "grave breaches" of common Article 3, which could, in this respect, fall within the jurisdiction of the court.

76. The ILC believes, for example, that conduct classified as a "grave breach" (and therefore to be regarded as a "war crime") would not necessarily constitute a "serious violation" within the meaning of this article. *Ibid.*, pp. 74-75.

77. Report of the International Law Commission on the work of its forty-first session, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1989, Vol. II, Part 2, p. 53, para. 105 (our italics).

78. After the above-mentioned comment (note 77), the Commission backtracked briefly. See for example the *Report of the International Law Commission on the work of its forty-seventh session (2 May-21 July 1995)*, UN Doc. A/50/10, p. 54.

79. UN Doc. A/CN.4/L.532, 8 July 1996.

80. *Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session (6 May -26 July 1996)*, UN Doc. A/51/10, pp. 118-119.

81. *Ibid.*, pp. 116-117.

82. *Ibid.*, pp. 119-120.

83. *Tadic* decision, *loc. cit.* (note 5), p. 47, para. 83.

84. To be liable to prosecution under Article 3, the conduct in question must contravene a rule of international humanitarian law that is of a customary nature (or a treaty rule, depending on the conditions), must constitute a serious violation and must entail the individual criminal responsibility of the perpetrator. *Ibid.*, pp. 54-55, para. 94.

85. *Ibid.*, p. 71, para. 137. It can be noted that in its judgment of 7 May 1997, the court of first instance essentially declared Tadic guilty on the charges of crimes against humanity and violations of common Article 3. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Prosecutor* v. *Dusko Tadic a/k/a "Dule": Opinion and judgment*, 7 May 1997, Case No. IT-94-1-AR72, p. 300.

86. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Prosecutor* v. *Dusko Tadic a/k/a "Dule": Separate opinion of Judge Abi-Saab on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2 October 1995, Case No. IT-94-1-AR72, p. 5.

87. *Ibid.*, p. 7.

88. For example: M. Bothe, *op. cit.* (note 50), p. 247; C. Meindersma, "Violations of common Article 3 of the Geneva Conventions as violations of the laws or customs of war under Article 3 of the Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", *Netherlands International Law Review*, Vol. XLII, 1995, p. 396; T. Meron, *op. cit.* (note 6).

89. ICRC, *War Crimes*, working paper prepared by the ICRC for the Preparatory Committee for the Establishment of an International Criminal Court, New York, 14 February 1997, 4 pp., and ICRC, *Statement of the ICRC before the Preparatory Committee for the Establishment of an International Criminal Court*, New York, 14 February 1997, 2 pp.

90. See: United Nations, Preparatory Committee for the Establishment of an International Criminal Court, Working group on the definition of crimes, *Written proposal submitted by New Zealand and Switzerland,* 14 February 1997, UN Doc. A/AC.249/1997/WG.1/DP.2, *Written proposal submitted by the United States*, 14 February 1997, UN Doc. A/AC.249/1997/WG.1/D P.1, *Draft consolidated text,* 20 February 1997, UN Doc. A/AC.249/1997/WG.1/CRP.2.

91. *Ibid.*, *War Crimes*, 12 December 1997, UN Doc. A/AC.249/1997/WG.1/CRP.9.

92. It is noteworthy that major States such as India and Indonesia are clearly moving in this first direction.

Other documents in this section:
Info resources > International Review > 1998 - No. 322

In other sections:
Humanitarian law\National implementation\Topics\Penal repression
Humanitarian law\International criminal jurisdiction\International Criminal Court

Back to previous page

Copyright © 2003 International Committee of the Red Cross 31-03-1998

Mr R. van Elst

Afscheid van Joegoslavië

*Over oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid begaan in voormalig Joegoslavië en de Nederlandse rechter**

Wij staan tezaam voor het gericht
voor goed of kwaad te kiezen,
een volk dat voor tirannen zwicht
zal meer dan lijf en goed verliezen
dan dooft het licht.

H.M. van Randwijk

Het is denkbaar dat in Nederland personen worden aangetroffen die ervan worden verdacht in het voormalig Joegoslavië oorlogsmisdrijven of misdrijven tegen de menselijkheid te hebben begaan, terwijl het Internationaal Tribunaal in Den Haag niet tot berechting kan of wil overgaan. De Nederlandse rechter heeft onder bepaalde voorwaarden en omstandigheden rechtsmacht over die misdrijven. Maar de Nederlandse regeling vertoont enerzijds belangrijke lacunes op het punt van de relevante voorwaarden voor strafbaarheid en van de rechtsmacht. En anderzijds worden onnodig strenge eisen gesteld, waardoor de berechting van oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid ernstig wordt bemoeilijkt en in een aantal gevallen zelfs onmogelijk gemaakt.

Arm Joegoslavië

Volgens voorzichtige schattingen zijn in voormalig Joegoslavië tienduizend vrouwen verkracht.[1] Een moslimvrouw verklaarde dat zij door Servische strijders uit haar woning was gehaald en meegenomen naar een kazerne, nadat de mannelijke moslimbevolking van het dorp door Serviërs in een concentratiekamp was gedetineerd. In de kazerne werd de vrouw, tezamen met een aantal

* *Met dank aan prof. mr C.P.M. Cleiren voor de adviezen en het commentaar bij het totstandkomen van deze bijdrage.*

andere vrouwen, vernederd, seksueel misbruikt en mishandeld, onder andere doordat brandende sigaretten op haar armen werden uitgedrukt.[2] Het eindrapport van de VN-commissie van experts bevestigt dat de strijdende partijen in voormalig Joegoslavië zich schuldig maken aan verkrachtingen en een groot aantal andere ernstige misdrijven.

Om met de daders van en verantwoordelijken voor die misdrijven af te rekenen, is het *International Tribunal* opgericht dat is gevestigd in 's-Gravenhage. Het Tribunaal is krachtens het *Statute of the International Tribunal* bevoegd een aantal *Serious Violations of International Humanitarian Law* te berechten die vanaf 1 januari 1991 zijn begaan op het grondgebied van de voormalige Joegoslavische Republiek. In het Statuut worden genoemd: ernstige inbreuken (*grave breaches*) op de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949, andere schendingen van de wetten en gebruiken van de oorlog, genocide en andere misdrijven tegen de menselijkheid waaronder foltering.[3]

Ook de Nederlandse rechter heeft onder bepaalde voorwaarden en omstandigheden rechtsmacht over die misdrijven. In bepaalde gevallen kan het opportuun zijn van die rechtsmacht gebruik te maken. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat in Nederland personen worden aangetroffen die ervan worden verdacht oorlogsmisdrijven of misdrijven tegen de menselijkheid te hebben begaan in voormalig Joegoslavië, terwijl het Tribunaal niet tot berechting kan of wil overgaan. Dat kan zich uiteraard ook voordoen nadat het Tribunaal zijn werkzaamheden heeft beëindigd. Voor die situatie is het van bijzonder belang dat oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid in Nederland niet verjaren, zodat verdachten van deze misdrijven tot in lengte van jaren in Nederland kunnen worden vervolgd.[4]

In het navolgende zal worden bekeken voor welke oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid die zijn begaan in voormalig Joegoslavië, de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft. De hierboven beschreven gebeurtenissen vormen daarbij het aanknopingspunt om in te gaan op de belangrijkste voorwaarden waaraan moet worden voldaan. In het eerste deel wordt ingegaan op de voorwaarden voor strafbaarheid van oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid zoals die in Nederlandse wetgeving worden gesteld. De rechtsmacht voor die misdrijven wordt besproken in het tweede deel. Betoogd wordt dat de Nederlandse regeling, zowel wat betreft de relevante voorwaarden voor strafbaarheid als wat betreft de rechtsmacht, enerzijds belangrijke lacunes vertoont en anderzijds onnodig strenge eisen stelt waardoor de berechting van oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid ernstig wordt bemoeilijkt, en in een aantal gevallen zelfs onmogelijk is.



Richard van Elst is als wetenschappelijk docent verbonden aan de vakgroep strafrecht en criminologie van de Erasmusuniversiteit Rotterdam.

Deel I: Oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid

I.1 Nieuwe strafbepalingen

Sinds 1947 is in Nederland uitdrukkelijk straf bepaald[5] op oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid. Dat geschiedde in artikel 27a van het Besluit Buitengewoon Strafrecht (BBS).[6] Het artikel sluit aan bij het Handvest van de Internationale Militaire Rechtbank te Nürnberg uit 1945. Artikel 6 van dat Handvest geeft onder (b) en (c) een omschrijving van de genoemde misdrijven:

■ 'b. *oorlogsmisdrijven:* namelijk schendingen van de wetten of gebruiken van den oorlog. Zoodanige schendingen zullen omvatten, doch niet beperkt zijn tot moord, mishandeling, of deportatie, met het oog op slavenarbeid of voor eenig ander doel, van de burgerbevolking van of in bezet grondgebied, moord of mishandeling van krijgsgevangenen of van personen op zee, het dooden van gijzelaars, plundering van openbaren o particulieren eigendom, willekeurige vernietiging van steden, plaatsen of dorpen, of verwoesting, welke niet door militaire noodzaak gerechtvaardigd was;

c. *misdrijven tegen de menschelijkheid:* namelijk moord, uitroeiing, het in slavernij voeren, deportatie en andere onmenschelijke handelingen, die vóór of gedurende den oorlog bedr ven zijn tegen burgerbevolking; of vervolging op grond van politiek, ras of godsdienst ter uitvoering van of in verband me eenig misdrijf behoorende tot de rechtsmacht van de Rechtbank, onverschillig of deze geschiedden al dan niet in strijd m het nationale recht van het land waar deze daden werden bedreven.'[7] ■

In het Handvest wordt dus zowel een omschrijving gegeven van oorlogsmisdrijven als van misdrijven tegen de menselijkheid. In het wetsontwerp dat resulteerde in artikel 27a werd echter straf bepaald op schendingen van de wetten en gebruiken van de oorlog, maar niet expliciet op misdrijven tegen de menselijkheid. Minister van Justitie Van Maarseveen wilde in het wetsontwerp niet aansluiten bij het Handvest en achtte h 'niet noodzakelijk en evenmin wenschelijk' de handelingen d vallen onder artikel 6 onder (c) van het Handvest tot misdrijven te verklaren. Deze misdrijven tegen de menselijkheid zou den naar zijn oordeel in de meeste gevallen bestaan uit handelingen die met de wetten en gebruiken van de oorlog in strijd zijn, waarop in het ontwerp wèl straf werd bepaald. Daarnaa achtte hij het wenselijk de misdrijven tegen de menselijkheid bestraffen volgens de overige bestaande nationale strafbepalingen.[8]

Maar de Commissie voor Privaat- en Strafrecht van de Twee Kamer was er niet volkomen zeker van dat het stelsel van h wetsontwerp voor artikel 27a BBS een bestraffing c.q. adequ bestraffing mogelijk zou maken van alle misdaden begaan d niet-Nederlanders. Dit bezwaar achtte de Commissie te ond vangen door in de Nederlandse wetgeving een regeling te incorporeren zoals die is opgenomen in artikel 6 onder (. (c) van het Handvest van de Internationale Militaire Rechtbank. Aldus geschiedde.

Het BBS is echter uitsluitend van toepassing op misdrijven werden begaan tijdens de Tweede Wereldoorlog. Voor het

geval 'wederom onverhoopt oorlog en bezetting over het land zouden komen' heeft de wetgever in 1951 een regeling gegeven in de Wet Oorlogsstrafrecht. In de artikelen 8 en 9 zijn de strafbepalingen voor oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid opgenomen. Daarnaast is in twee later tot stand gekomen wetten, de Uitvoeringswet genocideverdrag en de Uitvoeringswet folteringverdrag, straf bepaald op misdrijven tegen de menselijkheid.

Hieronder wordt bekeken welke oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid in de bovengenoemde wetten zijn opgenomen en wat de belangrijkste (algemene) voorwaarden voor strafbaarheid zijn. Daarbij zal steeds kort aandacht worden besteed aan de mogelijkheden om de hierboven beschreven gebeurtenissen te berechten.

De chaotische militaire structuur is dus enerzijds mede verantwoordelijk voor het begaan van oorlogsmisdrijven en anderzijds de oorzaak van het niet bestraffen van de verantwoordelijken. Gezien dit moeilijk te aanvaarden gevolg valt te overwegen om het orgaanvereiste te relativeren of zelfs geheel te verlaten.

Oorlogsmisdrijven

I.2 Orgaanvereiste

Om een verdachte van oorlogsmisdrijven te kunnen veroordelen wordt algemeen aangenomen dat moet worden aangetoond dat hij handelde 'als orgaan, als 'deel' van een instelling van [illegible]gsvoering of bezetting'.[9] Aan dit zogenoemde *orgaanvereiste* wordt voldaan indien de verdachte incidenteel diensten verleende aan één van de strijdende partijen.[10] Dat is een materieel te noemen band, waarvoor een *formeel* dienstverband niet is vereist. Maar zelfs indien het orgaanvereiste in deze ruime zin wordt opgevat,[11] vormt het een beperking van de mogelijkheden om personen wegens oorlogsmisdrijven te berechten. Door de VN-commissie van experts is er op gewezen dat het moeilijk zal zijn aan te tonen dat de van oorlogsmisdrijven verdachte persoon was verbonden met één van de partijen in het gewapende conflict.[12] Dit probleem bestaat onder andere doordat er nauwelijks zicht bestaat op de commandolijnen. Opmerkelijk genoeg zijn deze commandolijnen schijnbaar ook voor de betrokken strijders niet altijd duidelijk. Deze ondoorzichtige militaire structuur resulteert in een gebrek aan effectieve leiding en controle, wat volgens de VN-commissie ten dele de schendingen van de Verdragen van Genève tot gevolg heeft.[13]

Ook komt het voor dat een verdachte geen enkele band heeft met één van de partijen, wat wordt bevestigd door een Duitse overste: 'er doen weekend-Rambo's mee, die niet onder een bevel staan of binnen een commandostructuur fungeren'.[14] In deze gevallen kan de verdachte niet wegens oorlogsmisdrijven worden berecht. De chaotische militaire structuur is dus enerzijds mede verantwoordelijk voor het begaan van oorlogsmisdrijven en anderzijds de oorzaak van het niet bestraffen van de verantwoordelijken. Gezien dit moeilijk te aanvaarden gevolg valt het mijns inziens te overwegen om het orgaanvereiste te relativeren of zelfs geheel te verlaten. Vooralsnog blijft het voor het veroordelen van een verdachte van oorlogsmisdrijven imperatief dat hij was verbonden met één van de strijdende partijen.

1. C. Benard en E. Schlaffer, *Dicht bij ons bed. De gruwelijke oorlog in Bosnië en de apathie van het Westen*, Baarn (Ambo) 1994, p. 38 en 67. Uit het rapport van de VN-commissie van [illegible]erts blijkt dat ook mannen het slachtoffer zijn van seksueel geweld; schattingen over het aantal slachtoffers zijn mij niet bekend: *Final report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992). Annex to Letter dated 24 May 1994 from the Secretary General to the President of the Security Council*, VN-document S/1994/674, § 242.
2. Met dit voorbeeld bedoel ik niet aan te geven dat Serviërs in de Joegoslavische oorlog uitsluitend agressor zijn en moslims uitsluitend slachtoffer.
3. Art. 1-5 en 8 van het Statuut, VN-document S/25704, Trb. 1993, 168. Het Tribunaal heet voluit: *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of Internationaal Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*; Zie hierover ook J.M. Sjöcrona, *Oorlogstribunaal in Den Haag. Veel vragen en weinig antwoorden*, NJB 1993, p. 1435-1442, waar tevens een aantal relevante bepalingen uit het Statuut worden vermeld.
4. Wet van 8 april 1971, Stb. 1971, 210.
5. Hier wordt bewust gesproken van straf bepaald in plaats van het meer gangbare strafbaarstellen. De wetgever stelt deze misdrijven mijns inziens niet strafbaar, maar bepaalt slechts de straf. De hier besproken misdrijven ontlenen hun principiële kracht immers aan, zoals Pompe dat schreef, 'het in de harten geschreven recht.' W.P.J. Pompe, *Eenige aspecten van het Politieke Strafrecht. Rede ter herdenking van den Dies Natalis der Rijksuniversiteit te Utrecht*, Utrecht/Nijmegen 1947, p. 18.
6. Besluit van 22 dec. 1943, Stb. D (1943) 61; art. 27a werd ingevoegd bij Wet van 10 juli 1947, Stb. H (1947) 233.
7. Opgenomen bij de *Overeenkomst tusschen de Regeering van het Vereenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, de Regeering van de Vereenigde Staten van Amerika, de Voorlopige Regeering van de Fransche Republiek en de Regeering van de Unie van Socialistische Sowjet-Republieken voor de vervolging en bestraffing van de groote oorlogsmisdadigers van de Europeesche As*, Londen 8 aug. 1945, Stb. G 5.
8. BTK 1946-1947, 429, nr 3 MvT, p. 3 l.k.; nr 6 MvA, p. 11 r.k.; zie ook nr 3 MvT, p. 2 r.k.; nr 5 VV, p. 8 l.k.
9. A. Krikke, *De zaak Menten en de bijzondere rechtspleging. Een beschrijving van de regelingen voor de officiële afrekening met nazidelinkwenten in Nederland*, R&K 1978 p. 89-116, p. 267-313 en 1979 p. 4-70: p. 39-41; M.W. Mouton, *Oorlogsmisdrijven en het internationale recht*, diss. Leiden, 's-Gravenhage 1947, p. 318; Remmelink in zijn conclusie voor HR 29 mei 1978, NJ 1978, 358 m.nt. ThWvV. *Menten I*, p. 1243-1244; Sjöcrona (1993) p. 1439; HR 2 mei 1989, NJ 1989, 669 m.nt. ThWvV. *Oberkapo in kamp 'Erika'*; T. Meron, *Rape as a Crime under International Humanitarian Law*, American Journal of International Law 1993, vol. 87 no. 3, p. 424-428: 426 noot 19.
10. BTK 1946-1947, 429, nr 5 VV, p. 9 r.k.; R. van Elst, *Dangerous liaisons. De berechting van oorlogsmisdadigers*, NJB 1992, p. 577-582: 581.
11. Zie Remmelink in zijn conclusie voor HR 29 mei 1978, NJ 1978, 358 m.nt. ThWvV. *Menten I*, p. 1243 l.k., maar de Hoge Raad is daartoe niet bereid: HR 2 mei 1989, NJ 1989, 669 m.nt. ThWvV. *Oberkapo in kamp 'Erika'*. Dat

→

I.3 Verkrachting als oorlogsmisdrijf

Als kan worden aangetoond dat de verdachte handelde als 'orgaan' rest de niet minder gewichtige vraag of de hierboven beschreven verkrachtingen zijn aan te merken als een oorlogsmisdrijf. Aangezien een ernstige inbreuk op de Verdragen van Genève een oorlogsmisdrijf oplevert volgens de Nederlandse wet, is het voldoende indien kan worden aangetoond dat verkrachting een ernstige inbreuk is. De Verdragen van Genève kwalificeren zelf een aantal gedragingen als ernstige inbreuken, zoals 'opzettelijke levensberoving, marteling of onmenselijke behandeling, waaronder begrepen biologische proefnemingen, het opzettelijk veroorzaken van hevig lijden, van ernstig lichamelijke letsel, dan wel van ernstige schade aan de gezondheid'.[15] De VN-commissie van experts is mijns inziens terecht van oordeel dat verkrachting en ander seksueel geweld kan worden aangemerkt als 'marteling of onmenselijke behandeling' en als het 'opzettelijk veroorzaken van hevig lijden'.[16] Ook in voormalig Joegoslavië werd verkrachting gezien als een oorlogsmisdrijf. Een Joegoslavische wet uit 1945 kwalificeert verkrachting namelijk expliciet als een oorlogsmisdrijf.[17]

I.4 Wet Oorlogsstrafrecht

In artikel 8 WOS is straf bepaald op het schenden van de 'wetten en gebruiken van de oorlog'. Daarmee wordt rechtstreeks verwezen naar het in internationale overeenkomsten neergelegde geschreven oorlogsrecht en het internationaal gewoonterecht voor zover dat op oorlog betrekking heeft.[18] Onder het geschreven oorlogsrecht vallen bijvoorbeeld de reeds genoemde Verdragen van Genève van 12 augustus 1949.[19] Daarin worden de verdragsluitende staten onder andere verplicht de ernstige inbreuken op die Verdragen strafbaar te stellen in de nationale wetten.[20] Aan die verplichting beoogt Nederland te voldoen door middel van de strafbepaling van artikel 8 WOS. In de WOS is niet afzonderlijk straf bepaald op misdrijven tegen de menselijkheid.

Misdrijven tegen de menselijkheid

I.5 Algemeen

Anders dan bij de vervolging van oorlogsmisdrijven is het orgaanvereiste geen algemeen vereiste voor het vervolgen van misdrijven tegen de menselijkheid. Wel moeten deze misdrijven volgens de Bijzondere Raad van Cassatie beperkt worden uitgelegd in die zin

■ 'dat misdrijven van deze categorie worden gekarakteriseerd hetzij door hun ernst en barbaarsheid, hetzij door hun omvang, hetzij door de omstandigheid, dat zij deel uitmaken van een systeem van terreurhandelingen, of een schakel vormen in een doelbewust gevolgde politiek, gericht tegen bepaalde bevolkingsgroepen...'[21] ■

Behalve dat het feit moet passen in een stelsel van vervolging en ontrechting van een bepaalde groep, noemt Rüter nog twee voorwaarden om te kunnen spreken van een misdrijf tegen de menselijkheid. Het moet gaan om een ernstig feit en bovendien moet de overheid, die tot preventie en repressie is geroepen, de delicten bevorderen of dulden.[22] Doordat de overheid bepaalde misdrijven bevordert of duldt, voert zij mijns inziens een crimineel te noemen politiek. Deze betrokkenheid van de overheid noemt Röling het 'wezenlijke' van misdrijven tegen de menselijkheid.[23]
Uitdrukkelijk stelt Rüter dat misdrijven tegen de menselijkheid ook buiten het geval van oorlog of een gewapend conflict kunnen worden begaan.[24] Maar ook indien zij in geval van oorlog worden begaan, leveren deze misdrijven niet altijd oorlogsmisdrijven op. Von Schirach werd bijvoorbeeld veroordeeld wegens misdrijven tegen de menselijkheid omdat hij tijdens de Tweede Wereldoorlog als *Gauleiter* had deelgenomen aan de deportatie van Joden uit Wenen. Zijn handelen werd door de Internationale Militaire Rechtbank te Nürnberg echter niet gekwalificeerd als een oorlogsmisdrijf.[25]

Zowel de Uitvoeringswet genocideverdrag als de Uitvoeringswet folteringverdrag zijn ook van toepassing buiten het geval van oorlog of een gewapend conflict. Daarmee wordt enerzijds onderkend dat de daarin opgenomen misdrijven tegen de menselijkheid ook strafbaar zijn indien zij worden begaan buiten het geval van oorlog, en wordt anderzijds onderkend dat misdrijven tegen de menselijkheid niet altijd oorlogsmisdrijven opleveren. Maar de Uitvoeringswet genocideverdrag zwijgt, anders dan de Uitvoeringswet folteringverdrag, over de betrokkenheid van de overheid die juist het wezenlijke is van misdrijven tegen de menselijkheid. Wel eisen beide wetten een bepaald bij de dader aanwezig oogmerk. Op de betrokkenheid van de overheid en het bij de dader vereiste oogmerk wordt hieronder nader ingegaan.

I.6 Uitvoeringswet genocideverdrag

Genocide is één van de misdrijven tegen de menselijkheid.[26] Op genocide is in de Nederlandse wet straf bepaald in de Uitvoeringswet genocideverdrag. Uit artikel 1 van deze wet blijkt niet dat voor toepassing van deze wet enige betrokkenheid van de overheid bij de genocide is vereist:

■ '1. Hij die met het oogmerk een nationale, etnische of godsdienstige groep, dan wel een groep, behorende tot een bepaald ras, geheel of gedeeltelijk, als zodanig te vernietigen, opzettelijk:
1. leden van de groep doodt;
2. leden van de groep zwaar lichamelijk of geestelijk letsel toebrengt;
3. aan de groep levensvoorwaarden oplegt die op haar gehele of gedeeltelijke lichamelijke vernietiging zijn gericht;
4. maatregelen neemt, welke tot doel hebben geboorten binnen de groep te voorkomen;
5. kinderen van de groep gewelddadig overbrengt naar een andere groep

Zowel de eis van betrokkenheid van de overheid bij het folteren, als de eis dat die overheid is erkend door de Nederlandse regering, maken het bewijzen van foltering in de zin van de Uitvoeringswet folteringverdrag, bijzonder problematisch.

Zowel de Nederlandse regeling van de rechtsmacht ten aanzien van genocide als de strafbepaling op andere misdrijven tegen de menselijkheid, vertoont een belangrijke lacune.

wordt als schuldig aan genocide gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren.' ■

In het Ad Hoc Comité, dat een ontwerp-Verdragtekst had opgesteld, is besproken of in de definitie van genocide expliciet moest worden opgenomen dat de overheid bij de genocide was betrokken. Deze eis werd uiteindelijk niet in het Verdrag opgenomen, onder andere vanwege de moeilijke bewijsbaarheid ervan.[27] Dat neemt niet weg dat genocide juist een internationaal delict wordt doordat de overheid erbij is betrokken.[28]
Het bij de dader vereiste oogmerk houdt tot op zekere hoogte verband met de betrokkenheid van de overheid. Alleen indien kan worden bewezen dat bij één of meer verdachten dit oogmerk aanwezig was, is er volgens de wet en het verdrag sprake van genocide. Daartoe moet, nadat is vastgesteld dat iemand is gedood, of het slachtoffer is geworden van een ander in artikel 1 lid 1 onder 1-5 genoemd misdrijf, worden aangetoond dat het slachtoffer behoorde tot een 'nationale, etnische of godsdienstige groep, dan wel een groep, behorende tot een bepaald ras'. Vervolgens moet worden bewezen dat de verdachte wist dat zijn slachtoffer tot de genoemde groep behoorde. Ten slotte moet worden bewezen dat het oogmerk van de verdachte was gericht op de vernietiging van de genoemde groep. Met dat oogmerk wordt niet de hoogste vorm van opzet (*dolus directus*) bedoeld;[29] de term moet hier ruim worden opgevat. Geëist wordt niet dat de vernietiging het uiteindelijke doel was van de dader,[30] maar dat de dader wist of begreep dat zijn optreden een bijdrage zou kunnen vormen aan de (gedeeltelijke) vernietiging van de groep.
Ook indien hij bijvoorbeeld een moslimfamilie vermoordde om zich hun goederen te kunnen toeëigenen, kan het bedoelde oogmerk worden bewezen. Een dergelijk oogmerk kan ook aanwezig worden geacht indien hij een moslimvrouw verkracht. Een verkrachting valt immers aan te merken als het toebrengen van zwaar geestelijk en soms zelfs als het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel. Het vereiste oogmerk zal bestaan indien de verdachte wist of begreep dat de vrouw door de verkrachting ongeschikt zou worden voor het voortbrengen van (moslim)kinderen. Dat verkrachtingen plaatsvinden met dit oogmerk wordt wel verondersteld, maar is nog niet aangetoond. Wèl staat volgens Benard en Schlaffer vast 'dat het Servische leger de verkrachtingen onder de burgerbevolking en in de kampen toestaat, zo niet zelfs bevordert, en dat er bovendien speciale verkrachtingskampen zijn.'[31]
Indien kan worden aangetoond dat de overheid is betrokken bij genocide, kan mijns inziens relatief eenvoudig worden bewezen dat de verdachte het vereiste oogmerk had. De door de overheid gevoerde criminele politiek dient immers te bestaan uit het bevorderen of dulden van delicten die worden genoemd in artikel 1 lid 1 onder 1-5. Dat zo'n politiek wordt bedreven is doorgaans een feit van algemene bekendheid – al zal die door de betrokken overheid veelal worden ontkend – waardoor die kennis ook bij de verdachte aanwezig mag worden verondersteld. Met het begaan van de hierboven bedoelde delicten, aanvaardt de verdachte dat ze passen in de door de

→

laatste is mijns inziens ten onrechte en in strijd met de wetsgeschiedenis: Van Elst (1992) p. 578, 580-581.

12. *Final Report of the Commission of Experts* (1994) §§ 114 en 120-124.

13. *Final Report of the Commission of Experts* (1994) § 128.

14. H.P. Heckner geciteerd in Benard en Schlaffer (1994) p. 71.

15. Verdragen van Genève (I) voor de verbetering van het lot der gewonden en zieken, zich bevindende bij de strijdkrachten te velde (art. 49); (II) voor de verbetering van het lot der gewonden, zieken en schipbreukelingen van de strijdkrachten ter zee (art. 50); (III) betreffende de behandeling van krijgsgevangenen (art. 129) en (IV) betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd (art. 146), Trb. 1951, 72-75.

16. *Final Report of the Commission of Experts* (1994) § 105; zie met name C.P.M. Cleiren en M. Tijssen, *The crime of rape and other sexual assaults in the war in former Yugoslavia. Memorandum of law applicable to the conflict in former Yugoslavia*, dat deel uitmaakt van de bijlagen die waarschijnlijk binnenkort integraal worden gepubliceerd; zie in gelijke zin: Meron (1993) p. 426; J.S. Pictet (ed.), *Commentary IV. Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war*, International Committee of the Red Cross, Genève 1958, p. 599.

17. Wet getekend 25 aug. 1945, Sluzbeni List no. 66, 1 sept. 1945, aangehaald in Mouton (1947) p. 192: 'Any person who commits a war crime, i.e. [...] any person who caused [...] abduction for prostitution, or raping, or forced conversion to any other faith;'

18. BTK 1950-1951, 2258, nr 3 MvT, p. 9 l.k.

19. BTK 1951-1952, 2258, nr 4 VV, p. 17 l.k.; nr 5 MvA, p. 27 l.k.

20. Verdragen van Genève (I) art. 49 en 50; (II) art. 50 en 51; (III) art. 129 en 130 en (IV) art. 146 en 147.

21. BRvC 11 april 1949, NJ 1949, 425 *Ahlbrecht II* m.nt. BVAR; zie ook BRvC 20 febr. 1950, NJ 1950, 303. *Siebers.*

22. C.F. Rüter, *Enkele aspecten van de strafrechtelijke reactie op oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid*, diss. UvA, Amsterdam 1973, p. 37-38; in gelijke zin B.V.A. Röling in zijn noot bij *Ahlbrecht II*; instemmend aangehaald door Krikke (1979) p. 49.

23. In zijn noot bij *Ahlbrecht II*, NJ 1949, 425; zie ook P.N. Drost, *The crime of state. Penal protection for fundemental freedoms of persons and peoples. Book II: Genocide. United Nations legislation on international criminal law*, Leiden 1959, p. 66.

24. Rüter (1973) p. 10, 40-41; Krikke (1979) p. 49-51; T. Meron, *War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law*, American Journal of International Law 1994, vol. 88 no. 1, p. 78-87: 85.

25. R.K. Woetzel, *The Nuremberg Trials in International Law, with a postlude on the Eichmann case*, Londen/New York 1962, p. 176; vgl. BRvC 20 febr. 1950, NJ 1950, 303 *Siebers.*

26. BTK 1961-1962, 6612 (R 262), nr 3 MvT, p. 4 l.k.; Rüter (1973) p. 38-39; Mouton (1947) p. 455; B.V.A. Röling, *Het volkenrechtelijk misdrijf van genocide en het Nederlandse strafrecht*, NJB 1962, p. 377-384: p. 378; Drost (1959) p. 39, 75-76.

27. Drost (1959) p. 30-31 en 66-67; zie ook: BTK 1961-1962, 6612 (R 262), nr 3 MvT, p. 4 r.k.

28. Zie hierover nader II.4.

→

overheid gevoerde criminele politiek. Daarmee kan het vereiste oogmerk worden bewezen.

I.7 Uitvoeringswet folteringverdrag

In de Uitvoeringswet folteringverdrag is naast een bij de dader aanwezig oogmerk, expliciet het orgaanvereiste opgenomen en impliciet de eis van betrokkenheid van de staat bij foltering. In de Uitvoeringswet wordt foltering omschreven als een gekwalificeerde vorm van mishandeling, wat blijkt uit artikel 1:

■ '1. Mishandeling gepleegd door een ambtenaar of een anderszins ten dienste van de overheid werkzame persoon in de uitoefening van zijn functie aan iemand die van zijn vrijheid is beroofd, met het oogmerk om inlichtingen of een bekentenis te verkrijgen, hem te bestraffen, hem of een ander vrees aan te jagen of te dwingen iets te doen of te dulden, of uit minachting voor diens aanspraken op menselijke waardigheid, wordt, zo deze gedragingen van dien aard zijn, dat zij het beoogde doel kunnen bevorderen, als foltering gestraft met gevangenisstraf van ten hoogte vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie.
2. Met mishandeling wordt gelijkgesteld het opzettelijk teweegbrengen van een toestand van hevige angst of een andere vorm van ernstige geestelijke ontreddering.
3. Indien het feit de dood tengevolge heeft wordt de schuldige gestraft met levenslange gevangenisstraf of met tijdelijke van ten hoogste twintig jaren of geldboete van de vijfde categorie.' ■

Het is juist de betrokkenheid van de nationale overheid bij misdrijven tegen de menselijkheid en de daarmee samenhangende nalatigheid om die misdrijven te berechten, die het doorbreken van de nationale rechtsmacht noodzakelijk maakt en het ingrijpen door andere landen rechtvaardigt.

Mishandeling wordt in de memorie van toelichting bij de Uitvoeringswet omschreven als 'het opzettelijk toebrengen van hevige pijn of hevig leed, lichamelijk dan wel geestelijk'.[32] Daaronder kan in ieder geval verkrachting worden begrepen en hetzelfde geldt voor veel andere vormen van seksueel geweld. Daarmee is echter niet gezegd dat iedere verkrachting kan worden gekwalificeerd als foltering.
Door bij de dader een bepaald oogmerk te eisen, wordt de reikwijdte van deze wet beperkt, al moet ook hier het oogmerk mijns inziens in ruime zin worden opgevat.[33] Aan het vereiste oogmerk is onder andere voldaan indien de verdachte het slachtoffer mishandelt uit minachting voor diens aanspraken op menselijke waardigheid; als het slachtoffer wordt mishandeld 'om wat hij is, om wat hem als mens doet verschillen'. Met deze enigszins omslachtige omschrijving van dit oogmerk wordt de term discriminatie vermeden maar dat is wel wat de wetgever bedoelt.[34] Het oogmerk kan bij het optreden zoals dat is beschreven in de inleiding mijns inziens worden afgeleid uit het feit dat door de Servische strijders alleen moslimvrouwen werden meegenomen naar de kazerne, verkracht en mishandeld.
Problematisch en opmerkelijk is de eis die de wet stelt aan de kwaliteit van de dader. Die doet denken aan het orgaanvereiste zoals dat geldt voor oorlogsmisdrijven. En dat is opmerkelijk aangezien foltering in het Statuut wordt gekwalificeerd als een misdrijf tegen de menselijkheid,[35] en daarvoor is het orgaanvereiste niet 'wezenlijk'. Dat desniettemin het orgaanvereiste is opgenomen zou kunnen worden verklaard uit het feit dat foltering in de Verdragen van Genève wordt gekwalificeerd als een ernstige inbreuk en dus een oorlogsmisdrijf oplevert.

Om het hier genoemde orgaanvereiste te bewijzen is het niet voldoende om aan te tonen dat de verdachte incidenteel diensten verleende aan een staat. In deze wet is namelijk geen materieel, maar een formeel criterium opgenomen: het moet gaan om een 'overheidsfunctionaris of andere persoon die in een officiële hoedanigheid handelt.'[36] Daarbij is het de vraag wie als overheid moet worden beschouwd. Dat dit probleem geenszins denkbeeldig is, blijkt uit de onduidelijke gezagsverhoudingen zoals die hierboven zijn vermeld met betrekking tot de situatie in voormalig Joegoslavië (I.2). Ook de minister achtte het tijdens de behandeling van de ontwerpuitvoeringswet folteringverdrag niet uitgesloten dat foltering wordt begaan tijdens een intern gewapend conflict waarbij het niet altijd duidelijk zal zijn wie met het *feitelijk* gezag is bekleed. Aan dat gezag stelt hij vervolgens een wel uiterst formele eis:

■ 'Naar het voorkomt zal ten deze doorslaggevend zijn of een van foltering verdacht persoon ten tijde van het feit handelde onder verantwoordelijkheid van de organisatie die als de met overheidsgezag optredende organisatie door de Nederlandse regering wordt erkend, waarmee zij zich ook onder vigeur van het Verdrag acht in uitleveringsverhoudingen te staan.'[37] ■

Daarmee compliceert de minister de toch al niet eenvoudige vraag naar het orgaanvereiste. Hij eist namelijk dat het overheidsgezag ten dienste waarvan de folteraar foltert, door de Nederlandse regering is erkend. Dat kan ertoe leiden dat een folteraar in voormalig Joegoslavië niet in Nederland kan worden berecht omdat de overheid waarvoor hij folterde niet door de Nederlandse regering was erkend. Dit is des te opmerkelijk aangezien het niet denkbeeldig is dat Nederland weigert een overheid te erkennen juist omdat zij op grote schaal de mensenrechten schendt.
In de Uitvoeringswet folteringverdrag wordt de betrokkenheid van de overheid bij het folteren geïmpliceerd door het vereiste dat de folteraar in de uitoefening van zijn functie foltert, maar die eis wordt in de wettekst niet expliciet gesteld. De mogelijkheid bestaat immers dat een overheidsfunctionaris in functie een misdrijf begaat dat door de overheid niet wordt getolereerd.[38] In de Memorie van Antwoord wordt echter duidelijk dat de betrokkenheid van de overheid bij het folteren een 'essentieel element' is: het slachtoffer moet onder de fysieke beschikkingsmacht van de overheid zijn gebracht en het moet de overheid zijn 'die van die toegekende of -gemeten macht

gebruik maakt om het slachtoffer te (doen) mishandelen.'[39] Zowel de eis van betrokkenheid van de overheid bij het folteren, als de eis dat die overheid is erkend door de Nederlandse regering, maken het bewijzen van foltering in de zin van de Uitvoeringswet folteringverdrag, bijzonder problematisch.

I.8 Wet Oorlogstrafrecht

In de WOS is niet afzonderlijk straf bepaald op misdrijven tegen de menselijkheid. Daarmee is echter niet gezegd dat die misdrijven geen rol spelen in de WOS. In het geval dat een oorlogsmisdrijf uiting is 'van een politiek van stelselmatige terreur of wederrechtelijk optreden tegen de gehele bevolking of een bepaalde groep daarvan', wordt de maximumstraf verhoogd van tien jaren tot levenslange gevangenisstraf.[40] Deze omschrijving toont belangrijke overeenkomst met de uitleg die de Bijzondere Raad van Cassatie geeft aan het misdrijf tegen de menselijkheid.
In de WOS ontbreekt een regeling met betrekking tot misdrijven tegen de menselijkheid die worden begaan in geval van oorlog maar die geen schending van de wetten en gebruiken van de oorlog opleveren. Daaruit blijkt een lacune in de Nederlandse wet. Een voorbeeld daarvan is de vervolging van burgers op grond hun politieke overtuiging zoals leden van oppositiepartijen. Deze vorm van genocide is bewust uit het Genocideverdrag gelaten wegens bezwaren van communistische landen.[41] Dat was in de eerste jaren na de Tweede Wereldoorlog wel anders: in artikel 6 onder (c) van het Handvest wordt deze vorm van genocide uitdrukkelijk genoemd.
Waarom laat de Nederlandse wetgever na om ook andere misdrijven tegen de menselijkheid strafbaar te stellen? Het antwoord daarop is te vinden in de wetsgeschiedenis van artikel 27a BBS. Destijds verklaarde de minister van justitie het niet nodig te vinden om misdrijven tegen de menselijkheid afzonderlijk strafbaar te stellen. Hij gaf er de voorkeur aan om deze misdrijven te berechten volgens de bestaande nationale bepalingen. Daarmee miskende hij het wezenlijke van de misdrijven tegen de menselijkheid: vanwege de betrokkenheid van de nationale overheid zal de nationale rechter weinig geneigd zijn deze misdrijven te berechten.

Die betrokkenheid van de nationale overheid is juist de rechtvaardiging om de nationale rechtsmacht te doorbreken en de berechting van die delicten toe te staan aan andere overheden. Aan de regeling van de rechtsmacht voor de Nederlandse rechter is het tweede deel van deze bijdrage gewijd. De rechtsmacht met betrekking tot oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid is geregeld in de wetten waarin op die misdrijven straf is bepaald. Dat zijn achtereenvolgens de Uitvoeringswet folteringverdrag, de Uitvoeringswet genocideverdrag en de Wet Oorlogsstrafrecht.

Deel II: Rechtsmacht

II.1 Uitvoeringswet folteringverdrag

In de Uitvoeringswet folteringverdrag wordt rechtsmacht gevestigd op grond van het universaliteitsbeginsel. Artikel 5 bepaalt dat deze wet ook toepasselijk is op ieder die zich buiten Nederland aan foltering schuldig maakt. Ondanks de 'traditioneel' genoemde bezwaren tegen het universaliteitsbeginsel, acht de Nederlandse wetgever de toepassing ervan te 'billijken'. Als belangrijkste grond daarvoor noemt zij

■ 'de ondraaglijkheid van de gedachte dat folteraars, zolang hun door het regime van hun eigen land de hand boven het hoofd gehouden wordt, zich vrijelijk naar andere landen kunnen begeven en daar zelfs ongestraft oog in oog kunnen komen te staan met hun naar het buitenland gevluchte slachtoffers.'[42] ■

Deze grond geldt evenzeer als het gaat om genocide.

II.2 Uitvoeringswet genocideverdrag

In de Uitvoeringswet genocideverdrag wordt de rechtsmacht niet gebaseerd op het universaliteitsbeginsel, maar op het actief personaliteitsbeginsel.[43] Een reden hiervoor zou gevonden kunnen worden in het Genocideverdrag dat evenmin uitgaat van het universaliteitsbeginsel maar slechts uitgaat van het territorialiteitsbeginsel. Daar staat evenwel tegenover dat de Nederlandse wetgever zich, met het vestigen van rechtsmacht op grond van het actief personaliteitsbeginsel, bereid toont verder te gaan dan waartoe het Verdrag verplicht. Evenmin lijkt de reden te kunnen worden gevonden in de periode waarin de Uitvoeringswet van kracht werd. Dat was in 1964: eerder dan de Uitvoeringswet folteringverdrag (die dateert uit 1988), maar later dan de WOS (1951). In beide wetten wordt de rechtsmacht gevestigd op grond van het universaliteitsbeginsel.

29. P.J.H.M. Brouns, *Opzet in het wetboek van strafrecht*, diss. Groningen, Arnhem 1988, p. 179-180; J. Remmelink, *D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Arnhem 1994 (13e druk), p. 212-214, m.n. p. 214.
30. Vgl. Drost (1959) p. 33, 81-84, m.n. p. 84.
31. Benard en Schlaffer (1994) p. 37.
32. BTK 1986-1987, 20 042, nr 3 MvT (herdruk), p. 3.
33. Dat valt mijns inziens af te leiden uit de voorbeelden van de strafbepalingen die worden gegeven in BTK 1987-1988, 20 042, nr 6 MvA, p. 2-3; vgl. F.A. Egter van Wissekerke, *De implementatie van het folteringsverdrag. Internationaal versus nationaal strafrecht*, NJB 1988, p. 113-117: 116.
34. BTK 1986-1987, 20 042, nr 3 MvT (herdruk), p. 3; het andere oogmerk ('om inlichtingen of...dulden') blijft in verband met de strekking van deze bijdrage hier onbesproken.
35. Zie artikel 5 onder f, geciteerd in Sjöcrona (1993) p. 1437; dat doet ook *Kontrollratsgesetz Nr 10*, Wet van 20 december 1945, geciteerd in Rüter (1973) p. 36.
36. BTK 1986-1987, 20 042, nr 3 MvT (herdruk), p. 3.
37. BTK 1987-1988, 20 042, nr 6 MvA, p. 5.
38. Voorbeelden daarvan zijn de ambtsdelicten art. 355-380 Sr.
39. BTK 1987-1988, 20 042, nr 6 MvA, p. 4.
40. Art. 8 lid 3 onder 5 WOS.
41. BTK 1961-1962, 6612 (R 262), nr 3 MvT p. 3; Drost (1959) p. 29-33 en 58-63. Ook culturele genocide werd bewust niet in het Verdrag opgenomen.
42. BTK 1986-1987, 20 042, nr 3 MvT (herdruk), p. 6.
43. Art. 5 lid 1 onder 1 Uitvoeringswet genocideverdrag: 'De Nederlandse strafwet is toepasselijk op de Nederlander, die zich buiten Nederland schuldig maakt: 1. aan een misdrijf omschreven in de art. 1 en 2 van deze wet'; zie ook art. 5 lid 1 onder 2 Sr; vgl. art. VI Verdrag.
44. BTK 1951-1952, 2258, nr 5 MvA, p. 27 l.k.; zie ook nr 4 VV, p. 17 l.k.; BTK 1950-1951, 2258, nr 3 MvT, p. 7 r.k.
45. M.W. Mouton, *De Wet Oorlogsstrafrecht en het internationale recht*, Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht 1960, p. 59-71: p. 61-63; zie ook BTK 1950-1951, 2258, nr 3 MvT, p. 7 r.k.

II.3 Wet Oorlogsstrafrecht

In artikel 3 WOS wordt de Nederlandse strafwet, 'onverminderd het te dien aanzien in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Militair Strafrecht bepaalde', toepasselijk verklaard 'op ieder, die zich buiten het rijk in Europa schuldig maakt aan misdrijven omschreven in de artikelen 8 en 9' WOS. Daaruit volgt dat ten aanzien van oorlogsmisdrijven (art. 8 en 9) rechtsmacht is gevestigd op grond van het universaliteitsbeginsel. Dat blijkt ook uit de Memorie van Antwoord waarin wordt opgemerkt dat de Nederlandse rechter bevoegd is tot het kennisnemen van oorlogsmisdrijven 'onverschillig door wie en waar deze zijn begaan, derhalve ook in die gevallen, waarin het misdrijf door een niet-Nederlander buiten Nederland is begaan in een oorlog, waarbij ons land geen partij is.'[44] Mouton wijst er nog eens op dat ook aan de hierboven genoemde Verdragen van Genève het universaliteitsbeginsel ten grondslag ligt.[45] Röling is het daarmee niet geheel oneens, maar is van mening dat het universaliteitsbeginsel beperkt moet worden opgevat. Bij de distributie van rechtsmacht staat voor hem voorop het belang dat de betreffende nationale gemeenschap heeft bij de berechting van de oorlogsmisdrijven in kwestie. Dat belang acht hij uitsluitend aanwezig indien de nationale gemeenschap is betrokken bij het conflict waarin de oorlogsmisdrijven zijn begaan.[46] Het universaliteitsbeginsel wordt aldus opgevat als een 'uitgebreid beschermingsbeginsel',[47] waarbij de nationale gemeenschap het belang beschermt dat zij heeft als betrokkene bij het conflict: het belang dat de wetten en gebruiken van de oorlog niet worden geschonden. Dat belang is mijns inziens echter universeel: oorlogsmisdrijven zijn immers misdrijven tegen de internationale rechtsorde. Bovendien zou men kunnen stellen dat Nederland belang heeft bij het berechten van verdachten van (oorlogs)misdrijven indien slachtoffers van deze misdrijven in Nederland verblijven. Maar zelfs indien het universaliteitsbeginsel beperkt zou worden opgevat zoals Röling voorstaat, heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht over de oorlogsmisdrijven begaan in voormalig Joegoslavië, aangezien Nederland bij dat gewapend conflict is betrokken tot herstel van internationale vrede en veiligheid.[48]
In het verlengde van deze discussie ligt de vraag of de WOS eigenlijk wel van toepassing is indien Nederland niet bij het betreffende conflict is betrokken. Röling is van mening dat de WOS niet geldt als Nederland 'neutraal' is in het conflict.[49] Ter ondersteuning van deze opvatting beroept hij zich allereerst op de door hem voorgestane beperkte uitleg van het universaliteitsbeginsel. Ten tweede op een uitleg van het begrip 'in geval van oorlog' zoals dat wordt gebruikt in het eerste lid van artikel 1 WOS. Dat moet volgens Röling worden uitgelegd als: in geval van oorlog *waarbij Nederland is betrokken*. Artikel 1 spreekt immers van misdrijven, in geval van oorlog begaan of eerst in geval van oorlog strafbaar. Deze laatste groep betreft strafbepalingen die zijn overgenomen uit het BBS. In de meeste van die bepalingen wordt gesproken over een vijand, wat impliceert dat Nederland bij die oorlog is betrokken, of zelfs over een mogendheid die met Nederland in oorlog is.[50] Aangezien deze delicten betrekking hebben op een oorlog waarbij Nederland partij is, zou het bestanddeel 'in geval van oorlog' in artikel 1 in die zin beperkt moeten worden uitgelegd.
Om dezelfde reden die Röling noemt moet het bestanddeel mijns inziens juist niet beperkt worden uitgelegd. Waarom zou artikel 1 WOS beperkt moeten worden uitgelegd als dezelfde beperking reeds expliciet is opgenomen in enkele van toepassing verklaarde strafbepalingen? Röling wijst bovendien zelf nog op een ander argument om artikel 1 lid 1 niet beperkt uit te leggen. Het tweede lid van hetzelfde artikel stelt immers expliciet de eis dat Nederland bij het conflict is betrokken. Uit het ontbreken van deze eis in het eerste lid kan met goed recht de conclusie worden getrokken dat de WOS toepasselijk is in iedere oorlog, ook indien Nederland daar niet bij is betrokken. Dat deze beperking in de artikelen 8 en 9 WOS ontbreekt is mijns inziens begrijpelijk, aangezien het hier gaat om misdrijven tegen de internationale rechtsorde.
Ook de wetsgeschiedenis maakt duidelijk dat artikel 1 niet beperkt moet worden uitgelegd. In het Voorlopig Verslag wordt namelijk opgemerkt dat het opvallend is dat in artikel 3, waarin de rechtsmacht wordt geregeld, de woorden 'door de tegenpartij' ontbreken, waarmee juist een zeker verband tussen het oorlogsmisdrijf en ons land wordt aangegeven: 'Theoretisch zal het dus mogelijk zijn, dat de Nederlandse rechter een onderdaan van een vreemde Mogendheid, die buiten Nederland een oorlogsmisdrijf begaat tegen een onderdaan van een andere Mogendheid in een oorlog, waarin ons land geen partij is, veroordeelt.'[51] Deze 'theoretisch' geachte mogelijkheid wordt in de Memorie van Antwoord bevestigd.[52]

Tegen het vestigen van rechtsmacht op grond van het universaliteitsbeginsel wordt wel het bezwaar aangevoerd dat een Nederlandse rechter het verwijt zou kunnen worden gemaakt dat hij zich mengt in de binnenlandse aangelegenheden van een andere staat.

Opvallend genoeg wordt het universaliteitsbeginsel ten aanzien van de in artikel 8 en 9 genoemde oorlogsmisdrijven in de tekst van de WOS alleen expliciet aanvaard indien kan worden gesproken van een *oorlog*. In het geval van een gewapend conflict dat niet als oorlog kan worden aangemerkt, verklaart het tweede lid van artikel 1 WOS namelijk alleen de artikelen 4-9 WOS van toepassing, maar niet artikel 3 waarin nu juist het universaliteitsbeginsel ten aanzien van oorlogsmisdrijven is neergelegd. Dit moet een vergissing zijn. Zo niet, dan zou ten aanzien van de genoemde strafbepalingen een regeling van de rechtsmacht geheel ontbreken. Artikel 2 WOS, waarin onder andere de rechtsmachtsregeling van het gemene strafrecht op de WOS van toepassing wordt verklaard, is immers evenmin van toepassing verklaard. Het kan toch niet de bedoeling zijn geweest om strafbepalingen van toepassing te verklaren, zonder een rechter de bevoegdheid te geven de overtreding daarvan te berechten? Een andere onvolkomenheid blijkt uit het feit dat evenmin artikel 10 WOS van toepassing is verklaard. Daarin wordt bepaald dat de artikelen 42 en 43 Sr niet van toepassing zijn ten aanzien van de feiten genoemd in artikel 8 en 9. Het zou zorgvuldiger zijn geweest in artikel 1 lid 2 alle bepalingen van materieel strafrecht (art. 2-11 WOS)[53] van overeen-

komstige toepassing te verklaren. Daarmee zou recht worden gedaan aan de bedoeling van de WOS in het algemeen en de strafbaarstelling van oorlogsmisdrijven in het bijzonder, zoals de minister van justitie die verwoordde in de Tweede Kamer: 'dat een misdadiger zo min mogelijk zijn verdiende straf zal ontgaan, waar ter wereld hij zich ook bevinden zou'.[54]
Wat resteert is de vraag waarom het universaliteitsbeginsel niet aan de Uitvoeringswet genocideverdrag ten grondslag ligt. In de volgende paragraaf wordt betoogd dat zowel de Nederlandse regeling van de rechtsmacht ten aanzien van genocide als de strafbepaling op andere misdrijven tegen de menselijkheid, een belangrijke lacune vertoont.

Het is in het bijzonder jegens de slachtoffers niet te rechtvaardigen dat een folteraar niet zou kunnen worden veroordeeld om de vormelijke reden dat de overheid voor wie de folteraar folterde, niet door de Nederlandse regering was erkend.

II.4 Lacunes in de Nederlandse wetgeving

Tegen het vestigen van rechtsmacht op grond van het universaliteitsbeginsel wordt wel het bezwaar aangevoerd dat een Nederlandse rechter het verwijt zou kunnen worden gemaakt dat hij zich mengt in de binnenlandse aangelegenheden van een andere staat. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn indien een staat is betrokken bij het door de rechter te berechten misdrijf, en dat is bij genocide veelal het geval. Uiteindelijk komt de berechting van de van genocide verdachte persoon dan neer op berechting van de staat die mede verantwoordelijk is voor het optreden van de verdachte.
Met name de communistische landen zagen om die reden in het vestigen van rechtsmacht op grond van het universaliteitsbeginsel, een aantasting van het soevereiniteitsbeginsel en een inmenging in de binnenlandse aangelegenheden.[55] Om het Verdrag voor een groot aantal landen aanvaardbaar te maken, verplicht het dan ook slechts tot het vestigen van rechtsmacht op grond van het territorialiteitsbeginsel.
Waarom Nederland niet zo ver gaat om ten aanzien van genocide rechtsmacht te vestigen op grond van het universaliteitsbeginsel, is niet duidelijk en is mijns inziens een belangrijk gemis. Juist omdat de nationale overheid zal zijn betrokken bij genocide, zal zij weinig geneigd zijn haar eigen onderdanen te berechten wegens genocide. De nationale rechter zal nauwelijks of geen mogelijkheden hebben of initiatief nemen om misdrijven te berechten waarbij de eigen overheid is betrokken. Berechting van genocide door een nationale rechter zal slechts te verwachten zijn na een interne revolutie of nadat het land is bezet.[56] Het is juist de betrokkenheid van de nationale overheid bij misdrijven tegen de menselijkheid en de daarmee samenhangende nalatigheid om die misdrijven te berechten, die het doorbreken van de nationale rechtsmacht noodzakelijk maakt en het ingrijpen door andere landen rechtvaardigt.[57]
Bij het berechten van misdrijven waarbij een staat is betrokken, heeft de berechting door een rechter in een andere staat veelal het voordeel van een on*partij*dige rechter. Dat geldt bijvoorbeeld indien de misdrijven zijn begaan tijdens een oorlog en de berechting plaats heeft in een land dat geen partij was bij dat conflict. Daarmee kan worden voorkomen dat alleen de misdrijven worden berecht die zijn begaan door de overwonnen partij. Dat dit probleem niet denkbeeldig is blijkt uit de naoorlogse berechting van oorlogsmisdrijven door de geallieerden. Geallieerde rechters hebben nauwelijks oorlogsmisdrijven berecht die waren begaan door de geallieerde strijdmacht. Bovendien werden bepaalde 'nazi-oorlogsmisdrijven' niet berecht omdat ook de geallieerden zich daaraan schuldig hadden gemaakt.[58]
Een onpartijdige rechter zou beter in staat zijn de oorlogsmisdrijven van alle oorlogvoerende partijen te berechten. Dat deze rechter onvoldoende inzicht zou hebben in de omstandigheden waaronder de misdrijven zijn begaan, is een te overkomen probleem. Bij de berechting van Pieter Menten, die zich in Polen schuldig had gemaakt aan misdrijven tegen de menselijkheid, liet de Nederlandse rechter zich bijvoorbeeld uitgebreid voorlichten door deskundigen.
Doordat voor genocide de rechtsmacht van de Nederlandse rechter alleen is gebaseerd op het territorialiteits- en actief personaliteitsbeginsel, is een (evenwichte) berechting van genocide nauwelijks mogelijk. Het Genocideverdrag en de Uitvoeringswet zijn dan ook niet meer dan een slechte poging tot het voorkomen en het berechten van genocide. De tijd is gekomen om voor dit misdrijf rechtsmacht te vestigen op grond van het universaliteitsbeginsel. Dat daarvan werd afgezien tijdens de tot-

46. B.V.A. Röling, *Enkele volkenrechtelijke aantekeningen bij de Wet Oorlogsstrafrecht*, in: *Varia juris gentium. Vraagstukken van internationaal recht*, Liber Amicorum aangeboden aan J.P.A. François, Leiden 1959 (bijzondere aflevering van het Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht), p. 263-291: p. 266-270.
47. B.V.A. Röling, *Het universaliteitsbeginsel en de Wet Oorlogsstrafrecht*, Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht 1960, p. 144-154: p. 150-151.
48. Resolutie 743 (1992) Veiligheidsraad Verenigde Naties; art. 41 en 42 Handvest van de V.N.
49. Röling (1960) p. 145 en (1959) p. 271-272.
50. Dat laatste is het geval in art. 4 WOS. In de art. 5-7 WOS wordt gesproken over een 'vijand'.
51. BTK 1951-1952, 2258, nr 4 VV, p. 17 l.k.
52. BTK 1951-1952, 2258, nr 5 MvA, p. 27 l.k.
53. Eveneens is verzuimd art. 11 op te nemen in het tweede lid van art. 1. Art. 11 BBS: 'De bij de art. 4-9 strafbaar gestelde feiten worden beschouwd als misdrijven.'
54. HTK 1951-1952, p. 2247; zie ook de in noot 7 genoemde Overeenkomst.
55. BTK 1961-1962, 6612 (R 262), nr 3 MvT, p. 3 r.k.; nr 6 VV, p. 1; BTK 1963-1964, 6612 (R 262) 6613, nr 7 MvA, p. 2 r.k.; Röling (1962) p. 380.
56. BTK 1961-1962, 6612 (R 262), nr 3 MvT, p. 4 r.k.; Röling (1962) p. 378.
57. Rüter (1973) p. 38; Röling in zijn noot bij *Ahlbrecht II*, BRvC 11 april 1949, NJ 1949, 425; zie ook Drost (1959) p. 66.
58. Röling (1959) p. 274: 'Terreurbombardementen werden de Duitse beklaagden in Neurenberg niet te laste gelegd op grond van de practijk van de Engelsen in Duitsland en van de atoombommen op Hiroshima en Nagasaki.'; zo ook Mouton (1960) p. 68-69.

standkoming van het Genocideverdrag in 1948 en de Uitvoeringswet in 1964 moet worden toegeschreven aan de politieke situatie van die tijd. Sindsdien zijn de mondiaal politieke verhoudingen echter ingrijpend gewijzigd. Om daders van misdrijven tegen de menselijkheid te kunnen berechten is universele rechtsmacht noodzakelijk nu het vrijwel uitgesloten is dat deze daders door hun eigen nationale rechter worden berecht. Evenzeer bestaat de noodzaak om straf te bepalen op alle misdrijven tegen de menselijkheid en niet alleen op foltering en genocide. Ten onrechte voert de Nederlandse wetgever het beleid geen straf te bepalen op misdrijven tegen de menselijkheid, tenzij hij daartoe krachtens een Verdrag wordt verplicht. Dat beleid, als er al beleid wordt gevoerd, miskent het wezenlijke van misdrijven tegen de menselijkheid.

Strafbepalingen voor misdrijven tegen de menselijkheid kunnen, net als de strafbepalingen voor het schenden van wetten en gebruiken van de oorlog die nu nog in de WOS staan, in een nieuwe titel van het Wetboek van Strafrecht worden opgenomen: *Misdrijven tegen de internationale rechtsorde*. Deze titel kan eenvoudig worden genoemd in artikel 4 Sr zodat voor de genoemde misdrijven rechtsmacht wordt gevestigd op grond van het universaliteitsbeginsel. De resterende misdrijven die nu nog zijn opgenomen in de WOS kunnen worden toegevoegd aan de eerste titel *Misdrijven tegen de veiligheid van de staat*.

Om daders van misdrijven tegen de menselijkheid te kunnen berechten is universele rechtsmacht noodzakelijk nu het vrijwel uitgesloten is dat deze daders door hun eigen nationale rechter worden berecht.

'Wij staan tezaam voor het gericht'

Het is zeer wel mogelijk in Nederland personen te berechten die zich in voormalig Joegoslavië hebben schuldig gemaakt aan oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid. Dat kan met name tot een veroordeling leiden indien de rechter het orgaanvereiste en het bij de dader vereiste oogmerk in ruime zin opvat, hetgeen hierboven is betoogd. Daarmee is echter niet gezegd dat het eenvoudig zal zijn tot een veroordeling te komen.

Problemen zijn met name te verwachten bij het bewijzen van het orgaanvereiste. Dat wordt enerzijds veroorzaakt doordat er nauwelijks zicht bestaat op de commandolijnen van de diverse strijdende partijen. Anderzijds doordat de wetgever in de Uitvoeringswet folteringverdrag het orgaanvereiste heeft geformaliseerd tot een dienstverband met één van de strijdende partijen, terwijl bij de berechting van oorlogsmisdrijven het orgaanvereiste al kan worden bewezen indien de verdachte incidenteel diensten verleende aan één van de strijdende partijen. Daarnaast eist de wetgever dat de overheid ten dienste waarvan de folteraar foltert, door de Nederlandse regering is erkend. Het is in het bijzonder jegens de slachtoffers niet te rechtvaardigen dat een folteraar niet zou kunnen worden veroordeeld om de vormelijke reden dat de overheid voor wie de folteraar folterde, niet door de Nederlandse regering was erkend.

Indien niet aan het orgaanvereiste wordt voldaan, resteert slechts een mogelijke veroordeling wegens genocide. Op andere misdrijven tegen de menselijkheid dan genocide en foltering heeft de Nederlandse wetgever immers geen straf bepaald. Bij de berechting van verdachten van genocide doet zich echter het probleem voor dat de Nederlandse wetgever de rechtsmacht in de Uitvoeringswet genocideverdrag niet heeft gebaseerd op het universaliteitsbeginsel maar op het territorialiteits- en actief personaliteitsbeginsel.

Dit betekent voor de Serviërs die waren betrokken bij de hierboven beschreven gebeurtenissen, dat zij niet door een Nederlandse rechtbank wegens genocide kunnen worden veroordeeld. Aldus ontstaat de situatie die voor de minister van justitie de belangrijkste reden was om ten aanzien van foltering de rechtsmacht te vestigen op grond van het universalitietsbeginsel:

■ 'Geconfronteerd met de aanwezigheid hier te lande van een alhier door getuigen en slachtoffers als folteraar herkende buitenlander zal de schok die dit in de Nederlandse rechtsorde te weeg zal kunnen brengen door een [niet ontvankelijk verklaarde officier van justitie] niet bepaald worden gedempt.'[59] ■

Alleen al om deze niet te rechtvaardigen einduitspraak te voorkomen, is het noodzakelijk dat de Nederlandse wetgever de strafrechtelijke mogelijkheden tot repressie van oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid gaat herijken. □

59. BTK 1986-1987, 20 042, nr 3 MvT (herdruk) p. 6. In de tekst staat 'zich onbevoegd verklarende rechter'. Dit moet zijn sinds HR 11 sept. 1990, NJ 1991, 250 m.nt. AHJS: niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie.

De Minister van Justitie,
H. MULDERIJE.

De Minister van Binnenlandse Zaken,
J. H. VAN MAARSEVEEN.

De Minister van Oorlog,
C. STAF.

De Minister van Marine,
C. STAF.

Uitgegeven de tiende April 1951.
De Minister van Justitie,
H. MULDERIJE.

□

Wet oorlogsstrafrecht

WET van 10 Juli 1952, *Stb.* 1952, 408, houdende vaststelling van de Wet Oorlogsstrafrecht alsmede van enige daarmede verband houdende wijzigingen in het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Militair Strafrecht en de Invoeringswet Militair Straf- en Tuchtrecht, zoals deze wet is gewijzigd bij de Wetten van 2 juli 1964, *Stb.* 1964, 243, 8 april 1971, *Stb.* 1971, 210, 10 maart 1984, *Stb.* 1984, 91, 27 maart 1986, *Stb.* 1986, 139, 29 september 1988, *Stb.* 1988, 478, 14 juni 1990, *Stb.* 1990, 369 en 372, 28 januari 1999, *Stb.* 1999, 30, 19 april 1999, *Stb.* 1999, 194

Wij JULIANA, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz., enz., enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is bepalingen vast te stellen met betrekking tot in geval van oorlog gepleegde misdrijven en hun berechting, zomede enige wijzigingen aan te brengen in het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Militair Strafrecht en de Invoeringswet Militair Straf- en Tuchtrecht;

Zo is het, dat Wij, de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

Art. I. De navolgende bepalingen worden vastgesteld, die kunnen worden aangehaald als Wet oorlogsstrafrecht

HOOFDSTUK I
Bepalingen van materieel strafrecht

Art. 1. – 1. De bepalingen van deze wet zijn van toepassing op de misdrijven, in geval van oorlog begaan of eerst in geval van oorlog strafbaar, welke zijn omschreven in:

1°. een der Titels I en II van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht;

2°. het Wetboek van Militair Strafrecht;

3°. de artikelen 4-9 van deze wet;

4°. de artikelen 1 en 2 van de Uitvoeringswet genocideverdrag;

5°. de artikelen 1 en 2 van de Uitvoeringswet folteringverdrag.

6°. de artikelen 131 tot en met 134, 189 en 416-417*bis* van het Wetboek van Strafrecht, indien het strafbare feit of het misdrijf, waarvan in die artikelen gesproken wordt, is een misdrijf als in dit artikel bedoeld.

– 2. In geval van een gewapend conflict, dat niet als oorlog kan worden aangemerkt en waarbij Nederland is betrokken hetzij ter individuele of collectieve zelfverdediging, hetzij tot herstel van internationale orde en veiligheid, zijn de artikelen 4-9 van overeenkomstige toepassing en kunnen Wij bij algemene maatregel van bestuur bepalen, dat de overige bepalingen van deze wet geheel of ten dele van toepassing zullen zijn.

– 3. Onder oorlog wordt begrepen burgeroorlog.

Algemeen

– Dit artikel is gewijzigd en aangevuld bij de Uitvoeringswet Genocide Verdrag, wet van 2 juli 1964, *Stb.* 1964, 243, gewijzigd bij de wet van 14 juni 1990, *Stb.* 1990, 372 en van 28 januari 1999, *Stb.* 1999, 30, inwerkingtreding 4 februari 1999.

Art. 2. Voor zover in deze wet niet anders is bepaald, vinden ten aanzien van de in artikel 1 bedoelde misdrijven de bepalingen van het Wetboek van Militair Strafrecht en die ter uitvoering daarvan alsmede, behoudens de uitzonderingen bij dat Wetboek vastgesteld, de bepalingen van het gemene strafrecht toepassing, met dien verstande, dat waar in het Wetboek van Militair Strafrecht of in de bepalingen ter uitvoe-

ring daarvan gesproken wordt van de gerechten bedoeld in de Wet militaire strafrechtspraak, of van in artikel 2 van de Wet militaire strafrechtspraak genoemde personen, daaronder worden begrepen de bij deze wet aangewezen gerechten onderscheidenlijk de personen vallende onder de rechtsmacht van deze gerechten.

Art. 3. Onverminderd het te dien aanzien in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Militair Strafrecht bepaalde is de Nederlandse strafwet toepasselijk:

1°. op ieder, die zich buiten het rijk in Europa schuldig maakt aan een misdrijf omschreven in de artikelen 8 en 9;

2°. op ieder, die zich buiten het rijk in Europa schuldig maakt aan een misdrijf omschreven in de artikelen 4-7 van deze wet dan wel in de artikelen 1 en 2 van de Uitvoeringswet genocideverdrag, indien dit feit is gepleegd tegen of met betrekking tot een Nederlander of een Nederlands rechtspersoon of indien enig Nederlands belang daardoor is of kon worden geschaad;

3°. op ieder, die zich buiten het rijk in Europa schuldig maakt aan een misdrijf, omschreven in een der artikelen 131 tot en met 134, 189 en 416-417*bis* van het Wetboek van Strafrecht, indien het strafbare feit of het misdrijf, waarvan in die artikelen gesproken wordt, is een misdrijf als hiervoor onder 1°. en 2°. bedoeld;

4°. op de Nederlander, die zich buiten het rijk in Europa schuldig maakt aan een misdrijf, in artikel 1 bedoeld.

Algemeen

- Dit artikel is aangevuld bij de wet van 2 juli 1964, *Stb.* 1964, 243.

Art. 4. De Nederlander, die vrijwillig in krijgsdienst treedt bij een buitenlandse mogendheid, wetende, dat deze met Nederland in oorlog is, wordt gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Algemeen

- Dit artikel is gewijzigd bij de wet van 14 juni 1990, *Stb.* 1990, 369.

Art. 5. – 1. Hij die in geval van oorlog opzettelijk een ander blootstelt aan opsporing, vervolging, vrijheidsberoving of -beperking, enige straf of enige maatregel door of vanwege de vijand of diens helpers, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren of geldboete van de vijfde categorie.

– 2. Levenslange gevangenisstraf, of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt opgelegd, indien het feit zwaar lichamelijk letsel, de dood of de vermissing, waaruit redelijkerwijze de dood is af te leiden, ten gevolge heeft.

Algemeen

- Het tweede lid is gewijzigd en het derde lid is vervallen bij de wet van 14 juni 1990, *Stb.* 1990, 369.

Art. 6. Hij die een misdrijf begaat en daartoe gebruik maakt of dreigt te maken van macht, gelegenheid of middel, hem door de vijand geboden, wordt gestraft met:

1°. het dubbele van de op dat misdrijf gestelde gevangenisstraf, indien deze niet meer dan tien jaren gevangenisstraf bedraagt;

2°. levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren, of geldboete van de vijfde categorie indien op dat misdrijf gevangenisstraf van meer dan tien jaren is gesteld;

Algemeen

- Onderdeel 2° is gewijzigd en onderdeel 3° is vervallen bij de wet van 14 juni 1990, *Stb.* 1990, 369.

Art. 7. Hij die in geval van oorlog opzettelijk gebruik maakt of dreigt te maken van macht, gelegenheid of middel hem door de vijand geboden, om een ander in zijn vermogen wederrechtelijk te benadelen of om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Art. 8. – 1. Hij die zich schuldig maakt aan schending van de wetten en gebruiken van de oorlog, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren of geldboete van de vijfde categorie.

– 2. Gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt opgelegd:

1°. indien van het feit de dood of zwaar lichamelijk letsel van een ander te duchten is;

2°. indien het feit een onmenselijke behandeling inhoudt;

3°. indien het feit inhoudt het een ander dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden;

4°. indien het feit plundering inhoudt.

– 3. Levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren, of geldboete van de vijfde categorie wordt opgelegd:

1°. indien het feit de dood of zwaar lichamelijk letsel van een ander tengevolge heeft dan wel verkrachting inhoudt;

2°. indien het feit inhoudt geweldpleging met verenigde krachten tegen een of meer personen dan wel geweldpleging tegen een dode, zieke of gewonde;

3°. indien het feit inhoudt het met verenigde krachten vernielen, beschadigen, onbruikbaar maken of wegmaken van enig goed, dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort;

4°. indien het feit, in het voorgaande lid bedoeld onder 3° of 4°, wordt gepleegd met verenigde krachten;

5°. indien het feit uiting is van een politiek van stelselmatige terreur of wederrechtelijk optreden tegen de gehele bevolking of een bepaalde groep daarvan;

6°. indien het feit inhoudt een schending van een gegeven belofte, of een schending van een met de tegenpartij als zodanig gesloten overeenkomst;

7°. indien het feit inhoudt misbruik van een door de wetten en gebruiken van de oorlog beschermde vlag of teken dan wel van de militaire onderscheidingstekenen of de uniform van de tegenpartij.

Algemeen

LID 3

– De aanhef van lid 3 is gewijzigd bij de wet van 14 juni 1990, *Stb.* 1990, 369.

Art. 9. Met gelijke straf als gesteld op de in het voorgaande artikel bedoelde feiten wordt gestraft hij die opzettelijk toelaat, dat een aan hem ondergeschikte een zodanig feit begaat.

Art. 10. – 1. Ten aanzien van de feiten, bedoeld in de artikelen 8 en 9, zijn de artikelen 42 en 43 van het Wetboek van Strafrecht niet van toepassing.

– 2. Ten aanzien van de feiten, bedoeld in artikel 8, tweede en derde lid, en de in artikel 9 omschreven feiten, voor zover die met de eerstgenoemde verband houden, zijn de artikelen 70 en 76 van het Wetboek van Strafrecht niet van toepassing.

Algemeen

LID 2

– Het tweede lid is ingevoegd bij de wet van 8 april 1971, *Stb.* 1971, 210 en gewijzigd bij de wet van 14 juni 1990, *Stb.* 1990, 369.

Art. 10a. Bij veroordeling tot een gevangenisstraf van tenminste een jaar wegens een der in de artikelen 4-9 bedoelde feiten kan ontzetting van het in artikel 28, eerste lid, onder 3°, van het Wetboek van Strafrecht vermelde recht worden uitgesproken.

Algemeen

– Artikel 10a werd ingevoegd bij de wet van 27 maart 1986, *Stb.* 1986, 139.

Art. 11. De bij de artikelen 4-9 strafbaar gestelde feiten worden beschouwd als misdrijven.

HOOFDSTUK II
Van de bevoegde rechter

Art. 12. – 1. Van de misdrijven, in artikel 1 bedoeld, door wie ook begaan, nemen, behoudens het bepaalde in het tweede lid, kennis de gerechten bedoeld in de Wet militaire strafrechtspraak, de Hoge Raad daaronder begrepen, op de wijze als in die wet bepaald.

– 2. Indien de vervolging van een misdrijf als in artikel 1 bedoeld plaats vindt na een vijandelijke bezetting van het grondgebied van het rijk in Europa of van een gedeelte daarvan, nemen bijzondere rechtbanken en het Bijzondere Hooggerechtshof van deze misdrijven kennis met uitzondering van de misdrijven, door militairen begaan, bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder 2°., of omschreven in de artikelen 131 tot en met 134, 189 of 416-417*bis* van het Wetboek van Strafrecht, indien het misdrijf, waarvan in die artikelen gesproken wordt, is een misdrijf als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder 2°.

– 3. Wij kunnen bij algemene maatregel van bestuur voorzieningen treffen omtrent de overgang van zaken naar de bijzondere gerechten alsmede omtrent de voorbereiding van de vervolging voor de tijd, dat deze gerechten nog niet zijn ingesteld.

– 4. Wij behouden Ons voor bij algemene maatregel van bestuur te bepalen, dat wegens de geringeomvang of duur der bezetting het bepaalde in het tweede lid buiten toepassing zal blijven.

– 5. Eveneens behouden Wij Ons voor bij algemene maatregel van bestuur te bepalen, dat na afloop van feitelijke oorlogshandelingen, ook wanneer daaraan niet een vijandelijke bezetting van het Rijk in Europa of van een gedeelte daarvan is voorafgegaan, het tweede lid in verband met de omvang en de aard der te berechten feiten toepassing zal vinden.

Algemeen

LID 1

– Het eerste lid is gewijzigd bij de wet van 14 november 1990, *Stb.* 1990, 372, inwerkingtreding 1 januari 1991, (*Stb.* 1991, 502).

Art. 13. – 1. De bijzondere rechtbanken en het Bijzondere Hooggerechtshof worden door Ons ingesteld en samengesteld.

– 2. Het rechtsgebied en de plaats van vestiging der bijzondere rechtbanken en de plaats van vestiging van het Bijzondere Hooggerechtshof worden door Ons bij algemene maatregel van bestuur bepaald.

Art. 14. – 1. Het Bijzondere Hooggerechtshof en de bijzondere rechtbanken zijn samengesteld uit een rechtsgeleerde president en zoveel rechtsgeleerde vice-presidenten en rechtsgeleerde en militaire leden als nodig zal blijken.

– 2. Bij het Bijzondere Hooggerechtshof zijn een procureur-generaal en zoveel advocaten-generaal, bij de bijzondere rechtbanken een officier van justitie en zoveel substituut-officieren als nodig zullen blijken. Bij ieder college is een griffier en zijn zoveel substituut-griffiers als nodig zal blijken.

– 3. Wij kunnen plaatsvervangende rechtsgeleerde en militaire leden benoemen.

Art. 15. – 1. Tot de in artikel 14 genoemde betrekkingen met uitzondering van die van militair lid en plaatsvervangend militair lid zijn benoembaar:

1°. bij het Bijzondere Hooggerechtshof zij die benoembaar zijn onderscheidenlijk tot raadsheer in, advocaat-generaal bij of griffier of substituut-griffier van een gerechtshof;

2°. bij de bijzondere rechtbanken zij die benoembaar zijn onderscheidenlijk tot rechter in, officier of substituut-officier van justitie bij of griffier of substituut-griffier van een arrondissements-rechtbank.

– 2. De met rechtspraak belaste rechtsgeleerde leden der bijzondere colleges worden door Ons benoemd voor de duur der instandhouding van het college en bij voorkeur uit de leden van de rechterlijke macht, met rechtspraak belast.

– 3. Tot militaire leden en plaatsvervangende militaire leden zijn benoembaar:

1°. in het Bijzondere Hooggerechtshof opper- en vlagofficieren, al dan niet in actieve dienst;

2°. in de bijzondere rechtbanken officieren, al dan niet in actieve dienst, die ten minste de rang van hoofdofficier hebben.

Art. 16. De leden van de bijzondere colleges ontvangen een bezoldiging, die bij de bijzondere rechtbanken een derde gedeelte van de bezoldiging voor overeenkomstige bedieningen bij de arrondissements-rechtbanken, en bij het Bijzondere Hooggerechtshof een derde gedeelte van de bezoldiging voor overeenkomstige bedieningen bij de Hoge Raad der Nederlanden bedraagt.

Art. 17. – 1. Het Bijzondere Hooggerechtshof vonnist met vijf leden, waaronder tenminste een en ten hoogste twee militaire leden; indien er twee militaire leden zijn, zal zoveel mogelijk een hunner tot de zeemacht en een tot de landmacht behoren.

– 2. De bijzondere rechtbanken vonnissen met drie leden, waaronder één militair lid.

Art. 18. – 1. Tegen de vonnissen der bijzondere rechtbanken staat geen hoger beroep open.

– 2. Tegen deze vonnissen kan beroep in cassatie op de voet van artikel 19 worden ingesteld bij het Bijzondere Hooggerechtshof.

Art. 19. Onverminderd het bepaalde in artikel 34 vernietigt het Bijzondere Hooggerechtshof de vonnissen der bijzondere rechtbanken:

1°. wegens het verzuim van vormen, voorgeschreven op straffe van nietigheid, met dien verstande, dat een zodanig verzuim geen grond tot vernietiging behoeft te geven, indien redelijkerwijze moet worden aangenomen, dat de verdachte door het verzuim in zijn belangen niet is geschaad;

2°. wegens verkeerde toepassing of schending der wet, waarmede te dezen wordt gelijkgesteld de oplegging van een straf of een maatregel, welke niet geacht kan worden te beantwoorden aan de ernst van het misdrijf, de omstandigheden, waaronder het is

begaan, of de persoon of de persoonlijke omstandigheden van de veroordeelde,

3°. wegens overschrijding van rechtsmacht.

Art. 20. De bepalingen van de wet op de rechterlijke organisatie en het beleid der justitie, met uitzondering van de artikelen 8, eerste lid, 15, 17 en 18, en de ter uitvoering van die wet gegeven regelingen zijn met betrekking tot de bijzondere colleges van overeenkomstige toepassing, indien en voor zover van die bepalingen niet in deze wet wordt afgeweken, met dien verstande dat ten aanzien van de bijzondere rechtbanken de bepalingen met betrekking tot de arrondissements-rechtbanken en ten aanzien van het Bijzondere Hooggerechtshof de bepalingen betreffende de Hoge Raad van overeenkomstige toepassing zijn, behoudens dat ten aanzien van het Bijzondere Hooggerechtshof aanbevelingen – voor vacatures waarin na de instelling moet worden voorzien – geschieden op de wijze als voor de gerechtshoven voorgeschreven.

HOOFDSTUK III

Van de rechtspleging bij de bijzondere rechtbanken en bij het Bijzondere Hooggerechtshof

AFDELING I

Algemene bepalingen

Art. 21. Op de rechtspleging bij de bijzondere rechtbanken en bij het Bijzondere Hooggerechtshof zijn de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering van overeenkomstige toepassing, indien en voor zover van die bepalingen niet in deze wet wordt afgeweken, met dien verstande dat:

1°. hetgeen daarin omtrent de rechtbank, derzelver voorzitter, de rechters, de rechter-commissaris, de officier van justitie en de griffier bij de rechtbank is bepaald, te dezen geldt voor de bijzondere rechtbank en de ambtsdragers bij dit college;

2°. hetgeen daarin omtrent de Hoge Raad, deszelfs voorzitter en leden, de procureur-generaal en de griffier bij de Hoge Raad is bepaald, te dezen geldt voor het Bijzondere Hooggerechtshof en de ambtsdragers bij dit Hof;

3°. hetgeen daarin met betrekking tot het kantongerecht of het gerechtshof en de leden der rechterlijke macht bij een dezer gerechten is bepaald, te dezen buiten toepassing blijft.

Art. 22. Onze Minister van Justitie kan bepalen, dat in geval van een misdrijf, waarop deze wet van toepassing is, een bevel tot inverzekeringstelling, als bedoeld in artikel 57 van het Wetboek van Strafvordering, gedurende een langere dan de in artikel 58, tweede lid, van dat Wetboek genoemde termijn van twee dagen van kracht zal zijn, met dien verstande dat de inverzekeringstelling niet langer dan een jaar mag duren.

AFDELING II

Van de vereenvoudigde gerechtelijke afdoening bij de bijzondere rechtbanken

Art. 23. – 1. Onze Minister van Justitie kan, indien zulks voor de goede gang van zaken nodig is, bepalen, dat bij een bijzondere rechtbank één of meer rechters belast worden met vereenvoudigde gerechtelijke afdoening van strafzaken overeenkomstig het bepaalde in deze afdeling.

– 2. Deze worden op voordracht van de president voor de tijd van één jaar uit de rechtsgeleerde leden of plaatsvervangende leden van de bijzondere rechtbank door Onze Minister van Justitie aangewezen.

Art. 24. Indien naar het aanvankelijk oordeel van het openbaar ministerie in een zaak als hoofdstraf gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren, hechtenis of geldboete dient te worden opgelegd en de zaak naar het aanvankelijk oordeel van het openbaar ministerie voor vereenvoudigde gerechtelijke afdoening in aanmerking komt, stelt het de stukken, vergezeld van een schriftelijke vordering tot oplegging van een bepaalde straf, te dien einde in handen van de rechter.

Art. 25. Indien de rechter oordeelt, dat de zaak niet voor vereenvoudigde gerechtelijke afdoening in aanmerking komt, geeft hij daarvan kennis aan het openbaar ministerie onder wederoverlegging der stukken.

Art. 26. – 1. Indien de rechter op grond van de stukken en het verhoor van de verdachte de overtuiging heeft bekomen, dat deze een misdrijf heeft begaan, waarop de bepalingen van deze wet van toepassing zijn, en deswege strafbaar is, kan hij de verdachte straf opleggen. De rechter is niet bevoegd tot oplegging van andere hoofdstraffen dan gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren, hechtenis en geldboete.

– 2. Indien de rechter niet de overtuiging heeft be-

komen, dat de verdachte een bepaald feit, in de vordering van het openbaar ministerie vermeld, heeft begaan, spreekt hij hem ter zake van dat feit vrij.

– 3. Indien de rechter de overtuiging heeft bekomen, dat de verdachte een bepaald feit, in de vordering van het openbaar ministerie vermeld, heeft begaan doch van oordeel is, dat dit niet is een misdrijf, waarop de bepalingen van deze wet van toepassing zijn, of dat de verdachte deswege niet strafbaar is, verklaart hij zich onbevoegd onderscheidenlijk ontslaat hij hem ter zake van dat feit van alle rechtsvervolging.

– 4. De rechter geeft de beslissing, in dit artikel bedoeld, bij schriftelijke beschikking.

Art. 27. – 1. De rechter geeft de beschikking niet alvorens de verdachte te hebben gehoord. Hij doet de verdachte, die in verzekerde bewaring is, voor zich verschijnen. Indien de verdachte in vrijheid is, beveelt hij diens dagvaarding; indien de verdachte niet op de dagvaarding verschijnt, doet hij hem andermaal dagvaarden; hij kan daarbij diens medebrenging bevelen of zodanig bevel later uitvaardigen.

– 2. De president van de bijzondere rechtbank voegt de verdachte, die geen raadsman heeft, uiterlijk de tiende dag vóór die, waarop het verhoor zal plaats vinden, een raadsman toe. Van deze toevoeging benevens van de datum van het verhoor wordt onverwijld schriftelijk kennis gegeven aan de raadsman en aan de verdachte.

– 3. De rechter stelt de verdachte en diens raadsman desverlangd in de gelegenheid van de stukken kennis te nemen.

– 4. Het openbaar ministerie en de raadsman van de verdachte zijn bevoegd het verhoor bij te wonen. In dat geval worden zij in de gelegenheid gesteld het woord te voeren.

Art. 28. – 1. De beschikking behelst de naam van de rechter, de dag waarop de beschikking is genomen, en voor zover mogelijk naam en voornamen, leeftijd, geboorteplaats, beroep en woon- of verblijfplaats van de verdachte.

– 2. De beschikking bevat voorts de beslissing op grond van artikel 26 genomen. In geval van een beslissing als in het eerste lid van dat artikel bedoeld, vermeldt de beschikking de opgelegde straf en het strafbare feit volgens de wettelijke omschrijving ter zake waarvan de straf is opgelegd, met vermelding

omstreeks welke tijd en waar ter plaatse het is begaan.

Art. 29. – 1. De rechter doet de beschikking met de stukken onverwijld toekomen aan het openbaar ministerie.

– 2. De beschikking wordt aan de verdachte in persoon betekend, tenzij zij is genomen en aan de verdachte in afschrift is uitgereikt aanstonds na het verhoor. In het laatste geval maakt de rechter van de uitreiking een acte op. Bij de uitreiking of betekening wordt de verdachte opmerkzaam gemaakt op de bevoegdheden, hem toegekend in de artikelen 30 en 31.

Art. 30. – 1. De verdachte is bevoegd uiterlijk binnen drie weken na de dagtekening van de beschikking, welke hem bij gelegenheid van zijn verhoor is uitgereikt, of anders binnen drie weken na de datum, waarop de beschikking hem in persoon is betekend, een verklaring van bezwaar af te leggen. De artikelen 449-452 van het Wetboek van Strafvordering zijn van overeenkomstige toepassing.

– 2. Gelijke bevoegdheid komt toe aan het openbaar ministerie binnen twee weken na dagtekening van de beschikking.

Art. 31. Het openbaar ministerie en de verdachte kunnen afstand doen van de bevoegdheid om een verklaring van bezwaar af te leggen. Artikel 454 van het Wetboek van Strafvordering is van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat het openbaar ministerie en de verdachte ook aanstonds na de uitreiking van het afschrift van de beschikking bij gelegenheid van het verhoor afstand kunnen doen van de bevoegdheid een verklaring van bezwaar af te leggen; in dat geval wordt de acte door de rechter opgemaakt.

Art. 32. – 1. Door een verklaring van bezwaar vervalt de beschikking.

– 2. De beschikking vervalt eveneens, indien zij niet binnen drie maanden na haar dagtekening in afschrift uitgereikt of betekend is.

– 3. Wanneer de termijn, in artikel 30 genoemd, is verstreken zonder dat een verklaring van bezwaar is afgelegd, of zoveel eerder als zowel door het openbaar ministerie als door de verdachte afstand is gedaan van de bevoegdheid om een verklaring van bezwaar af te leggen, geldt de beschikking als een einduitspraak van de bijzondere rechtbank, waartegen geen gewoon rechtsmiddel openstaat.

AFDELING III
Van de rechtspleging bij het Bijzondere Hooggerechtshof

Art. 33. – 1. De verdachte kan ter terechtzitting van het Bijzondere Hooggerechtshof omtrent zijn persoon en zijn persoonlijke omstandigheden worden gehoord.

– 2. Te dien einde kan het Bijzondere Hooggerechtshof, indien de verdachte op de bepaalde rechtsdag niet ter terechtzitting aanwezig is, zowel bij de aanvang als gedurende de loop der behandeling der zaak bevelen, dat hij op een door het Hof te bepalen tijdstip ter terechtzitting aanwezig zal zijn en daartoe tevens zijn medebrenging gelasten.

– 3. Het bepaalde in artikel 310 van het Wetboek van Strafvordering is voor de behandeling der zaak in cassatie van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat hetgeen daar ten aanzien van de rechtbank en de officier van justitie is bepaald, te dezen geldt voor het Bijzondere Hooggerechtshof en de procureur-generaal bij dat hof.

– 4. Indien het Bijzondere Hooggerechtshof een nader onderzoek naar de omstandigheden, waaronder het misdrijf is begaan, of naar de persoon of de persoonlijke omstandigheden van de verdachte noodzakelijk oordeelt, zijn de artikelen 316 en 317 van het Wetboek van Strafvordering van overeenkomstige toepassing, met dien verstande, dat hetgeen daar ten aanzien van de rechtbank, de officier van justitie en de rechter-commissaris is bepaald, ten deze geldt voor het Bijzondere Hooggerechtshof, de procureur-generaal bij dat hof en de rechter-commissaris bij de bijzondere rechtbank, die in eerste aanleg uitspraak heeft gedaan.

Art. 34. Indien een onderzoek als in artikel 33, vierde lid, bedoeld, mede leidt tot het oordeel, dat de verdachte niet strafbaar is, kan het Bijzondere Hooggerechtshof de verdachte van rechtsvervolging ontslaan.

Art. 35. Indien alleen door de verdachte beroep in cassatie is ingesteld, kan hij ter zake van hetgeen in eerste aanleg te zijnen aanzien bewezen is verklaard, slechts met eenparigheid van stemmen tot een zwaardere straf worden veroordeeld dan hem bij het vonnis van de bijzondere rechtbank is opgelegd.

Art. 36. – 1. In afwijking in zoverre van het bepaalde in artikel 461, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering geschiedt zowel in het daar als ook in het in artikel 465, tweede lid, van dat Wetboek bedoelde geval, de verwijzing naar een bijzondere rechtbank.

– 2. Hetgeen bij de artikelen 470, 473 en 474 van dat Wetboek, alsmede bij de artikelen, waarnaar daarin wordt verwezen, omtrent het gerechtshof, deszelfs voorzitter en de advocaat-generaal bij dat gerechtshof is bepaald, is ten aanzien van de bijzondere rechtbank, derzelver voorzitter en de officier van justitie bij die rechtbank van overeenkomstige toepassing.

□

Uitvoeringswet genocideverdrag

WET van 2 juli 1964, *Stb.* 1964, 243, houdende Uitvoeringswet genocideverdrag[1], zoals deze wet is gewijzigd bij de Wetten van 8 april 1971, *Stb.* 1971, 210, 10 maart 1984, *Stb.* 1984, 91, 17 april 1997, *Stb.* 1997, 192

Wij JULIANA, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz., enz., enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het noodzakelijk is regelen te stellen tot uitvoering van het op 9 december 1948 te Parijs tot stand gekomen Verdrag nopens de voorkoming en de bestraffing van genocide en dat in verband daarmede de Wet Oorlogsstrafrecht, de Uitleveringswet en de Wet overlevering inzake oorlogsmisdrijven moeten worden gewijzigd;

Zo is het, dat Wij, de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

HOOFDSTUK I
Strafbepalingen

Art. 1. – 1. Hij die met het oogmerk een nationale of etnische groep, een groep behorend tot een bepaald ras, dan wel een groep met een bepaalde gods-

1. Het Genocideverdrag is opgenomen in S&J-deel 74-Ib.

dienst of levensovertuiging, geheel of gedeeltelijk, als zodanig te vernietigen, opzettelijk:

1°. leden van de groep doodt;

2°. leden van de groep zwaar lichamelijk of geestelijk letsel toebrengt;

3°. aan de groep levensvoorwaarden oplegt die op haar gehele of gedeeltelijke lichamelijke vernietiging zijn gericht;

4°. maatregelen neemt, welke tot doel hebben geboorten binnen de groep te voorkomen;

5°. kinderen van de groep gewelddadig overbrengt naar een andere groep

wordt als schuldig aan genocide gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren of geldboete van de vijfde categorie.

– 2. De samenspanning wordt gestraft gelijk de poging.

– 3. De uitdrukkingen samenspanning en zwaar lichamelijk letsel hebben in dit artikel dezelfde betekenis als in het Wetboek van Strafrecht.

Algemeen

LID 1, AANHEF

– Het eerste lid, aanhef, is gewijzigd bij de wet van 17 april 1997, *Stb.* 1997, 192, inwerkingtreding 14 mei 1997.

Art. 2. Met gelijke straf, als gesteld op de in het voorgaande artikel bedoelde feiten, wordt gestraft hij die opzettelijk toelaat dat een aan hem ondergeschikte een zodanig feit begaat.

Art. 3. Ten aanzien van de feiten, bedoeld in de artikelen 1 en 2, zijn de artikelen 42 en 43, alsmede de artikelen 70 en 76 van het Wetboek van Strafrecht niet van toepassing.

Algemeen

– De Uitleveringswet is opgenomen in S&J-deel 208.

Art. 4. De bij de artikelen 1 en 2 strafbaar gestelde feiten zijn misdrijven.

Art. 5. – 1. De Nederlandse strafwet is toepasselijk op de Nederlander, die zich buiten Nederland schuldig maakt:

1°. aan een misdrijf omschreven in de artikelen 1 en 2 van deze wet;

2°. aan het misdrijf omschreven in artikel 131 van het Wetboek van Strafrecht, indien het strafbare feit of het misdrijf waarvan in dat artikel gesproken wordt, is een misdrijf als bedoeld in de artikelen 1 en 2 van deze wet.

– 2. De vervolging kan ook plaats hebben, indien de verdachte eerst na het begaan van het feit Nederlander wordt.

Art. 5a. De misdrijven, omschreven in de artikelen 1 en 2 van deze wet, worden voor de toepassing van de Uitleveringswet niet beschouwd als strafbare feiten van politieke aard.

Algemeen

– De Uitleveringswet is opgenomen in S&J-deel 208.

– Dit artikel is aangevuld bij de wet van 8 april 1971, *Stb.* 1971, 210.

HOOFDSTUK II
Aanpassing van de bestaande wetgeving

Art. 6. *Bevat wijzigingen in andere regelgeving*

Art. 7. *Vervallen*

Art. 8. *Bevat wijzigingen in andere regelgeving*

HOOFDSTUK III
Slotbepalingen

Art. 9. Deze wet kan worden aangehaald als 'Uitvoeringswet genocideverdrag'.

Art. 10. Deze wet treedt in werking op een door Ons te bepalen tijdstip.

Algemeen

– Deze wet is in werking getreden op 24 oktober 1970, bij besluit van 5 oktober 1970, *Stb.* 1970, 481.

Lasten en bevelen, dat deze in het *Staatsblad* zal worden geplaatst, en dat alle Ministeriële Departementen, Autoriteiten, Colleges en Ambtenaren, wie zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven ten Paleize Soestdijk, 2 juli 1964.

JULIANA.

De Minister van Justitie,
Y. SCHOLTEN.

aan het licht kwam: ten onrechte – op zijn loon had ingehouden. Uit het voorgaande volgt reeds dat de werknemer door de betaling van de overhevelingstoeslag niet ongerechtvaardigd is verrijkt. Integendeel strookt het met wat de billijkheid in het licht van wat partijen bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen stond, vordert, om het gedeelte van de kosten dat in het geval van verplichte verzekering krachtens de volksverzekeringen ten laste van de werkgever zou zijn gekomen – de overhevelingstoeslag – ook in de hiervoor bedoelde situatie te zijnen laste te brengen, waardoor wordt bereikt dat beide partijen in nagenoeg dezelfde positie komen te verkeren als die welke zij bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst voor ogen hadden, te weten dat de werkgever van de totale premielast een gedeelte gelijk aan de overhevelingstoeslag heeft te dragen en dat deze last voor het overige op de werknemer rust.

Evenmin doet aan het voorgaande af dat, zoals hier, zich gedurende de periode dat de werknemer als gevolg van de voormelde gang van zaken niet verzekerd was, geen calamiteiten hebben voorgedaan en dat verzekering achteraf van de door hem gelopen, maar niet verwezenlijkte risico's zinloos is. In de hiervoor weergegeven gedachtengang gaat het immers om de verdeling van de kosten van het dekken van de hiervoor bedoelde risico's over werkgever en werknemer, waarbij het aankomt op de vraag of deze risico's zijn gelopen, en niet op die of zij zich hebben verwezenlijkt. In het midden kan blijven wat geldt, indien dit laatste geval zich voordoet.

3.3. De Rechtbank heeft geoordeeld dat de overhevelingstoeslag als onverschuldigd betaald door Guitsink teruggegeven zal moeten worden, tenzij de redelijkheid en billijkheid zich daartegen verzetten. Naar het oordeel van de Rechtbank is dit laatste hier niet het geval, waarbij de Rechtbank mede betekenis heeft toegekend aan het feit dat zich in de periode dat Guitsink niet verzekerd was, geen calamiteiten hebben voorgedaan en dat Guitsink van de belastingdienst f 14 125 heeft terugontvangen aan onverschuldigd betaalde premies volksverzekeringen, waardoor hij het gat in zijn AOW had kunnen opvullen en dan, ook na voormelde terugbetaling, nog geld zou hebben overgehouden.

Uit het hiervoor in 3.2 overwogene volgt dat de Rechtbank aldus is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Het middel bevat daarop gerichte klachten. Het vonnis van de Rechtbank kan derhalve niet in stand blijven.

Uit het hiervoor in 3.2 overwogene volgt in het licht van de door de Rechtbank vastgestelde feiten tevens dat de vordering van Inter-Services niet voor toewijzing vatbaar is. De Hoge Raad zal derhalve zelf recht doen in voege als hierna zal geschieden.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het vonnis van de Rechtbank te Almelo van 10 juli 1996;

bekrachtigt het vonnis van de Kantonrechter te Almelo van 14 september 1995;

veroordeelt Inter-Services in de kosten van het geding in hoger beroep, inclusief die van het incidenteel appel, aan de zijde van Guitsink begroot op f 3200;

veroordeelt Inter-Services in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Guitsink begroot op f 687,20 aan verschotten en f 3500 voor salaris.

Nr. 462

HOGE RAAD (Strafkamer)
22 oktober 1996, nr. 3491 Besch.
(Mrs. Hermans, Davids, Keijzer, Corstens, Aaftink; A-G Van Dorst; m.nt. 'tH onder HR 11 nov. 1997, NJ 1998, 463)
DD 97.056

1. Oorlogsmisdrijven in voormalig Joegoslavië. Nederland heeft rechtsmacht en de Nederlandse rechter is bevoegd (conclusie OM).

2. Verdachte niet opgeroepen of gehoord op hoger beroep Openbaar Ministerie tegen afwijzing vordering tot instellen gerechtelijk vooronderzoek in verband met beoordeling rechtsmacht en bevoegdheid burgerlijke/militaire rechter: substantiële nietigheid.

(Sv art. 23 lid 2; Wet RO art. 99 lid 1 sub 1°; Wet Oorlogsstrafrecht art. 3, 8, 12)

Beschikking in raadkamer op het beroep in cassatie tegen een beschikking van de Arrondissementsrechtbank te Arnhem, militaire kamer, van 21 februari 1996 in de zaak tegen D.K., te 's-Gravenhage.

Rechtbank:

Procesgang

4.1.1. Op 1 november 1995 heeft de Officier van Justitie een gerechtelijk vooronderzoek gevorderd met betrekking tot K., op verdenking dat:

1. hij op of omstreeks 14 juni 1992, althans in juni 1992, te Sivci, gemeente Prijedor, gelegen in Bosnië-Hercegovina, althans gelegen in voormalig Joegoslavië, opzettelijk en met voorbedachte rade Smail F. van het leven heeft beroofd, hierin bestaande dat verdachte opzettelijk na kalm beraad en rustig overleg, althans na een (kort) tevoren genomen besluit, vanaf een afstand van ongeveer 15 meter met een vuurwapen diverse kogels op de rug van die F. heeft afgevuurd, tengevolge waarvan die F. dodelijk werd getroffen;

2. (...)

4.1.2. De vordering houdt onder meer in: (enz.; zie HR NJ 1998, 463; *red.*)

4.1.3. De vordering strekt ertoe dat de Rechter-Commissaris onverwijld zal overgaan tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek terzake: „beoordeling rechtsmacht en bevoegdheid militaire kamer Arrondissementsrechtbank Arnhem".

4.1.4. Een aan die vordering gehechte aanvullende notitie van de Officier van Justitie ten behoeve van de Rechter-Commissaris houdt onder meer in:

„In het kader van de vordering wordt U niet gevraagd reeds thans over te gaan tot het verrichten van zaaksgebonden onderzoekshandelingen. Vooreerst verzoek ik U een beslissing te nemen ten aanzien van de toewijzing van de vordering „sec". Reden hiervan is dat het wenselijk is dat eerst een gemotiveerd oordeel wordt geveld met betrekking tot de vraag of de Militaire Kamer te Arnhem bevoegd is tot kennisneming van de feiten zoals in de vordering omschreven, en of de Militaire Kamer ten aanzien van die feiten rechtsmacht heeft (e.e.a. onder meer ook in verband met de tijdens het voorbereidend onderzoek te nemen beslissingen van de raadkamer van de Militaire Kamer alsmede de (militaire) Rechter-Commissaris met betrekking tot de voorlopige hechtenis)."

4.2. Bij beschikking van 1 december 1995 heeft de Rechter-Commissaris – op grond van de overweging, kort samengevat, dat met betrekking tot de in de vordering bedoelde feiten voor Nederland rechtsmacht ontbreekt – de Officier van Justitie in zijn evenbedoelde vordering niet-ontvankelijk verklaard.

4.3. De Officier van Justitie heeft tegen de evengemelde beschikking van de Rechter-Commissaris hoger beroep ingesteld. Daarop heeft de Rechtbank de hierna gemelde beschikking gewezen.

4.4. De bestreden beschikking houdt onder meer in:

„Tijdens de behandeling in raadkamer van 19 januari 1996 heeft de officier van justitie zijn beroep nader toegelicht.
De in de vordering als verdachte aangemerkte persoon is niet bij de behandeling in raadkamer verschenen, noch gehoord, aangezien hij daartoe niet is opgeroepen.
Volgens de in de artikelen 21 e.v. van het Wetboek van Strafvordering neergelegde bepalingen behoort een verdachte bij de behandeling van zijn zaak door de raadkamer te worden gehoord, althans in ieder geval te worden opgeroepen.
Ingevolge artikel 200 e.v. van het Wetboek van Strafvordering en gelet op de terzake bestaande jurisprudentie en literatuur dient de verdachte uiterlijk vóór het moment van sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek door de rechter-commissaris te worden gehoord, waarbij eerst bij dat verhoor aan verdachte een afschrift van de vordering GVO ter hand moet worden gesteld. Opsporingstactische redenen kunnen eraan ten grondslag liggen dit verhoor in een zo laat mogelijk stadium te doen plaatsvinden.
Nu in de onderhavige procedure de vraag aan de orde is of moet worden overgegaan tot het *instellen* van een gerechtelijk vooronderzoek behoeft naar het oordeel van de raadkamer de in de vordering als verdachte aangemerkte persoon hierbij in deze fase niet te worden betrokken en dus niet te worden opgeroepen, daargelaten dat het betrekken van de verdachte op dit moment in de raadkamerprocedure mogelijkerwijs afbreuk zou kunnen doen aan de waarheidsvinding in het kader van een eventueel verder opsporingsonderzoek dan wel gerechtelijk vooronderzoek.
Om deze redenen heeft de rechtbank de in de vordering als verdachte aangemerkte persoon niet doen oproepen voor de behandeling in raadkamer."

Beschikking

De Rechtbank heeft in hoger beroep – met vernietiging van de beschikking van de Rechter-Commissaris van 1 december 1995 – de Officier van Justitie in het Arrondissement Arnhem ontvankelijk verklaard in zijn oorspronkelijke vordering dat de Rechter-Commissaris zal overgaan tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek ter zake van de beoordeling van rechtsmacht en de bevoegdheid van de militaire kamer in de Arrondissementsrechtbank te Arnhem, met betrekking tot de in die vordering nader aangeduide feiten. Voorts heeft de Rechtbank verstaan dat de Nederlandse rechter met betrekking tot de feiten omschreven in de hiervoren vermelde vordering rechtsmacht heeft, en heeft zij de militaire rechter als bedoeld in art. 12 Wet Oorlogsstrafrecht tot kennisneming van die feiten bevoegd verklaard. Vervolgens heeft de Rechtbank de vordering van de Officier van Justitie van 1 november 1995, strekkende tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek ter zake van de beoordeling van rechtsmacht en de bevoegdheid van de militaire kamer van de Arrondissementsrechtbank te Arnhem, afgewezen.

Conclusie A-G mr. Van Dorst:

1. Op 1 november 1995 heeft de officier van justitie te Arnhem bij de rechter-commissaris in de rechtbank aldaar een vordering ingediend tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek ter zake dat de verdachte zich in het voormalige Joegoslavië heeft schuldig gemaakt aan een aantal in die vordering nader omschreven schendingen van de wetten en gebruiken van de oorlog, als bedoeld in art. 8 Wet Oorlogsstrafrecht. Het gevraagde onderzoek diende zich blijkens de vordering te richten op de „beoordeling rechtsmacht en bevoegdheid militaire kamer arrondissementsrechtbank te Arnhem". In een uitvoerig gemotiveerde beschikking heeft de rechter-commissaris de officier van justitie niet-ontvankelijk verklaard in zijn vordering.

Op het daartegen ingestelde hoger beroep heeft de militaire kamer van de rechtbank de voorgelegde rechtsvragen in andere zin beslist: zij achtte de Wet Oorlogsstrafrecht van toepassing en daarmee de rechtsmacht van Nederland ten aanzien van de onderhavige feiten aanwezig; voorts verklaarde zij de militaire rechter bevoegd tot kennisneming van deze feiten. De vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek wees de raadkamer echter af. Naar haar oordeel was het belang bij die vordering, dat gelegen was in de beantwoording van de in de vordering aan de orde gestelde rechtsvragen, door die beantwoording vervallen.

2. Tegen de beschikking van de rechtbank heeft de officier van justitie tijdig beroep in cassatie ingesteld. Eveneens tijdig [1] heeft hij bij schriftuur drie middelen van cassatie voorgesteld.

3. De rechtbank heeft alle vragen beantwoord in de door de officier van justitie voorgestane zin. Niettemin is de officier van justitie in cassatie gekomen ten einde in hoogste instantie een antwoord te verkrijgen op de voorliggende rechtsvragen waaromtrent zeer verschillende meningen bestaan. De opvatting van de Hoge Raad dienaangaande acht de officier van justitie niet ten onrechte van groot belang met het oog op het starten van onderzoeken tegen (andere) in Nederland verblijvende personen die zich in het voormalige Joegoslavië aan soortgelijke feiten zouden hebben schuldig gemaakt. Een oordeel van de Hoge Raad thans kan voorkomen dat straks, bij de behandeling van de hoofdzaak, blijkt dat alle inspanningen voor niets zijn geweest, omdat rechtsmacht ontbreekt en/of de Nederlandse (militaire) rechter onbevoegd is.

4. Dat neemt niet weg dat op de onderhavige zaak de normale cassatieregels van toepassing zijn. Op grond van die regels is de officier van justitie naar mijn mening niet-ontvankelijk in zijn beroep. Art. 446 Sv stelt immers voor de officier van justitie cassatieberoep open tegen een in hoger beroep gegeven beschikking van de rechtbank waarbij de vordering *niet is toegewezen*. En te dezen doet zich geen geval voor als waarop art. 446 Sv ziet. Weliswaar is de vordering – uiteindelijk – afgewezen, maar die afwijzing berustte op de omstandigheid dat de officier van justitie geen belang meer had bij zijn vordering omdat de rechtbank het gevorderde onderzoek zelf verricht had.

5. In middel III wordt betoogd dat de rechtbank de vordering ten onrechte heeft afgewezen omdat daardoor de weg naar verder onderzoek wordt geblokkeerd, doch daarmee miskent het middel dat in de vordering zelf tot uitdrukking is gebracht dat het gevraagde onderzoek beperkt diende te blijven tot de beantwoording van enige rechtsvragen. Op grond daarvan heeft de rechtbank kunnen oordelen dat na beantwoording van die vragen het belang aan de vordering was komen te ontvallen. De uiteenzetting in de bij de vordering gevoegde aanvullende notitie noopte de rechtbank naar mijn mening niet tot een ander oordeel. Bij deze stand van zaken kan de afwijzing van de vordering niet op één lijn worden geplaatst met de niet-toewijzing van een vordering waarop art. 446 Sv het oog heeft. Materieel is de vordering van de officier van justitie integraal toegewezen.

5. Dat betekent dat de middelen buiten behandeling zullen moeten blijven. Voor het geval de Hoge Raad het beroep wel ontvankelijk zou achten of termen aanwezig zou achten inhoudelijk op de middelen in te gaan, verklaar ik me bereid desgevraagd een aanvullende conclusie op te stellen.

6. Deze conclusie strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van de officier van justitie in zijn cassatieberoep.

Aanvullende conclusie A-G mr. Van Dorst:

1. In mijn eerdere conclusie heb ik mij beperkt tot de bespreking van de ontvankelijkheid van het cassatieberoep; zoals gebruikelijk bij het aantreffen van een ontvankelijkheidsbeletsel[2] is een inhoudelijke bespreking van de zaak toen achterwege gebleven. In casu bestond voor terughoudendheid nog meer reden, nu zich in het dossier reeds de schriftelijke verslagen bevinden van een aantal deskundigen over de vraag of Nederland rechtsmacht heeft over niet-Nederlanders die zich in het voormalige Joegoslavië hebben schuldig gemaakt aan schendingen van de wetten en gebruiken van de oorlog, als bedoeld in art. 8 Wet Oorlogsstrafrecht: een conclusie met een inhoudelijke standpuntbepaling die niet gevolgd zou worden door een beslissing van Uw Raad over deze rechtsvraag, zou de verschillen van opvatting inzake deze kwestie slechts vergroot hebben. Uw Raad heeft mij evenwel doen weten een uiteenzetting

1. Weliswaar ontbreekt een van de griffier van de rechtbank afkomstige vermelding van de datum van ontvangst van de cassatieschriftuur, maar daar staat tegenover dat de stukken geen aanwijzingen bevatten dat de schriftuur eerst na de dagtekening is ingediend; vgl. HR DD 96.266.

2. In casu de omstandigheid dat formeel gezien de vordering is afgewezen doch materieel is toegewezen, zodat naar de letter van art. 446 Sv cassatieberoep openstaat doch naar de geest niet.

ten gronde op prijs te stellen[3].

2. Alvorens de rechtsmacht te bespreken sta ik ambtshalve stil bij een processuele voorvraag. Weliswaar is het beroep in deze zaak ingesteld door het OM en pleegt de Hoge Raad alsdan niet buiten de middelen om te casseren, doch deze ongeschreven regel lijdt uitzondering indien gebreken worden aangetroffen waardoor de verdachte wezenlijk in zijn belangen is geschaad; in zo'n geval wordt ambtshalve gecasseerd[4].

3. Het door de officier van justitie ingestelde hoger beroep tegen de beschikking van de rechter-commissaris van 1 december 1995, waarbij de officier van justitie niet-ontvankelijk is verklaard in zijn vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek omdat Nederland ten aanzien van de daarin omschreven feiten geen rechtsmacht heeft, is door de militaire kamer van de rechtbank in raadkamer behandeld op 19 januari 1996. Het proces-verbaal van het onderzoek in raadkamer houdt onder meer in dat de verdachte daarvoor niet is opgeroepen en (dus) niet aanwezig was. Voorts houdt de beschikking van de rechtbank van 21 februari 1996 onder meer in:

„Volgens de in de artikelen 21 e.v. van het Wetboek van Strafvordering neergelegde bepalingen behoort een verdachte bij de behandeling van zijn zaak door de raadkamer te worden gehoord, althans in ieder geval te worden opgeroepen.

Ingevolge artikel 200 e.v. van het Wetboek van Strafvordering en gelet op de terzake bestaande jurisprudentie en literatuur dient de verdachte uiterlijk vóór het moment van sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek door de rechter-commissaris te worden gehoord, waarbij eerst bij dat verhoor aan verdachte een afschrift van de vordering GVO ter hand moet worden gesteld. Opsporingstechnische redenen kunnen eraan ten grondslag liggen dit verhoor in een zo laat stadium te doen plaatsvinden.

Nu in de onderhavige procedure de vraag aan de orde is of moet worden overgegaan tot het *instellen* van een gerechtelijk vooronderzoek behoeft naar het oordeel van de raadkamer de in de vordering als verdachte aangemerkte persoon hierbij in deze fase niet te worden betrokken en dus niet te worden opgeroepen, daargelaten dat het betrekken van verdachte op dit moment in de raadkamerprocedure mogelijkerwijs afbreuk zou kunnen doen aan de waarheidsvinding in het kader van een eventueel verder opsporingsonderzoek dan wel gerechtelijk vooronderzoek."

4. De vraag rijst of een dergelijke gang van zaken zich verdraagt met het nationale recht en met de eisen die uit het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) voortvloeien.

5. Tot 1 januari 1994 bepaalde art. 23 lid 2 Sv dat in raadkamerzaken alleen het OM moest worden gehoord; daarnaast verleende art. 35 Sv de raadkamer de bevoegdheid om de verdachte te horen, aangevuld met de verplichting om gevolg te geven aan een daartoe strekkend verzoek van de verdachte, tenzij het belang van het onderzoek dit verbood. Deze beperkingen inzake het horen van de verdachte achtte de wetgever destijds noodzakelijk, o.m. om te voorkomen dat – aldus de Memorie van Toelichting bij het WvSv van 1926 –[5]:

„de bijwoning van het raadkameronderzoek hem aanleiding zou kunnen geven tot vlucht of tot eenige andere verijdeling van de toepassing der strafwet"[6].

Extra klemmend is de noodzaak om de verdachte onwetend te laten omtrent een gerechtelijk vooronderzoek, indien dit wordt gevraagd met het oog op onderzoekshandelingen die hemzelf betreffen, zoals het afluisteren van zijn telefoon. Datzelfde geldt ook bij bijv. de verlening door de rechtbank van het verlof tot huiszoeking[7]. De wetgever van 1926 heeft doorzien dat dergelijke voorzieningen ter opheldering van de zaak alleen nut en zin hebben indien de verdachte daarvan niet op de hoogte is. Het is dan ook niet zonder reden dat het oorspronkelijke wetboek slechts verspreide voorschriften bevatte omtrent het horen van de verdachte, namelijk alleen in die gevallen waarin de voortgang van het vooronderzoek er niet door gefnuikt of belemmerd zou worden. De onverenigbaarheid van de interne openbaarheid[8] van sommige raadkamerprocedures met de belangen van het onderzoek verzetten zich volgens de wetgever van 1926 vanzelfsprekend ook tegen externe openbaarheid, in die zin dat bij de behandeling geen publiek aanwezig mocht zijn.

6. Dit weloverwogen systeem is afgeschaft

3. Nadien is in het NJB 1996, blz. 1163-1166 (Het Joegoslavië Tribunaal en de Hoge Raad: een onwennige relatie), een artikel verschenen waarin wordt beweerd dat de Prosecutor's Office van het Tribunaal contact heeft opgenomen met het Parket bij de Hoge Raad teneinde „het OM te bewegen zijn conclusie te herschrijven". Om mythevorming te voorkomen merk ik op dat noch bij de Hoge Raad of zijn Parket noch bij het Tribunaal iets bekend is omtrent een dergelijk initiatief.

4. Zie De Hullu in Tekst en Commentaar Strafvordering, aant. 3 sub c bij art. 441.

5. Handelingen II 1913-1914, 286, nr. 3, blz. 88.

6. Van profetische gaven getuigt het voorbeeld dat in dat verband wordt gegeven: het hoger beroep van het OM tegen de weigering van de rechter-commissaris een gerechtelijk vooronderzoek in te stellen.

7. Art. 111 Sv.

8. Uitvoeriger over de begrippen interne en externe openbaarheid: Corstens, Het Nederlands strafprocesrecht, 2e druk, blz. 56, 235 en 520.

bij Wet van 8 november 1993, Stb. 591. Deze wet had de vergroting van de externe openbaarheid van de raadkamerprocedure tot doel. Daaraan is gestalte gegeven door bij elk in de wet geregeld raadkamergeding waarop art. 6 EVRM van toepassing is, te bepalen dat het in het openbaar gevoerd moet worden.

In verband met de niet-toepasselijkheid van art. 6 EVRM kon volgens de Memorie van Toelichting[9] de niet-openbaarheid gehandhaafd blijven bij procedures inzake het verlof tot huiszoeking, het gerechtelijk vooronderzoek en het hoger beroep tegen beschikkingen of bevelen van de rechter-commissaris.

7. Bij diezelfde wet zijn de verspreide voorschriften inzake het horen van de verdachte, belanghebbenden etc. bijeengebracht in art. 23 lid 2 Sv. Deze bepaling houdt thans in dat de raadkamer verplicht is het OM, de verdachte en andere procesdeelnemers te horen, tenzij anders is voorgeschreven. Het gevolg daarvan is dat de raadkamerprocedure thans ook intern openbaar is, tenzij de wet anders bepaalt. Afwijkingen in laatst bedoelde zin komen in bedoelde wet echter niet voor. Consequentie lijkt dan ook te zijn dat procedures die niet extern openbaar zijn wel intern openbaar moeten zijn[10]. Waar de Memorie van Toelichting[11] (terecht) stelt dat een rechtsgang als die inzake het huiszoekingsverlof „zich uit haar aard al niet voor openbaarheid" leent, ziet zij evenwel over het hoofd dat het horen van de verdachte evenzeer in strijd is met de aard van die procedure. Dat is onder meer ook het geval bij een beslissing van de rechter-commissaris op de vordering van het OM tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek.

Voorafgaand aan die beslissing wordt de verdachte niet gehoord[12]. Die hoorplicht ontstaat pas door de inwilliging van de vordering. En art. 200 lid 2 Sv laat toe dat de verdachte pas in een zeer laat stadium op de hoogte wordt gesteld van het ingestelde onderzoek[13]. Het doel van deze regeling, te weten voorkomen dat de verdachte het tot klaarheid brengen van het feit in nadelige zin beïnvloedt of dat hij de wijk neemt naar het buitenland, wordt gemist indien hij bij de behandeling van het appel van het OM tegen de weigering van de rechter-commissaris tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek wel gehoord, althans daartoe opgeroepen zou moeten worden. Deze verregaande consequenties voor de rechtspraktijk heeft de wetgever zich vermoedelijk niet gerealiseerd; uit de wetsgeschiedenis blijkt daarvan in elk geval niet.

Een andere consequentie zou trouwens zijn dat de verdachte ook steeds gehoord, althans opgeroepen moet worden voor de behandeling van het cassatieberoep van het OM tegen de appelbeslissing. Bovendien houdt art. 23 lid 2 Sv naar de letter in dat de verdachte alsdan persoonlijk het woord mag voeren voor de Hoge Raad, terwijl art. 439 Sv hem die bevoegdheid in rolzaken onthoudt.

8. Het heeft er dan ook alle schijn van dat de wetgever zich onvoldoende bewust is geweest van het gevaar dat verbonden is aan het maken van zgn. algemene bepalingen; op dat gevaar wezen Blok en Besier, Het Nederlandsche strafproces, deel I, blz. 136 trouwens al in verband met het nog steeds bestaande doch door het huidige art. 23 lid 2 Sv goeddeels overbodig geworden art. 35 Sv.

9. Aan de geschetste inconsequenties en ongerijmdheden valt te ontkomen door – overeenkomstig de kennelijke bedoeling van de wetgever – art. 23 lid 2 Sv niet toepasselijk te achten indien de aard of de inzet van de procedure zich verzet tegen het horen van de verdachte en/of andere procesdeelnemers. Dat is bij een beroep tegen de afwijzing van de vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek in de regel het geval. Daar komt bij dat de wet geen nietigheid stelt op niet-naleving van het voorschrift van art. 23 lid 2 Sv terwijl de niet-naleving bij een appelprocedure aangaande een vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek in het algemeen niet kan worden aangemerkt als een zodanig wezenlijk verzuim dat ondanks het ontbreken van die formele nietigheid het onderzoek niettemin van onwaarde is[14].

10 Vervolgens rijst de vraag of art. 6 EVRM (resp. art. 14 IVBPR) tot een ander oordeel noopt.

11. De Memorie van Toelichting[15] bij de wijzigingswet van 1993 houdt ten aanzien van de verenigbaarheid met bedoelde verdragsbepalingen het volgende in:

„Onomstreden is dat het in het gerechtelijk vooronderzoek niet gaat om de uiteindelijke gegrondheid van de aanklacht. Om deze reden kan dit onderzoek besloten blijven zon-

9. Handelingen II 1991-1992, 22 584, nr. 3, blz. 14-15.

10. In deze zin de Memorie van Toelichting, blz. 10. Ook in de sedertdien verschenen literatuur worden geen raadkamergedingen genoemd waarin de hoor- resp. oproepingsplicht niet zou gelden; zie Berkhout-Van Poelgeest, in Vademecum strafzaken, § 51.1.6; Corstens, a.w., blz. 235, alsmede Valkenburg, in Wetboek van Strafvordering, aant. 2 bij art. 23, en Tekst en Commentaar Strafvordering, aant. 2 bij art. 23.

11. Blz. 14.

12. Zo deze al bekend is; vgl. de in art. 181 lid 3 Sv voorziene nadere vordering ter aanwijzing van de verdachte.

13. Vgl. HR 13 juni 1995, NJ 1995, 684 nt Kn. Gewezen kan nog worden op art. 30 Sv dat de verdachte in beginsel de bevoegdheid geeft tot kennisneming van alle processtukken.

14. In dezelfde zin Hof Amsterdam 8 maart 1996, NJ 1996, 561 ten aanzien van de procedure inzake het huiszoekingsverlof.

15. Blz. 15.

der dat dit strijd oplevert met artikel 6 EVRM. Op dezelfde grond kan de besloten behandeling van het hoger beroep tegen beschikkingen of bevelen van de rechter-commissaris (artikelen 180, 208, 238 en 241) gehandhaafd worden."

De wetgever achtte het dus niet nodig te bepalen dat het hoger beroep tegen een beschikking van de rechter-commissaris in het openbaar dient plaats te vinden omdat het bij het gerechtelijk vooronderzoek niet gaat om de „determination of (a) criminal charge" en art. 6 EVRM dus op de behandeling in raadkamer niet van toepassing is.

12. Maar dat het bij het gerechtelijk vooronderzoek niet gaat om de „determination of (a) criminal charge" in de zin van art. 6 lid 1 EVRM betekent niet dat de behandeling in raadkamer van het hoger beroep tegen een beschikking van de rechter-commissaris in geen enkel opzicht behoeft te beantwoorden aan de eisen van dat artikel. Want ook als (vooralsnog) geen sprake is van „determination of (a) criminal charge" in de zin van art. 6 lid 1 EVRM kan een verdachte „charged with a criminal offence" in de zin van de leden 2 en 3 zijn. Dat hangt af van de omstandigheden van het geval; het komt erop aan of jegens de verdachte een handeling is verricht waaruit deze in redelijkheid heeft kunnen opmaken dat hij van een strafbaar feit wordt beschuldigd. In deze zin ook HR 13 juni 1995, NJ 1995, 684 nt Kn waarin werd gerespecteerd het oordeel van het hof dat

> het *enkele* openen van een gerechtelijk vooronderzoek niet meebrengt dat ten aanzien van de verdachte sprake is van „charged with a criminal offence" in de zin van art. 6 lid 3 sub a EVRM, omdat het openen van een gerechtelijk vooronderzoek *niet zonder meer* kan worden aangemerkt als een handeling van de Staat tegenover de betrokkene waaraan deze in redelijkheid de gevolgtrekking heeft kunnen verbinden dat hij wordt beschuldigd van een strafbaar feit[16].

Dat kan ook verklaren waarom de wetgever geen algemene uitspraken heeft gedaan over de vraag aan welke eisen de behandeling van het hoger beroep tegen beschikkingen van de rechter-commissaris moet voldoen. Dergelijke uitspraken kunnen ook hier achterwege blijven. Volstaan kan worden met de vaststelling dat als het openen van een gerechtelijk vooronderzoek, dus de inwilliging van een daartoe strekkende vordering, in beginsel al geen „criminal charge" oplevert, zulks te meer geldt voor de vordering zelf. Daarvan komt de verdachte immers eerst na inwilliging en dan nog slechts bij zijn eerste verhoor[17] op de hoogte[18].

16. Voor meer rechtspraak en literatuur verwijs ik naar de conclusie van mijn ambtgenoot Fokkens bij het arrest.

17. Art. 207 lid 1 Sv, tenzij de rechter-commissaris reeds eerder de betekening van de ingewilligde vordering heeft bevolen (lid 2).

13. Voorlopige slotsom is dan ook dat het EVRM er niet toe dwingt dat de verdachte op grond van het bepaalde in art. 6 lid 3 sub c gehoord althans opgeroepen moet worden in het geding naar aanleiding van een vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek.

14. De vraag rijst echter of het vorenstaande ook in deze zaak geldt. Het gaat hier immers niet om een gebruikelijke vordering die erop is gericht om door middel van een gerechtelijk vooronderzoek klaarheid te krijgen omtrent de toedracht van een vermoedelijk gepleegd strafbaar feit; het gevraagde onderzoek diende zich blijkens de onderhavige vordering te richten op de „beoordeling rechtsmacht en bevoegdheid militaire kamer Arrondissementsrechtbank Arnhem" ter zake van de nader omschreven feiten. Als ik het goed zie, gaat het hier om een (ingenieuze) constructie om met het oog op deze en vergelijkbare zaken reeds vóór de behandeling op de openbare terechtzitting duidelijkheid te verkrijgen omtrent de ontvankelijkheid van het OM in zijn vervolging en omtrent de bevoegdheid van de rechter[19]. Deze duidelijkheid ontstaat normaliter pas nadat in de hoofdzaak uitspraak is gedaan. De in casu geëntameerde raadkamerprocedure heeft tot effect dat deze rechtsvragen thans al in hoogste instantie worden beslist, tenzij Uw Raad aan de behandeling van het beroep en/of de middelen niet zou toekomen. De vraag rijst of het met een eerlijk proces, waaronder begrepen het principe van hoor en wederhoor, dan wel met beginselen van behoorlijke strafrechtspraak verenigbaar is dat de beslissing van dergelijke – thans nog omstreden – rechtsvragen, die bepalend is voor het lot van de verdere vervolging, genomen mag worden zonder dat de verdachte in de gelegenheid is geweest dienaangaande van zijn opvatting te doen blijken.

15. Tot en met de procedure voor de rechtbank zou ik die vraag bevestigend willen beantwoorden[20]. De rechtbank heeft omtrent de juist-

18. Zo ook A.E. Harteveld, De rechter-commissaris in strafzaken, blz. 121.

19. Het OM lijkt aldus een weg te hebben gevonden die proefprocessen overbodig kan maken en die het gemis van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad enigszins goedmaakt (vide stelling 11 bij het proefschrift De verjaring van het recht tot strafvordering). Het gaat hier tevens om een indirecte en deswege verkapte voordracht tot cassatie in het belang der wet; maar dat is geen nieuw verschijnsel (vgl. o.m. HR 15 januari 1991, NJ 1991, 668 nt C). Hierbij kan nog worden aangetekend dat de onderhavige constructie geen oproepingsperikelen creëert indien de vordering wordt ingesteld in een zaak van een (vooralsnog) onbekende verdachte (de zgn. NN-vordering).

20. Aan het niet-oproepen door de rechter-commissaris kan worden voorbijgegaan, →

heid van de feiten die in de vordering zijn omschreven immers niets vastgesteld; zij is slechts veronderstellenderwijs uitgegaan van deze feiten en ze heeft op basis van deze veronderstelling aangenomen dat Nederland te dier zake rechtsmacht heeft en dat de militaire rechter bevoegd is tot kennisneming daarvan. Bij dit laatste gaat het om voorlopige oordelen waaraan de (mogelijk) later oordelende strafrechter formeel of materieel in geen enkel opzicht is gebonden. Formeel niet omdat ook beslissingen als de onderhavige in een concrete strafzaak slechts genomen mogen worden naar aanleiding van het onderzoek op de alsdan gehouden terechtzitting[21]; materieel niet omdat de ervaring uitwijst dat de strafrechter voorlopige oordelen inderdaad als niet-decisief pleegt te beschouwen, meer bepaald als het gaat om een hof dat wordt geconfronteerd met voorlopige oordelen van een rechtbank. Dat betekent dat bij de eventuele behandeling van de hoofdzaak de kwesties der rechtsmacht en bevoegdheid opnieuw onder ogen gezien moeten worden, waarbij de verdachte desgewenst zijn mening dienaangaande naar voren kan brengen, en dat de alsdan oordelende strafrechter daaromtrent zelfstandig een oordeel dient te vormen. Gelet op die volle „herkansing" kan naar mijn mening niet worden gezegd dat de verdachte door het achterwege blijven van diens verhoor bij c.q. oproeping voor de behandeling van het onderhavige appel onaanvaardbaar is belemmerd in zijn recht om zich ook over deze (rechts)vragen te kunnen en mogen uitlaten.

16. Problematischer ligt het wat mij betreft bij de behandeling van het onderhavige cassatieberoep. Indien ook de Hoge Raad de rechtsmachts- en bevoegdheidsvraag in bevestigende zin zou beantwoorden, heeft de later oordelende strafrechter nog alleen formeel doch materieel niet meer de vrijheid in andere zin te beslissen. De praktijk wijst immers uit dat zowel rechtbanken als hoven een oordeel van Uw Raad als bindend plegen te aanvaarden. Voor de verdachte betekent die gewoonte dat hij deze kwesties niet meer aan de orde kan stellen bij de behandeling van de hoofdzaak, althans niet met enige kans op succes. Het is, dunkt mij, niet goed verenigbaar met evengenoemde beginselen dat dergelijke voor de beoordeling van zijn zaak zo gewichtige rechtsvragen de facto definitief worden beslist zonder dat hij in enige instantie in de gelegenheid is geweest dienaangaande van zijn opvatting te doen blijken[22]. Teneinde zulks te voorkomen lijkt het mij gewenst dat de verdachte daartoe alsnog in staat wordt gesteld, dus voordat de Hoge Raad een beslissing neemt op het ingestelde beroep van de officier van justitie. Daartoe strekt deze conclusie.

17. Oproeping zou nochtans achterwege kunnen blijven indien de Hoge Raad de aan de orde gestelde rechtsvragen alsnog in voor de verdachte gunstige zin zou beantwoorden. Daartoe zal de gegrondheid van de voorgestelde cassatiemiddelen onderzocht moeten worden.

18. In *het eerste en het tweede middel* betoogt de officier van justitie dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt met betrekking tot de onderhavige feiten en dat de militaire rechter bevoegd is daarvan kennis te nemen. Over de kwestie van de rechtsmacht is recent geschreven door het lid van Uw Raad mr. Keijzer in het hoofdstuk Wet Oorlogsstrafrecht van het losbladige commentaar Militair straf- en tuchtrecht, G.L. Coolen, Militair straf- en strafprocesrecht, 1996, tweede druk, alsmede De Wet Oorlogsstrafrecht: een wet met gebreken, DD 1996, blz. 43 e.v., en R. van Elst, Afscheid van Joegoslavië, NJB 1994, blz. 1401. Zoals uit het navolgende zal blijken, onderschrijf ik hun kritische opmerkingen bij de WOS.

19. De te dezen toepasselijke bepalingen van de Wet Oorlogsstrafrecht (verder: ook WOS) luiden, voor zover relevant:

Art. 1:

„1. De bepalingen van deze wet zijn van toepassing op de misdrijven, in geval van oorlog begaan of eerst in geval van oorlog strafbaar, welke zijn omschreven in:

(...)

3° de artikelen 4-9 van deze wet;

(...)

2. In geval van een gewapend conflict, dat niet als oorlog kan worden aangemerkt en waarbij Nederland is betrokken hetzij ter individuele of collectieve zelfverdediging, hetzij tot herstel van internationale orde en veiligheid, zijn de artikelen 4-9 van overeenkomstige toepassing (...).

3. Onder oorlog wordt begrepen burgeroorlog."

Art. 3: „Onverminderd het te dien aanzien in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek

→ reeds omdat deze de door het OM gestelde vragen ontkennend heeft beantwoord en hem deswege niet-ontvankelijk heeft verklaard in zijn vervolging; gelet op die uitkomst kan geredelijk worden aangenomen dat de verdachte door de inbreuk op zijn verdedigingsrecht in deze fase van de procedure niet in zijn belangen is geschaad.

21. Zie ook HR 16 september 1996, nr. 102.576 (= DD 97.005) (NJ 1997, 121; *red.*).

22. In enigszins verwijderd verband staat hiermee EHRM 10 december 1982, NJ 1987, 828 (Foti): „charge" in de zin van art. 6 lid 1 EVRM „may in general be defined as „the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence", it may in some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect."

van Militair Strafrecht bepaalde is de Nederlandse strafwet toepasselijk:
1° op ieder, die zich buiten het rijk in Europa schuldig maakt aan een misdrijf omschreven in de artikelen 8 en 9;
(...)".
Art. 8: „Hij die zich schuldig maakt aan schending van de wetten en gebruiken van de oorlog, wordt gestraft met gevangenisstraf (...)".
Art. 9: „Met gelijke straf als gesteld op de in het voorgaande artikel bedoelde feiten wordt gestraft hij die opzettelijk toelaat, dat een aan hem ondergeschikte een zodanig feit begaat".
Art. 12:
„1. Van de misdrijven, in artikel 1 bedoeld, door wie ook begaan, nemen behoudens het bepaalde in het tweede lid kennis de gerechten bedoeld in de Wet militaire strafrechtspraak, de Hoge Raad daaronder begrepen, op de wijze als in die wet bepaald".

20. De in art. 8 WOS bedoelde „wetten van de oorlog" zijn o.m. te vinden in de vier Rode Kruis Verdragen van Genève van 12 augustus 1949, waaronder het in de vordering genoemde Verdrag betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd, met bijbehorende Protocollen. In deze zin de Memorie van Toelichting bij het ontwerp-WOS[23]. Deze verdragen verplichten de aangesloten partijen niet alleen om doeltreffende strafbepalingen in het leven te roepen met het oog op nader omschreven „ernstige inbreuken" op die verdragen, maar ook om verdachten op te sporen, te vervolgen en te berechten dan wel over te leveren aan een andere aangesloten partij[24]. Deze verplichtingen rusten ook op neutrale, niet bij het conflict betrokken Staten.

21. In de onderhavige vordering wordt gesteld dat de daarin omschreven gedragingen, begaan in juni 1992 in Bosnië-Herzegowina, schendingen opleveren van art. 3 van genoemd Verdrag betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd. Die stellingname is niet onverenigbaar met de wijze waarop de feiten zijn omschreven[25]. Genoemd art. 3 van het Verdrag heeft betrekking op gedragingen in geval van een gewapend conflict dat geen internationaal karakter draagt; het ziet dus niet op een oorlog in de zin van een (feitelijk) internationaal gewapend conflict[26]. Niets wijst er echter op dat de wetgever de regels van art. 3 niet heeft willen aanmerken als „wetten en gebruiken van de oorlog" als bedoeld in art. 8 WOS; een andere uitleg zou trouwens ook niet goed verenigbaar zijn met de verplichtingen die Nederland op grond van de artt. 146-147 van het Verdrag op zich heeft genomen[27]. Aangenomen moet derhalve worden dat de gestelde feiten ieder voor zich opleveren „schending van de wetten en gebruiken van de oorlog".

22. Had art. 1 WOS niet bestaan, dan zou Nederland ingevolge het in art. 3 aanhef en onder 1° WOS neergelegde universaliteitsbeginsel rechtsmacht hebben ten aanzien van de onderwerpelijke feiten, ongeacht door wie ze zijn begaan en ongeacht of daarbij enig Nederlands belang in het geding was. En ingevolge art. 12 WOS zou de militaire rechter dan bevoegd zijn tot kennisneming van die feiten.

23. Art. 1 WOS beperkt de toepasselijkheid van „de bepalingen van deze wet" evenwel tot misdrijven die zijn begaan in geval van (lid 1:) een oorlog, (lid 2:) een gewapend conflict waarbij Nederland betrokken is, of (lid 3:) een burgeroorlog. Het universaliteitsbeginsel van art. 3 aanhef en onder 1° WOS – één der bepalingen van „deze wet" – geldt dus slechts in de in art. 1 opgesomde gevallen. Onderzocht dient derhalve te worden of de in de vordering omschreven feiten zijn begaan onder omstandigheden die kunnen worden aangemerkt als een conflict in de zin van art. 1 WOS.

24. Uit het samenstel van voorschriften van art. 1 WOS kan worden afgeleid dat met het begrip „oorlog" in de zin van de WOS wordt gedoeld op een *internationaal* gewapend conflict; anders zou de speciale regeling van lid 3 ten aanzien van een burgeroorlog overbodig zijn. In de vordering wordt evenwel gesteld dat de feiten zijn begaan in het kader[28] van een gewapend conflict als bedoeld in art. 3 aanhef van genoemd Verdrag. In die verwijzing ligt besloten dat het volgens de officier van justitie een gewapend conflict betreft dat géén internationaal karakter draagt. De rechtbank heeft deze stelling onderschreven. In het licht van hetgeen de rechtbank daartoe feitelijk heeft vastgesteld, is dit oordeel niet onbegrijpelijk. Evenmin is onbegrijpelijk het oordeel van de rechtbank dat de feiten als omschreven en nader gepreciseerd in de vordering handelen in strijd met het gemeenschappelijke art. 3 van de Verdragen van Genève, nu in de vordering is gesteld dat die feiten als schendingen van art. 3 zijn aan te merken en de omschrijving van de feiten met die stelling niet onverenigbaar is.

25. De klacht van het eerste middel dat – anders dan in de vordering tot uitdrukking is ge-

23. Handelingen II 1951-1952, 2258, nr. 3, blz. 8-9.
24. Zie art. 146 en art. 147 van evengenoemd Verdrag.
25. Al zou een uit te brengen dagvaarding wellicht beter dan de vordering kunnen aansluiten bij de bewoordingen van het Verdrag – zoals nader toegelicht in het door het Rode Kruis uitgebrachte Commentary inzake de Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war (Genève, 1958) – teneinde de diverse verdragsinbreuken buiten kijf te stellen.
26. Zie daartoe art. 2 van het Verdrag.
27. Zo ook Keijzer, a.w., aant. 3 bij art. 8 WOS.
28. De aanduiding „terwijl" lijkt me in het licht van de verdragseisen niet geheel adequaat.

bracht – het in Bosnië-Herzegowina om een internationaal gewapend conflict ging, kan in cassatie niet op haar juistheid worden onderzocht. Daartoe zou een nader onderzoek naar het feitelijk verloop van de vijandelijkheden nodig zijn, waarvoor in dit stadium van de procedure geen plaats is. Dat impliceert overigens niet dat de thans geponeerde stelling onjuist is. Het staat het OM vrij om zulks in een eventueel uit te brengen dagvaarding op te nemen teneinde de later oordelende strafrechter alsnog in staat te stellen de daartoe benodigde vaststellingen te doen. Het ligt voor de hand dat alsdan ook rekening zal worden gehouden met de opvattingen dienaangaande van het International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia in Den Haag.

26. Bovendien volgt uit de wetsgeschiedenis dat de uitdrukking „oorlog" ziet op een oorlog waarbij Nederland betrokken is en dat met „burgeroorlog" wordt gedoeld op een burgeroorlog in Nederland[29]. Dat leidt tot de gevolgtrekking dat Nederland op grond van het bepaalde in art. 1 leden 1 en 3 WOS geen rechtsmacht heeft. Onjuist is dan ook, zoals het eerste middel terecht betoogt, de opvatting van de rechtbank dat het voor de uitleg van het begrip (burger)oorlog in art. 1 WOS niet van belang is of Nederland daarbij al dan niet betrokken is.

27. Nederlandse rechtsmacht kan evenmin gefundeerd worden op art. 1 lid 2 WOS. Uit de vordering blijkt immers niet dat Nederland „betrokken" was bij het gewapend conflict, zoals deze bepaling eist; de rechtbank heeft daaromtrent evenmin iets vastgesteld. In cassatie moet derhalve van die niet-betrokkenheid worden uitgegaan. Feitelijke grondslag mist dan ook de stelling van het eerste middel dat art. 1 lid 2 WOS toepasselijk is omdat Nederlandse militaire eenheden deel uitmaakten van de ter plaatse opererende internationale vredesmacht. In rechte staat immers niet vast dat ten tijde van de verweten feiten (juni 1992) sprake was van deze Nederlandse betrokkenheid bij het herstel van internationale orde en veiligheid in Bosnië-Herzegowina. Slotsom is dat in casu moet worden verondersteld dat aan de eis van Nederlandse betrokkenheid ex art. 1 lid 2 WOS niet is voldaan.

28. Aangenomen evenwel dat aan die voorwaarde wel is voldaan, levert deze bepaling nog een andere hindernis op. In dat geval zijn immers wel de artt. 8-9 WOS „van overeenkomstige toepassing" doch niet de rechtsmachtvoorziening van art. 3 WOS[30].

29. Slotsom moet dan ook zijn dat naar de letter van art. 1 WOS oorlogsmisdrijven begaan tijdens een (burger)oorlog of een gewapend conflict waarbij Nederland niet rechtstreeks betrokken is, hier te lande niet vervolgd kunnen worden[31].

30. Deze uitkomst is nochtans onaannemelijk nu blijkens de wetsgeschiedenis de artt. 8 en 9 WOS juist in het leven zijn geroepen om te voldoen aan de verplichtingen die uit de Rode Kruis Verdragen voortvloeien. Dat het de bedoeling van de wetgever was dat ons land volledig aan deze verdragsverplichtingen zou voldoen blijkt al evenzeer uit die wetsgeschiedenis. Daartoe kan worden gewezen op achtereenvolgens de Memorie van Toelichting[32]:

„De Nederlandse rechter moet kennis kunnen nemen van schendingen van de wetten en gebruiken van de oorlog, ook wanneer deze buiten Nederlands grondgebied door de tegenpartij worden begaan. Hierbij worde verwezen naar het bepaalde in de artikel 49/50/129/146 van de vier Verdragen van Genève van 12 augustus 1949. Wanneer een andere bij het geschonden Verdrag aangesloten mogendheid geen overlevering verzoekt van een krijgsgevangene, die zich in Nederlandse handen bevindt, moet deze door een Nederlandse rechter kunnen worden berecht, al is het misdrijf in het buitenland gepleegd, zelfs ook wanneer het feit niet tegen een Nederlander is gepleegd of geen Nederlands belang daardoor is geschaad." ;

de Memorie van Antwoord[33] die nog verder gaat doordat het verband met de krijgsgevangenschap van de tegenstander wordt losgelaten:

„De bepaling, opgenomen in artikel 3, onder 1°., maakt de Nederlandse rechter bevoegd tot kennisneming van oorlogsmisdrijven, onverschillig door wie en waar deze zijn begaan, derhalve ook in die gevallen, waarin het misdrijf door een niet-Nederlander buiten Nederland is begaan in een oorlog waarbij Nederland geen partij is. Terecht is in het Voorlopig Verslag opgemerkt, dat deze bepaling moet worden beschouwd als een toepassing van het z.g. universaliteitsbeginsel. (...) (I)n het onderhavige geval (is de toepassing van het universaliteitsbeginsel een uitvloeisel) van de vier Verdragen van Genève van 12 augustus 1949." ;

alsook de Memorie van Antwoord[34]:

„Een aantal leden heeft bezwaar tegen de mogelijkheid, dat de Wet Oorlogsstrafrecht van toepassing kan worden verklaard in gevallen van een gewapend conflict, dat niet als oorlog kan worden aangemerkt. Het is wellicht goed er op te wijzen, dat de betrokken

29. Zie Handelingen II 1950-1951, 2258, nr. 3, blz. 2, en nr. 5, blz. 1 en 11 alsook Coolen, a.w., blz. 133, en Keijzer, a.w., aant. 3 bij art. 1 WOS.

30. Van de door art. 1 lid 2 WOS geboden mogelijkheid om bij Amvb dit of andere artikelen toepasselijk te verklaren, is geen gebruik gemaakt.

31. Aldus B.V.A.R. Röling, Het universaliteitsbeginsel en de Wet Oorlogsstrafrecht, Tijdschrift voor Internationaal Recht 1960, blz. 145.

32. Nr. 3, blz. 6.

33. Nr. 5, blz. 5.

34. Nr. 5, blz. 11.

bepaling de materiële strafbepalingen van de artikel 4-9 steeds van toepassing verklaart in geval van een dergelijk conflict. Hetgeen aan een voorziening bij algemene maatregel van bestuur is overgelaten, is de toepasselijkverklaring van de regelen betreffende de competentie en het daarmede samenhangende formele recht." [35]

en het debat in de Tweede Kamer over het wetsvoorstel waarbij het kamerlid Van der Feltz zich afvroeg of een Boliviaan die zich bij een staatsgreep in Bolivia – een buitenlandse burgeroorlog – zou hebben schuldig gemaakt aan overtreding van art. 8 of 9 WOS door een Nederlandse rechter berecht zou kunnen worden[36], waarop de regering bevestigend antwoordde en waaraan zij nog toevoegde[37]:

„Het gaat inderdaad ver, maar dat berust nu eenmaal op de bijzondere omstandigheden, waarop dit ontwerp doelt, natuurlijk met de bedoeling, dat een misdadiger zo min mogelijk zijn verdiende straf zal ontgaan, waar ter wereld hij zich ook bevinden zou."

Voorts kan nog worden gewezen op de Memorie van Toelichting[38] bij het ontwerp van wet tot goedkeuring van het Eerste Verdrag van Genève[39], onder meer inhoudende:

„Aan de uit de Verdragen voortvloeiende verplichting om een aantal ernstige inbreuken op de Verdragen in de nationale wetten der Verdragsluitende Partijen strafbaar te stellen en te berechten (...) zal worden voldaan met de totstandkoming van het reeds aanhangig gemaakt ontwerp van wet, houdende vaststelling van de Wet Oorlogsstrafrecht, met name door het bepaalde in de artikelen 8 en 9 j° artikel 3 lid 1, van die Wet."

31. Uit deze passages kan worden afgeleid dat de wetgever met zijn intentie om het universaliteitsbeginsel ook te laten gelden voor oorlogsmisdrijven begaan tijdens een oorlog of een niet-internationaal gewapend conflict waarbij Nederland geen partij is, de in art. 1 WOS gestelde beperkingen over het hoofd heeft gezien alsook dat hij deze voor genoemde delicten bepaaldelijk niet heeft willen laten gelden.

32. Deze minder gelukkige redactie van art. 1 WOS – waardoor de rechter zich niet behoeft te laten belemmeren[40] – laat zich overigens wel verklaren. De Wet Oorlogsstrafrecht is voorbereid door een in 1948 ingestelde commissie onder leiding van mr. J. Donner, president van de Hoge Raad. Opdracht aan die commissie was om te onderzoeken welke maatregelen nodig waren om de gebleken gebreken bij de berechting van „landverraders" na een vijandelijke bezetting op te heffen, of – anders gezegd – welke voorzieningen getroffen dienden te worden ten aanzien van gedragingen gericht tegen de veiligheid van de Staat, gepleegd in geval van oorlog, en met betrekking tot andere met oorlog en bezetting in verband staande strafwaardige feiten[41]. Ter uitvoering van die opdracht is een regeling ontworpen die primair zag op gedragingen gericht tegen de veiligheid van de Nederlandse Staat en de berechting van de daders. Pas in een laat stadium van haar werkzaamheden is aan de commissie verzocht om mede te voorzien in bepalingen tegen oorlogsmisdrijven, zulks ter uitvoering van de Rode Kruis Verdragen die Nederland op 8 december 1949 ondertekend had. Naar aanleiding daarvan zijn alsnog de artt. 8 en 9 alsmede art. 3 sub 1° ingevoegd en zijn de artt. 8 en 9 in art. 1 vermeld. Daarbij, alsook bij de latere parlementaire behandeling, is klaarblijkelijk voorbij gezien aan de oorspronkelijke – beperkte, in art. 1 neergelegde – (nationale) doelstelling van de ontwerpregeling.

33. In overeenstemming met de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever en in afwijking van de letter van de wet moet art. 1 WOS derhalve aldus worden verstaan dat de daarin vervatte beperkingen geen betrekking hebben op de artt. 8 en 9 en in zoverre evenmin op art. 3[42]. Ook hier is de geest belangrijker dan de letter van de wet, meer bepaald omdat het niet om verbods- of strafbepalingen gaat[43].

34. Een redelijke wetsuitleg noopt ertoe hetzelfde aan te nemen ten aanzien van de regeling der bevoegdheid in art. 12 WOS. Dat – anders dan afgeleid zou kunnen worden uit het voorbehoud in art. 12 lid 1 WOS ten aanzien van delicten begaan in geval van een gewapend conflict niet zijnde een (burger)oorlog – niet een gewoon doch een militair-rechterlijk college bevoegd is tot kennisneming van feiten als de onderhavige vindt bovendien bevestiging in de

35. De rechtsmacht achtte de regering dus reeds in de wet geregeld.
36. Vergadering 6 mei 1952, blz. 2247.
37. Idem, blz. 2251.
38. Handelingen II 1951-1952, 2511, nr. 3, blz. 3.
39. Verdrag van Genève voor de verbetering van het lot der gewonden en zieken, zich bevindende bij de strijdkrachten te velde van 12 augustus 1949, Trb. 1951, 75, goedgekeurd bij Wet van 19 mei 1954, Stb. 249. Van dezelfde datum dateren verdragen, voor de verbetering van het lot der gewonden en zieken, zich bevindende bij de strijdkrachten ter zee (Genève II), betreffende de behandeling van krijgsgevangenen (Genève III) en betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd (Genève IV). De artikelen 3 van de Verdragen zijn gelijkluidend.

40. Reeds eerder heeft de Hoge Raad een vergissing van de wetgever in een rechtsmachtbepaling (art. 5 Sr) hersteld; zie HR 20 juni 1950, NJ 1950, 646 nt WP.
41. Memorie van Toelichting bij de WOS, nr. 3, blz. 1.
42. Zo ook Keijzer, a.w., aant. 3 bij art. 3 WOS en Coolen, a.w., blz. 134.
43. Zie in dit verband bovendien de uitzondering van art. 7 lid 2 EVRM op het nullum crimen-beginsel.

Memorie van Toelichting bij het ontwerp-WOS. Die houdt onder meer in[44]:

„Het valt niet te ontkennen, dat ook voor een juiste beoordeling van de gepleegde bezettings- en oorlogsmisdrijven kennis van militaire verhoudingen wenselijk is. Men denke aan dienstneming bij de vijand, waarbij de vraag beantwoord moet worden of een bepaalde formatie tot 's vijands krijgsmacht behoort of niet, en aan de ingewikkelde vraagstukken, die zijn vastgeknoopt aan het beroep op bevel van hogerhand, gedaan door verdachten, die in vijandelijke militaire dienst oorlogsmisdrijven hebben gepleegd. Dit in vele gevallen geheel of gedeeltelijk militaire karakter is mede een van de redenen geweest om voor te stellen, dat de berechting van de in artikel 1 bedoelde misdrijven na een bezetting door bijzondere rechtbanken zal geschieden. Deze rechtbanken (...) zullen, naar artikel 14, eerste lid, voorstelt, bezet worden door rechtsgeleerde en militaire rechters."

Nu bedoelde bijzondere rechtbanken niet zijn ingesteld, sluit berechting door de militaire kamer van de rechtbank, die ingevolge art. 5 van de Wet militaire strafrechtspraak bestaat uit twee leden van de rechtbank en één militair lid, het nauwst aan bij de bedoeling van de wetgever.

Uit het voorgaande volgt dat Nederland ten aanzien van oorlogsmisdrijven als bedoeld in art. 8-9 WOS, waar ook ter wereld en door wie ook begaan, rechtsmacht heeft en dat de militaire kamer van de rechtbank te Arnhem tot kennisneming van die feiten bevoegd is. De oordelen van de rechtbank dienaangaande zijn derhalve juist, zodat een nadere bespreking van de gronden waarop zij deze heeft doen steunen achterwege kan blijven. De middelen, die de juistheid van de oordelen van de rechtbank betwisten, zijn mitsdien ongegrond.

36. Het *derde* middel betoogt dat de rechtbank ten onrechte de vordering heeft afgewezen. Door afwijzing van die vordering om reden dat daaraan het belang was ontvallen, zou de rechtbank hebben miskend dat een gerechtelijk vooronderzoek wordt geopend met het oog op het verrichten van een of meer onderzoekshandelingen, en dat het vervolgens aan de officier van justitie is te beoordelen of nader onderzoek moet plaatsvinden. Nu heeft de rechtbank het door haar geopende gerechtelijk vooronderzoek eenzijdig gesloten, en de officier van justitie in strijd met art. 237 Sv de mogelijkheid ontnomen heropening van het onderzoek te vorderen.

37. De vordering van de officier van justitie strekte ertoe dat:

„de rechter-commissaris belast met de behandeling van strafzaken onverwijld zal overgaan tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek terzake: beoordeling rechtsmacht en bevoegdheid militaire kamer Arrondissementsrechtbank Arnhem".

Aan de vordering is een aanvullende notitie ten behoeve van de rechter-commissaris gehecht, die onder meer inhoudt:

„In het kader van de vordering wordt U niet gevraagd reeds thans over te gaan tot het verrichten van zaaksgebonden onderzoekshandelingen. Vooreerst verzoek ik U een beslissing te nemen ten aanzien van de toewijzing van de vordering „sec".

Reden hiervan is dat het wenselijk is dat eerst een gemotiveerd oordeel wordt geveld met betrekking tot de vraag of de Militaire Kamer te Arnhem bevoegd is tot kennisneming van de feiten zoals in de vordering omschreven, en of de Militaire Kamer ten aanzien van die feiten rechtsmacht heeft (e.e.a. onder meer ook in verband met de tijdens het voorbereidend onderzoek te nemen beslissingen van de raadkamer van de Militaire Kamer alsmede de (militaire) Rechter-Commissaris met betrekking tot de voorlopige hechtenis)."

De rechtbank heeft de vordering van de officier van justitie afgewezen na te hebben overwogen:

„Door de beantwoording van deze rechtsvragen[45] is er geen grond meer aanwezig de vordering van de officier van justitie toe te wijzen omdat het belang van de vordering, strekkende tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek tot het beoordelen door de rechter-commissaris van de rechtsmacht en de bevoegdheid van de militaire kamer, aan die vordering is komen te ontvallen."

38. Het oordeel van de rechtbank dat de vordering moest worden afgewezen omdat daaraan het belang was ontvallen is in het licht van de strekking van de vordering – het bekomen van een oordeel omtrent rechtsmacht en bevoegdheid – niet onbegrijpelijk. Dat de officier van justitie in zijn aanvullende notitie aan de rechter-commissaris niet heeft gevraagd „reeds thans" over te gaan tot het verrichten van zaaksgebonden onderzoekshandelingen doet daaraan niet af. De vordering strekte immers niet tot het (doen) verrichten van „zaaksgebonden onderzoekshandelingen".

39. Het oordeel van de rechtbank geeft evenmin blijk van een onjuiste rechtsopvatting, in het bijzonder niet met betrekking tot art. 237 Sv. Dat artikel betreft immers de sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek door de rechter-commissaris. Deze bepaling is dus op het onderhavige geval – waarin, niettegenstaande dat de officier van justitie antwoord kreeg op zijn vragen, geen gerechtelijk vooronderzoek is geopend – niet van toepassing. Er bestaat overigens geen rechtsregel die zich ertegen verzet dat na de hiervoren bedoelde afwijzing een nadere vordering wordt gedaan ter opening van een gerechtelijk vooronderzoek met het oog op

44. Nr. 3, blz. 12-13.

45. D.w.z. de vragen betreffende rechtsmacht en bevoegdheid.

het (doen) verrichten van „zaaksgebonden onderzoekshandelingen".

40. Nu niet is voldaan aan de onder 17 bedoelde voorwaarde waaronder de Hoge Raad zelf de zaak zou kunnen afdoen, dient – aangenomen dat het cassatieberoep ontvankelijk is – de verdere behandeling van het cassatieberoep voor een door de Hoge Raad te bepalen termijn te worden aangehouden om de verdachte te doen oproepen teneinde hem gelegenheid te bieden het cassatieberoep van de officier van justitie te doen tegenspreken.

41. Daartoe strekt deze aanvullende conclusie.

Hoge Raad:

5. Ambtshalve beoordeling van de bestreden beschikking

5.1. In het hier toepasselijke art. 23, tweede lid, Sv is onder meer bepaald dat de raadkamer de verdachte hoort, althans daartoe oproept. Uit hetgeen hiervoor onder 4.4 (zie Hof; *red.*) is overwogen blijkt dat dit niet is geschied.

5.2. Met de onderhavige procedure is blijkens de onder 4.1.4 (zie Hof; *red.*) weergegeven passage uit de aanvullende notitie beoogd een antwoord te verkrijgen op de vragen naar de rechtsmacht van Nederland en de bevoegdheid van de militaire of de gewone rechter. Klaarblijkelijk wil het Openbaar Ministerie voorkomen dat de Nederlandse strafrechter zich ten gronde met de zaak zal moeten bezig houden zonder dat eerst tot in hoogste instantie is vastgesteld dat er rechtsmacht voor Nederland is en dat de zaak door de bevoegde rechter wordt berecht.

5.3. De in het kader van een dergelijke procedure uit te spreken oordelen binden de rechter, die nadat in die procedure is uitgemaakt dat er rechtsmacht voor Nederland is en dat hij bevoegd is over de hoofdzaak te oordelen, niet. Deze is immers gehouden zich zelfstandig een oordeel te vormen over de antwoorden op de vragen van de art. 348 en 350 Sv.

5.4. Hetgeen onder 5.3 is overwogen neemt niet weg dat de verdachte die zich in een procedure als de onderhavige niet heeft kunnen verdedigen, indien daarin wordt beslist dat er rechtsmacht voor Nederland is en welke rechter bevoegd is, in de hoofdzaak met die beslissingen zal worden geconfronteerd. Hij heeft dan, hoewel de beslissingen in zijn zaak zijn genomen, geen deel kunnen hebben aan het daarover gevoerd debat. Hij is dan op onaanvaardbare wijze achtergesteld bij het openbaar ministerie.

5.5. Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mee dat de in art. 23, tweede lid, Sv voorgeschreven vorm in een geval als het onderhavige van zodanige betekenis is dat de niet-naleving daarvan tot nietigheid van de behandeling en van de betrokken beschikking leidt.

6. Slotsom

Het voorgaande brengt mee dat de bestreden beschikking niet in stand kan blijven, de middelen niet besproken kunnen worden en als volgt moet worden beslist.

7. Beslissing

De Hoge Raad:

Vernietigt de bestreden beschikking;

Verwijst de zaak naar het Gerechtshof te Arnhem (militaire kamer) teneinde op het bestaande beroep te worden behandeld en afgedaan.

Nr. 463

HOGE RAAD (Strafkamer)
11 november 1997, nr. 3717
(Mrs. Hermans, Bleichrodt, Corstens, Aaftink, Orie; A-G Van Dorst; m.nt. 't H)
DD 98.071

1. Vervolg op HR NJ 1998, 462 (oorlogsmisdrijven in voormalig Joegoslavië). Aan de Nederlandse rechter komt rechtsmacht toe inzake de in de vordering gerechtelijk vooronderzoek omschreven feiten (het misdrijf van art. 8 Wet Oorlogsstrafrecht (WOS)).

2. Hof heeft ten onrechte geoordeeld dat burgerlijke en niet militaire rechter bevoegd is tot kennisneming van het misdrijf van art. 8 Wet Oorlogsstrafrecht. Toch geen cassatie: niet-ontvankelijkverklaring officier van justitie kan in stand blijven omdat het met de vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek beoogde doel is bereikt*.

(Sv art. 349 lid 1; Wet RO art. 56, 99 lid 1 sub 1°; Wet militaire strafrechtspraak art. 2; Wet Oorlogsstrafrecht art. 1 lid 1, 2 en 3, 3, 8, 9, 10, 10a, 11, 12)

Beschikking in raadkamer op het beroep in cassatie tegen een beschikking van het Gerechtshof te Arnhem, militaire kamer, van 19 maart 1997 in de strafzaak tegen D.K., te 's-Gravenhage, adv. mr. M.J. van Basten Batenburg te 's-Gravenhage.

Hof:

Beschikking

Na verwijzing van de zaak door de Hoge Raad bij beschikking van 22 oktober 1996 (NJ 1998, 462; *red.*) heeft het Hof – met verbetering en aanvulling van gronden – bevestigd een beschikking van de Rechter-Commissaris, belast met de behandeling van strafzaken, tevens van militaire zaken, van 1 december 1995, waarbij de Officier van Justitie niet-ontvankelijk is verklaard in zijn vordering tot het openen van een gerechtelijk vooronderzoek.

---

* Zie ook MRT 1998/6, p. 198 (m.naschr. H. van der Wilt).

Procesgang

4.1. Op 1 november 1995 heeft de Officier van Justitie een gerechtelijk vooronderzoek gevorderd met betrekking tot K., op verdenking dat:

1. hij op of omstreeks 14 juni 1992, althans in juni 1992, te Sivci, gemeente Prijedor, gelegen in Bosnië-Hercegovina, althans gelegen in voormalig Joegoslavië, opzettelijk en met voorbedachte rade Smail F. van het leven heeft beroofd, hierin bestaande dat verdachte opzettelijk na kalm beraad en rustig overleg, althans na een (kort) tevoren genomen besluit, vanaf een afstand van ongeveer 15 meter met een vuurwapen diverse kogels op de rug van die F. heeft afgevuurd, tengevolge waarvan die F. dodelijk werd getroffen;
2. (...)
3. (...)
4. (...)

4.2. De vordering houdt onder meer in:

Door te handelen als onder de punten I, II, III en IV omschreven heeft verdachte zich schuldig gemaakt aan schending van de wetten en gebruiken van de oorlog, als bedoeld in artikel 8 Wet Oorlogsstrafrecht, immers

1. de feiten zijn door verdachte gepleegd terwijl hij als militair, althans gewapend persoon, deel uitmaakte van een gewapende groep, staande onder het bevel van Kolonel Arsic, althans staande onder enig verantwoordelijk bevel, welke gewapende groep behoorde tot de (Bosnisch-)Servische militaire eenheden, die op het grondgebied van voormalig Joegoslavië in een gewapend conflict verwikkeld waren met groepen behorende tot onder meer de moslimgemeenschap;

2. het onder 1 genoemde gewapend conflict is aan te merken als een gewapend conflict zoals bedoeld in artikel 3 aanhef van het Verdrag van Genève betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd van 12 augustus 1949, gelet op de feitelijke bevindingen van onder meer de „VN Commissie van experts", gevormd in navolging van resolutie 780/1992 van de Veiligheidsraad;

3. de onder I/II/III/IV genoemde slachtoffers behoorden tot de onder 1 genoemde moslimgemeenschap;

4. – de feiten omschreven onder I en II zijn aan te merken als schendingen van artikel 3, aanhef en onder 1A van het onder 2 genoemde Verdrag;

– het feit omschreven onder III is aan te merken als schending van artikel 3, aanhef en onder 1b en/of 1c van het onder 2 genoemde Verdrag;

– het feit omschreven onder IV is aan te merken als schending van artikel 3, aanhef en onder 1c van het onder 2 genoemde Verdrag.

4.3. De vordering strekt ertoe dat de Rechter-Commissaris onverwijld zal overgaan tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek terzake:

„beoordeling rechtsmacht en bevoegdheid militaire kamer Arrondissementsrechtbank Arnhem."

4.4. Bij beschikking van 1 december 1995 heeft de Rechter-Commissaris – op grond van de overweging, kort samengevat, dat met betrekking tot de in de vordering bedoelde feiten voor Nederland rechtsmacht ontbreekt – de Officier van Justitie in zijn evenbedoelde vordering niet-ontvankelijk verklaard.

4.5. De Officier van Justitie heeft tegen de evengemelde beschikking van de Rechter-Commissaris hoger beroep ingesteld. Daarop heeft de Rechtbank de rechtsmacht van Nederland met betrekking tot de in de vordering bedoelde feiten aangenomen. Nadat de Officier van Justitie tegen die beschikking beroep in cassatie had ingesteld is – op een thans niet meer van belang zijnde grond – de beschikking van de Rechtbank vernietigd en de zaak naar het Hof (militaire kamer) verwezen.

4.6. Het Hof heeft in de beschikking waartegen de beroepen zijn ingesteld, de beschikking van de Rechter-Commissaris, zij het met verbetering en aanvulling van gronden, bevestigd. Het Hof is daarin tot de slotsom gekomen dat Nederland rechtsmacht heeft en dat de gewone rechter bevoegd is tot kennisneming van de in de vordering bedoelde feiten.

Motivering

4.1. Zijdens D.K. is betoogd, dat het openbaar ministerie in zijn vordering niet-ontvankelijk moet worden verklaard, omdat het beperken van die vordering tot de vragen naar rechtsmacht en bevoegdheid misbruik van procesrecht zou opleveren en bovendien D.K. niet tijdig van die vordering in kennis is gesteld.

4.2. Naar het oordeel van het hof biedt de in deze door het openbaar ministerie beperkte vordering de mogelijkheid, dat belangrijke rechtsvragen, die de verdere procesgang betreffen, worden beantwoord vóór een uitvoerig en ook voor de betrokkene belastend onderzoek wordt verricht. Het hof verwerpt het betoog, omdat het openbaar ministerie niet heeft gehandeld in strijd met enig beginsel van behoorlijke strafrechtspleging. Het verzuim D.K. eerder in kennis te stellen van de tegen hem gerichte vordering is inmiddels hersteld en hij heeft thans in voldoende mate en tijdig daartegen het nodige in kunnen brengen.

4.3. Op grond van het bepaalde in artikel 1 van de Wet Oorlogsstrafrecht, mede gelet op de wetsgeschiedenis in deze, moet worden geoordeeld dat oorlogsmisdrijven, begaan tijdens een (burger)oorlog of een gewapend conflict, waarbij Nederland niet rechtstreeks is betrokken, hier te lande niet kunnen worden vervolgd op grond van het in dat artikel bepaalde en dat de bepalingen van deze wet niet daarop van toepassing zijn.

4.4. Deze uitkomst is echter onaannemelijk, omdat de strafbaarstelling van schending van de wetten en gebruiken van de oorlog in de artikelen 8 en 9 Wet Oorlogsstrafrecht is opgeno-

men om te voldoen aan de verplichtingen die uit de Rode Kruis Verdragen voor Nederland voortvloeien. In verband daarmede is in artikel 3 Wet Oorlogsstrafrecht bepaald, dat de Nederlandse strafwet toepasselijk is onder meer op ieder, die zich buiten het rijk in Europa schuldig maakt aan een misdrijf omschreven in de artikelen 8 en 9.

4.5. Een redelijke wetsuitleg, mede gefundeerd op de memorie van antwoord en op de in de Rode Kruis Verdragen neergelegde verplichting tot berechting (of overlevering), brengt mede dat artikel 3 Wet Oorlogsstrafrecht niet behoort tot de in artikel 1 bedoelde bepalingen, die slechts van toepassing zijn op misdrijven, begaan tijdens een (burger)oorlog of gewapend conflict, waarbij Nederland rechtstreeks is betrokken, maar geldt te allen tijde.

4.6. Het hof is daarom van oordeel, dat de Nederlandse rechter bevoegd is kennis te nemen van de in de vordering van de officier van justitie omschreven feiten, maar dat niet de bijzondere bepalingen, onder meer aanwijzende de rechter die van die feiten kennis moet nemen, van de Wet Oorlogsstrafrecht daarop van toepassing zijn, omdat artikel 1 van die wet toepassing mist. Daarom is niet de in vorenbedoelde wet aangewezen militaire rechter bevoegd, maar de gewone strafrechter, hetgeen ook het geval is in de Nederland omringende landen.

Cassatiemiddel (mr. Van Basten Batenburg):

Het cassatiemiddel op dit punt luidt daarom:

Het Gerechtshof te Arnhem heeft het recht geschonden en/of een of meer vormen verzuimd, waarvan niet naleving met nietigheid wordt bedreigd (in het bijzonder artikel 1 Wet Oorlogsstrafrecht en artikel 12 Wet Oorlogsstrafrecht) door te verklaren dat de Nederlandse rechter bevoegd is.

De motivering van het Hof waarom de bijzondere bepalingen van de Wet Oorlogsstrafrecht niet van toepassing zijn, is summier en daarmee vaag en kan de eindbeslissing niet dragen. Het Hof schendt daarmee het recht, want geeft geen behoorlijke en duidelijke motivering, waartoe het gehouden is. Tevens geeft het Hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting, door de Nederlandse rechter bevoegd te achten en meer in het bijzonder door geen of onvoldoende betekenis toe te kennen aan de werking en strekking van de (bijzondere) bepalingen uit de Wet Oorlogsstrafrecht (WOS) voornoemd.

Requirant meent in dit verband te kunnen verwijzen naar het artikel van Prof. mr. C.F. Rüter zoals ingevoegd in het dossier van requirant als bijlage II. Dit artikel dient hier als overgenomen en ingelast te worden beschouwd. Met name verwijst requirant naar de overwegingen van Rüter aangaande de gevolgen van het niet toepasselijk verklaren van de artt. 3.1. en 12 WOS door middel van een Algemene Maatregel van Bestuur als bedoeld in artikel 1 lid 2 van de WOS.

Verder verwijst requirant naar de toelichting van de Officier van Justitie op zijn tweede cassatiemiddel van zijn cassatieschriftuur d.d. 27 maart 1996, zoals die eveneens in het dossier aangetroffen kan worden. Requirant beschouwt die toelichting hier eveneens als overgenomen en ingelast.

Immers, op grond van het bepaalde in artikel 1 van de Wet Oorlogsstrafrecht, gelet op de wetsgeschiedenis, moet worden geoordeeld dat oorlogsmisdrijven begaan tijdens een burgeroorlog, of een gewapend conflict waarbij men in Nederland niet rechtstreeks is betrokken, hier te lande niet kunnen worden vervolgd op grond van hetgeen in dat artikel is bepaald. Van een verklaarde oorlog tussen twee (Verdragsluitende) partijen is in casu geen sprake. Het betreft een intern gewapend conflict, dat eventueel als burgeroorlog omschreven kan worden.

Verder moet als ingelast worden beschouwd hetgeen in de pleitnota, die aan het Hof is overgelegd, zijdens requirant op dit punt naar voren is gebracht. Daaruit volgt ondermeer dat Nederland wel de mogelijkheid heeft gehad om bij AMVB te bepalen dat de WOS van toepassing zou worden verklaard op dit gewapend conflict omdat Nederland daarbij betrokken raakte (of dreigde te raken, door het zenden van troepen in het kader van de VN; dit was in 1992 echter nog niet aan de orde).

Nu Nederland dat niet heeft gedaan en overigens niet gezegd kan worden dat Nederland bij deze burgeroorlog, als het dat is, betrokken is, is geen Nederlandse rechter bevoegd om van de schending van de wetten en gebruiken van oorlog als bedoeld in de artikelen 8 en 9 van de Wet Oorlogsstrafrecht kennis te nemen. Een redelijke wetsuitleg kan ook niets anders met zich meebrengen.

Zoals betoogd is overlevering van requirant aan het Joegoslavië-Tribunaal te 's-Gravenhage de aangewezen weg om te geraken tot deze strafvervolging. Het Joegoslavië-Tribunaal is echter geen Nederlandse rechter als hier bedoeld doch een door de VN ingestelde rechter. Het is een bijzondere rechter die in deze is ingesteld door de VN en requirant kan aan deze speciale rechter worden overgeleverd. Het Hof heeft de beschikking van de Rechter-Commissaris derhalve wel gegrond verklaard maar de gronden kunnen niet de beslissing dragen. Immers, het Hof is van oordeel dat de militaire rechter niet bevoegd is maar wel de gewone Nederlandse strafrechter en dat is op grond van de (uitleg van de) wet niet juist.

Cassatiemiddelen (procureur-generaal Hof Arnhem):

2 Middel I:

Het gerechtshof heeft in de bestreden beschikking het recht geschonden en/of één of meer vormen verzuimd waarvan naleving op straffe van nietigheid is voorgeschreven; in het bijzonder heeft het hof geschonden de artikelen

1, leden 1 en 3, 3, 8, 9 en 12 lid 1 van de Wet Oorlogsstrafrecht (wet van 10 juli 1952, Stb. 408; verder aangeduid als de WOS) door te oordelen, dat weliswaar de Nederlandse rechter bevoegd zou zijn tot kennisname van de feiten die aan de vordering van de officier van justitie ten grondslag lagen, maar dat niet de bijzondere bepalingen van de WOS, onder meer aanwijzende de rechter die van deze feiten kennis moet nemen (art. 12 lid 1 WOS - J.D.), van toepassing zijn. Daardoor is het hof ten onrechte gekomen tot een bevestiging met verbetering van gronden van de beschikking van de rechter-commissaris in militaire zaken.

3 Toelichting:

3.1 Enige beknoptheid lijkt mij geboden, nu het hier gaat om een vraagstuk waarover reeds in ruime mate door in deze materie doorknede auteurs een standpunt is gepubliceerd; in het bijzonder heb ik daarbij het oog op de (aanvullende) conclusie d.d. 26 september 1996 van de AG Mr Van Dorst, genomen in de zaak die leidde tot de beschikking van uw Raad d.d. 22 oktober 1996 (besch. nr. 3491) (NJ 1998, 462; *red.*). In die conclusie is uitvoerig aan de hand van de parlementaire geschiedenis van de WOS en de rechtsliteratuur ingegaan op de complicaties die zijn gerezen inzake rechtsmacht van de Nederlandse rechter en bevoegdheid van de militaire, dan wel gewone strafrechter inzake oorlogsmisdrijven, gepleegd door een persoon op wie op grond van de gewone jurisdictieregels het Nederlandse (oorlogs)strafrecht niet van toepassing is.

3.2 Het gerechtshof te Arnhem heeft in deze netelige materie gekozen voor een uitleg die geïnspireerd lijkt te zijn door de opvatting van Coolen, onder meer neergelegd in zijn artikel in DD 26 (1996), p. 43, waarin wordt uiteengezet, dat aan art. 1 WOS een beperkte betekenis moet worden toegekend in die zin, dat de daar voorkomende bewoordingen „in geval van oorlog" (onder oorlog wordt o.g.v. art. 1 lid 3 mede verstaan burgeroorlog) moeten worden gelezen als: in geval van oorlog (of burgeroorlog) *waarbij Nederland betrokken is*. Die opvatting (die ook wordt aangehangen door Mr N. Keijzer in Militair straf- en tuchtrecht) leidt ertoe, dat artikel 3 WOS, waarin inzake oorlogsmisdrijven universele rechtsmacht (ongeacht de vraag of Nederland in de vijandelijkheden participeert) wordt gecreëerd, met artikel 1 WOS onverenigbaar is; een complicatie die door Coolen en Keijzer, zeer ingenieus, maar naar mijn gevoel gekunsteld, wordt geëcarteerd door aan te nemen, dat dus met de bewoordingen in art. 1 lid 1, aanhef WOS („De bepalingen van deze wet zijn van toepassing ...") niet gedoeld wordt op art. 3, 8 en 9 WOS, maar slechts op de bepalingen van art. 2 en art. 12-36 WOS.

Met die oplossing wordt wel bereikt, dat recht wordt gedaan aan de (in elk geval in de aanvang van het wetgevingstraject bestaande) wens van de wetgever, kenbaar uit de parlementaire geschiedenis, om het oorlogsstrafrecht slechts te laten gelden in oorlogssituaties waarbij Nederland betrokken is; maar er wordt voorbij gegaan aan het gegeven, dat de wetgever eenvoudig een weeffout heeft laten ontstaan bij het scheppen van universele rechtsmacht in art. 3 WOS. Wordt de bedoeling van de wetgever niet veel meer intact gelaten als men eenvoudig aanneemt, dat de beperking neergelegd in artikel 1 WOS niet kan worden geacht te gelden in verband met de artikelen 3, 8 en 9?

4 Middel II (slechts voorgesteld voor het geval middel I niet zou slagen):

Het hof heeft voorts geschonden de artikelen 448 Sv. i.v.m. art. 1, 3 en 12 lid 1 WOS door met verbetering van gronden de beschikking van de rechter-commissaris, houdende niet-ontvankelijkverklaring, te bevestigen in plaats van de rechter-commissaris onbevoegd te verklaren.

5 Toelichting:

Mocht uw Raad met het hof aannemen, dat van de hier aan de orde zijnde feiten niet de militaire, maar de gewone strafrechter kennis neemt, dan mag het dictum van de beschikking niet luiden, dat de officier van justitie niet-ontvankelijk is (er is immers wel degelijk rechtsmacht), maar dat de militaire rechter *onbevoegd* is.

Het belang van dit middel, zo besef ik, is zeer beperkt: als hier inderdaad een tekortkoming zit, zal die door uw Raad hersteld kunnen worden.

Conclusie A-G mr. Van Dorst:

Procesgang

1.1. Bij beschikking van 1 december 1995 heeft de rechter-commissaris in de arrondissementsrechtbank te Arnhem de officier van justitie niet-ontvankelijk verklaard in zijn tegen de verdachte ingediende vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek, omdat – kort samengevat – Nederland geen rechtsmacht heeft met betrekking tot de in die vordering vermelde feiten.

1.2. De militaire kamer van de rechtbank Arnhem heeft deze beschikking op 21 februari 1996 vernietigd. Zij heeft beslist dat Nederland wel rechtsmacht heeft met betrekking tot de bedoelde feiten en dat de militaire rechter als bedoeld in art. 12 Wet Oorlogsstrafrecht (= WOS) tot kennisneming van die feiten bevoegd is.

1.3. De Hoge Raad op zijn beurt heeft de beschikking van de rechtbank op 22 oktober 1996 (NJ 1998, 462; *red.*) vernietigd, aangezien de verdachte in geen enkel stadium van de procedure was opgeroepen zodat de in art. 23 lid 2 Sv voorgeschreven vorm *in het onderhavige geval* geschonden was, hetgeen tot nietigheid van de behandeling en de daarop gebaseerde beslissing diende te leiden[1]. De zaak is verwezen naar

1. Aan voetnoot 2 van de aanvullende conclusie die op 26 september 1996 is genomen in het kader van de eerste cassatiebehandeling, kan thans worden toegevoegd de ingezonden →

de militaire kamer van het gerechtshof te Arnhem teneinde op het bestaande beroep te worden behandeld en afgedaan.

1.4. Bij de behandeling van het hoger beroep door het hof op 19 februari 1997 zijn de verdachte en diens raadslieden in de gelegenheid gesteld het woord te voeren.

1.5. Op 19 maart 1997 heeft het hof de beschikking van de rechter-commissaris bevestigd.

1.6. Zowel de verdachte als de procureur-generaal bij het hof hebben tegen 's hofs beschikking beroep in cassatie ingesteld. Namens de verdachte is bij schriftuur één cassatiemiddel voorgesteld. De procureur-generaal heeft twee middelen van cassatie ingediend.

Het cassatieberoep van de verdachte

2. Het namens de verdachte voorgestelde middel betreft de rechtsmacht van Nederland ten aanzien van de feiten die in de vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek zijn omschreven. Het hof heeft dienaangaande het volgende overwogen: (enz.; zie Hof; *red.*)

3.1. Het middel strekt ten betoge dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat in casu de Nederlandse strafwet (=WOS) toepasselijk is.

3.2. Voor zover ter staving van het gelijk van het middel wordt verwezen naar de nota daaromtrent van prof. Rüter in het dossier, de eerdere cassatieschriftuur van de officier van justitie en de pleitnota bij de behandeling van de zaak door het hof, is naar mijn mening niet voldaan aan de eisen die aan een middel van cassatie gesteld mogen worden[2]. Het is niet de taak van de Hoge Raad om op zoek te gaan naar argumenten tegen de juistheid van een rechterlijke beslissing die niet in de schriftuur naar voren zijn gebracht doch elders gevonden zouden kunnen worden.

4. In de kern komt het middel hierop neer dat Nederland te dezen geen rechtsmacht heeft. Volgens het middel moet op grond van art. 1 WOS worden aangenomen dat een op art. 3 aanhef en onder 1° WOS steunende vervolging ter zake van een in artt. 8 en 9 WOS omschreven misdrijf slechts mogelijk is indien Nederland rechtstreeks betrokken is bij de oorlog (art. 1 lid 1) onderscheidenlijk burgeroorlog (art. 1 lid 3) of indien in geval van het in art. 1 lid 2 bedoelde gewapende conflict bij AMvB de bijzondere bepalingen van de WOS van overeenkomstige toepassing zijn verklaard. Aan geen van deze in art. 1 WOS opgesomde voorwaarden is te dezen echter voldaan[3].

→ brief van mr D. de Sampayo Garrido-Nijgh, griffier van het Joegoslavië-tribunaal, in NJB 1996, blz. 1903, met een reactie van de schrijvers van reeds vermelde artikel.

2. Vgl. Cassatie in strafzaken, derde druk, blz. 61.

3. Aan het bepaalde in art. 1 lid 2 WOS zal in deze conclusie worden voorbijgegaan, →

5.1. In mijn eerdere (aanvullende) conclusie in deze zaak, in het bijzonder nrs. 29 t/m 33 heb ik aangegeven dat en waarom de artt. 3, 8 en 9 WOS niet onderworpen zijn aan de beperkingen van art. 1 WOS. Gelet op de daar ontwikkelde gedachtengang heeft het hof naar mijn mening terecht geoordeeld dat een redelijke wetsuitleg meebrengt dat art. 3 WOS *in casu* niet behoort tot de in artikel 1 bedoelde voorschriften die slechts van toepassing zijn op misdrijven begaan tijdens een (burger)oorlog of gewapend conflict waarbij Nederland rechtstreeks betrokken is, en dat deze bepaling ten aanzien van de feiten die in de artt. 8 en 9 WOS strafbaar zijn gesteld, uitdrukking geeft aan het universaliteitsbeginsel[4].

5.2. Deze conclusie biedt mij evenwel de gelegenheid (nog) iets dieper in te gaan op de verhouding tussen art. 1 en art. 3 WOS, al merk ik meteen op dat zulks voor de onderhavige feiten niet rechtstreeks van belang is, nu deze niet onder de hierna te bespreken wetten vallen. Niet uit te sluiten is echter dat in toekomstige gevallen die wetten wel in beeld komen. Bovendien kan hun wetsgeschiedenis aanknopingspunten bieden voor de uitleg die thans aan de WOS gegeven moet worden.

6. In de eerste plaats sta ik stil bij de *Uitvoeringswet folteringsverdrag*[5], waarop art. 1 WOS „de bepalingen van deze wet" toepasselijk verklaart indien de misdrijven van de artt. 1 en 2 Uitvoeringswet zijn begaan in geval van oorlog.

7. In de Uitvoeringswet folteringsverdrag is – kort gezegd – als foltering strafbaar gesteld mishandeling, gepleegd door een (buitenlandse) overheidsdienaar met een nader omschreven oogmerk[6]. Ingevolge art. 5 van de Uitvoe-

→ omdat deze bepaling voor wat betreft de toepasselijkheid van de te dezen relevante artt. 3 en 12 niet in beeld komt vanwege het uitblijven van de daar bedoelde AMvB.

4. Zo ook Keijzer, in: Militair straf- en tuchtrecht, aant. 5 bij art. 1 en aant. 3-4 bij art. 3 Wet Oorlogsstrafrecht; Coolen, Militair straf- en strafprocesrecht, 2e druk, blz. 134; van dezelfde schrijver: De Wet Oorlogsstrafrecht: een wet met gebreken, DD 1996, blz. 43-55; Is de militaire rechter wel bevoegd kennis te nemen van oorlogsmisdrijven, gepleegd in het voormalig Joegoslavië?, MRT 1995, blz. 65-67, en: Nogmaals: oorlogsmisdrijven gepleegd in het voormalig Joegoslavië, MRT 1995, blz. 104-106. Zie voor een overzicht van de op dit punt uiteenlopende Nederlandse opvattingen ook het Nederlandse rapport ten behoeve van het 14e internationale congres van de International Society for Military Law and the Law of War (Athene, 10-15 mei 1997), gepubliceerd in MRT 1997, blz. 187-196, in het bijzonder vraagpunt 6 inzake Criminal Jurisdiction.

5. Wet van 29 september 1988, Stb. 478.

6. O.m. uit minachting voor diens aanspraken op menselijke gelijkwaardigheid.

ringswet is daarop het universaliteitsbeginsel van toepassing.

8.1. Met het oog op de onderhavige kwestie citeer ik enige, verhelderende, onderdelen van de MvT bij deze Uitvoeringswet[7].

8.2. Omtrent de pro's en contra's van de keuze voor het universaliteitsbeginsel bevat zij uitvoerige beschouwingen; doorslaggevend achtte de regering[8]

„de ondraaglijkheid van de gedachte dat folteraars, zolang hun door het regime van hun eigen land de hand boven het hoofd gehouden wordt, zich vrijelijk naar andere landen kunnen begeven en daar zelfs ongestraft oog in oog kunnen komen te staan met hun naar het buitenland gevluchte slachtoffers.

(...)

Geconfronteerd met de aanwezigheid hier te lande van een alhier door getuigen en slachtoffers als folteraar herkende buitenlander zal de schok die dit in de Nederlandse rechtsorde te weeg zal kunnen brengen door een zich onbevoegd verklarende rechter niet bepaald worden gedempt".

8.3. Voorts houdt de MvT nog het volgende in[9]:

„Foltering is niet alleen in het commune strafrecht strafbaar gesteld, doch levert in tijd van oorlog gepleegd, eveneens een schending van het internationale oorlogsrecht op. In het bijzonder zij hier verwezen naar het aan de vier verdragen van Genève van 12 augustus 1949 betreffende de bescherming van slachtoffers van de oorlog gemeenschappelijke artikel 3, dat in zijn eerste lid, aanhef, sub 1(a), met zoveel woorden marteling verbiedt in gevallen van niet-internationale gewapende conflicten, en naar de artikelen 12 en 50 van het Eerste Verdrag, 12 en 51 van het Tweede Verdrag, 17, 87 en 130 van het Derde Verdrag en 32, 100, 118 en 147 van het Vierde Verdrag waarin impliciet of expliciet foltering jegens verschillende categorieën van beschermde personen in gevallen van internationale gewapende conflicten wordt verboden.

Voorts dienen te worden vermeld de artikelen 11, 75 en 85 van Protocol I en 4 van Protocol II bij de hogergenoemde 4 Geneefse verdragen.

Uit hoofde van al deze bepalingen levert foltering in geval van intern of internationaal gewapend conflict begaan een schending van de wetten van de oorlog op, in het Nederlandse strafrecht strafbaar gesteld in artikel 8 van de Wet oorlogsstrafrecht.

Wanneer het delict foltering, in verband met of ter uitvoering van het folteringsverdrag, afzonderlijk is omschreven, zal een handelen in strijd met de wetten van de oorlog, dat als foltering kan worden aangemerkt, naar moet worden aangenomen, niet meer strafbaar zijn op grond van de Wet oorlogsstrafrecht, maar op grond van de bepalingen van de Uitvoeringswet folteringsverdrag. Aangezien dat verdrag, blijkens zijn artikel 2, tweede lid, foltering ook in oorlogstijd strafbaar stelt, zullen de strafbepalingen betreffende foltering, welke opgenomen zijn in de Uitvoeringswet folteringsverdrag ten opzichte van artikel 8 van de Wet oorlogsstrafrecht als lex specialis gelden. Dat neemt niet weg dat de in de Wet oorlogsstrafrecht neergelegde voorschriften omtrent de bevoegdheid van de rechter tot kennisneming van dit delict en de daarbij te volgen procedures toepasselijk dienen te blijven. Met het oog daarop behoeft die wet derhalve aanvulling door een verwijzing naar de thans voorgestelde Uitvoeringswet."

alsmede[10]:

„Zoals in het algemeen gedeelte van deze memorie werd uiteengezet, zal het delict van foltering, wanneer het in geval van oorlog is begaan, berecht moeten worden overeenkomstig de bepalingen van de Wet oorlogsstrafrecht. In verband daarmee moet dit delict in artikel 1, eerste lid, van de Wet oorlogsstrafrecht worden vermeld."

9. Zoals reeds gezegd, vallen de feiten zoals omschreven in de vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek niet onder het begrip „foltering" zoals in de Uitvoeringswet omschreven, maar wel onder de „grave breaches" van de genoemde Conventies[11] en/of Protocollen[12]. Dat deze „grave breaches" ook buiten het geval van een gewapend conflict waarbij Nederland betrokken is, hier te lande vervolgd kunnen worden, en dat art. 1 lid 1 aanhef WOS in zoverre geen beperking vormt, volgt uit de wetsgeschiedenis van de WOS, zoals ik in mijn eerdere conclusie uiteen heb gezet. Die rechtsmacht is naar mijn mening (ook) een sequeel van het bepaalde in art. 6 van de Uitvoeringswet folteringsverdrag. Anders zou immers de situatie ontstaan dat het universaliteitsbeginsel steeds geldt voor folteringen, dus ongeacht of zij in oorlogstijd dan wel in vredestijd zijn begaan, zelfs als zij vallen in de termen van art. 8 WOS, maar dat genoemd beginsel niet zou gelden voor de wezenlijk veel ernstigere inbreuken op bedoelde Conventies en Protocollen die een oorlogsmisdrijf in de zin van art. 8 WOS opleveren, behoudens voor het geval dat Nederland bij het betreffende gewapende conflict betrokken is. Deze uitkomst is, gelet ook op de wetsgeschiedenis van de Uitvoeringswet folteringsverdrag, onaannemelijk.

10. Gelet op deze samenhang tussen de

7. Kamerstukken II 1986-1987, 20 042, nr. 3.
8. MvT, blz. 6.
9. Blz. 3-4.
10. Blz. 8.
11. Zie het gemeenschappelijke art. 3 en de respectieve artt. 49/50/129/146.
12. Vgl. Keijzer, a.w., Inleiding Oorlogsstrafrecht, aant. 6.

WOS[13] en de Uitvoeringswet folteringsverdrag meen ik derhalve vol te kunnen houden dat voor oorlogsmisdrijven etc. ook buiten het geval van een gewapend conflict waarbij Nederland betrokken is, het universaliteitsbeginsel geldt.

11. Een tweede wet die de aandacht verdient is de *Uitvoeringswet genocideverdrag*[14]. Ook op deze wet verklaart art. 1 WOS „de bepalingen van deze wet" toepasselijk indien de misdrijven van de artt. 1 en 2 Uitvoeringswet zijn begaan in geval van oorlog.

12. In de Uitvoeringswet genocideverdrag is een aantal gedragingen, waaronder levensberoving, strafbaar gesteld, mits begaan met het oogmerk een nationale groep etc. als zodanig te vernietigen.

13. Art. 5 van de Uitvoeringswet genocideverdrag verklaart daarop niet het universaliteitsbeginsel doch het onbeperkte actieve nationaliteitsbeginsel van toepassing[15]. Blijkens de wetsgeschiedenis[16] vloeide die – door de regering kennelijk betreurde – keuze voort uit het verdrag:

„Het universaliteitsprincipe is tijdens de onderhandelingen over het genocideverdrag als uitgangspunt voor de berechting van het delict genocide verworpen. In artikel VI van het verdrag is het territorialiteitsbeginsel als uitgangspunt voor die berechting aanvaard. Daarmede heeft men echter het recht van de Staten op andere gronden, zoals het personaliteitsbeginsel, jurisdictie over dit delict uit te oefenen, niet willen verkorten."

14. Voor wat betreft de relatie tot de WOS merkt de MvT[17] het volgende op:

„Wanneer het delict genocide, in verband met en ter uitvoering van het genocideverdrag, afzonderlijk is omschreven, zal een handeling in strijd met de wetten of gebruiken van de oorlog, dat als genocide kan worden aangemerkt, naar moet worden aangenomen, niet meer strafbaar zijn op grond van de artikelen 8 en 9 van de Wet Oorlogsstrafrecht, maar op grond van de bepalingen van de Uitvoeringswet genocideverdrag. Aangezien het genocideverdrag immers de genocide ook in oorlogstijd strafbaar stelt, zullen de strafbepalingen betreffende de genocide, welke opgenomen zijn in de Uitvoeringswet genocideverdrag, ten opzichte van de artikelen 8 en 9 van de Wet Oorlogsstrafrecht, als lex specialis gelden. Toch zal het misdrijf van genocide, zoals in de Uitvoeringswet genocideverdrag omschreven, een ernstige inbreuk op de verdragen van Genève van 12 augustus 1949 kunnen opleveren."

alsmede[18]:

„Zoals in het algemeen gedeelte van deze memorie reeds werd uiteengezet, zal het delict van genocide, wanneer het in geval van oorlog is begaan, berecht moeten worden overeenkomstig de bepalingen van de Wet Oorlogsstrafrecht. In verband daarmee moet dit delict in artikel 1, lid 1, van de Wet Oorlogsstrafrecht worden vermeld. (...)
Indien het delict van genocide buiten Nederland door een vreemdeling tegen een Nederlander is begaan, kan het wenselijk zijn, dat de Nederlandse rechter te dien aanzien rechtsmacht uitoefent. In verband daarmee wordt voorgesteld het delict van genocide te vermelden in artikel 3, onder 2°, van de Wet Oorlogsstrafrecht."

15. Hieruit volgt dat voor oorlogsmisdrijven etc., indien en voor zover vallende onder artt. 1 en 2 van de Uitvoeringswet genocideverdrag, op grond van art. 5 van die wet in vredestijd het actieve personaliteitsbeginsel geldt en in oorlogstijd het actieve personaliteitsbeginsel[19] én het beschermingsbeginsel[20]. Ten aanzien van de oorlogsmisdrijven die tevens genocide opleveren, heeft art. 1 WOS dus wél betrekking op art. 3 WOS. In zoverre zou ik mijn eerdere standpunt een tikkeltje willen nuanceren. Voor de uitkomst van de onderhavige zaak maakt dit echter geen verschil, nu de vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek onvoldoende aanknopingspunten biedt voor het oordeel dat de daarin omschreven feiten (tevens) onder de Uitvoeringswet genocideverdrag vallen.

16. Uit het voorgaande volgt dat het middel faalt.

Het cassatieberoep van de procureur-generaal bij het hof

17. Het *eerste middel* betreft de vraag welke rechter bevoegd is tot kennisneming van de onderhavige feiten ten aanzien waarvan Nederland rechtsmacht heeft.

18. Het hof heeft dienaangaande het volgende overwogen:

„4.6 Het hof is daarom van oordeel, dat de Nederlandse rechter bevoegd is kennis te nemen van de in de vordering van de officier van justitie omschreven feiten, maar dat niet de bijzondere bepalingen, onder meer aanwijzende de rechter die van die feiten kennis moet nemen, van de Wet Oorlogsstrafrecht daarop van toepassing zijn, omdat artikel 1 van die wet toepassing mist. Daarom is niet de in vorenbedoelde wet aangewezen militaire rechter bevoegd, maar de gewone strafrechter, hetgeen ook het geval is in de Nederland omringende landen."

13. Zie art. 1 lid 1 aanhef en sub 5° WOS.
14. Wet van 2 juli 1964, Stb. 243.
15. Vgl. Orie/Van der Meijs/Smit, Internationaal strafrecht, 2e druk, blz. 177.
16. Kamerstukken II 1961-1962, 6613, nr. 3, blz. 4.
17. Blz. 3.
18. Blz. 4.
19. Art. 3 aanhef en onder 4° WOS.
20. Art. 3 aanhef en onder 2° WOS.

19. In de eerdere conclusie (sub 34) is met een beroep op de MvT bij het ontwerp-WOS betoogd dat de militaire rechter te dezen competent is. Aan de verwijzingsbeschikking, waarin de nieuwe behandeling van het hoger beroep werd opgedragen aan de militaire kamer van het hof, zou een aanwijzing ontleend kunnen worden dat de Hoge Raad dezelfde opvatting is toegedaan. Want anders had beëindiging van het geding door middel van onbevoegdverklaring van de militaire kamer van de rechtbank, die de vernietigde beschikking had gewezen, voor de hand gelegen[21]. Nochtans zou ik aan deze verwijzing naar de militaire kamer van het hof geen dwingend argument willen ontlenen, nu de zaak indertijd in het „militaire spoor" stond en verwijzing naar de militaire kamer van het hof deswege enigszins in de rede lag, terwijl voorts het zwaartepunt bij de eerdere behandeling veeleer lag bij de kwestie van de rechtsmacht.

20. De vraag rijst of dit standpunt heroverweging verdient, ook al is 's hofs oordeel nogal apodictisch geformuleerd en verschaft het – afgezien van de vergelijking met recht van onze buurlanden – geen nieuwe gezichtspunten.

21. Allereerst zal ik kort stil staan bij het rechtsvergelijkend argument.

22. De gegevens die zijn verzameld door Keijzer[22] en in het op verschillende nationale rapportages steunende verslag ten behoeve van het 14e internationale congres van de International Society for Military Law and the Law of War[23] lijken het door het hof geschetste beeld te bevestigen. Zo verklaren de Belgische en Franse wetgeving de gewone rechter bevoegd maar in oorlogstijd de militaire rechter. Volgens de Duitse en de Deense wetgeving is steeds de gewone rechter bevoegd.

23. Nochtans zijn hier enkele relativerende kanttekeningen op hun plaats.

24. Ten eerste kan rechtsvergelijking bij een kwestie als de onderhavige eigenlijk alleen maar voor de wetgever een bron van inspiratie zijn. Bij de toepassing van de wet moet slechts de door de wet gemaakte keuze gevolgd worden. Bij onderwerpen als de rechterlijke organisatie, de samenstelling van de rechterlijke colleges, de regeling van de competentie, etc. gaat het immers om onderwerpen die typisch nationaal van aard zijn waarbij, binnen de grenzen welke de mensenrechtenverdragen laten, overwegingen van doelmatigheid een grote rol spelen. Op toepassingsniveau kan rechtsvergelijking weinig toe- of afdoen aan de keuzes die de wet in dat opzicht heeft gemaakt. Om een gezocht voorbeeld te geven: met een beroep op wat in de ons omringende landen gebruikelijk is, kan de rechter niet beslissen dat de unieke Nederlandse rechtspraak door beroepsrechters niet deugt en dat ten aanzien van alle of bepaalde soorten delicten slechts een gerecht bevoegd is dat door een jury wordt gevormd of waarvan leken deel uitmaken.

25. Voorts moet worden bedacht dat Nederland te midden van genoemde landen een uitzonderlijke positie inneemt door de strafbaarstelling als oorlogsmisdrijf van zowel de „grave breaches" van de Conventies van Genève als de minder ernstige schendingen van het oorlogsrecht, en door ook daarvoor het universaliteitsbeginsel te laten gelden[24]. Ook in zoverre gaat de vergelijking met andere landen mank.

26. Het rechtsvergelijkend argument boet verder aan kracht in indien we ons niet alleen realiseren dat in sommige landen (Duitsland en Denemarken) de gewone rechter weliswaar bevoegd is, maar ook dat er geen militaire of (andere) bijzondere gerechten bestaan aan wie de competentie opgedragen had kunnen worden. Reeds om die reden komen hun rechtsstelsels niet voor vergelijking in aanmerking.

27. Uitvoerigere beschouwingen over dit punt kunnen overigens achterwege blijven omdat – als ik het goed zie – het aangevallen oordeel niet steunt op het argument van de rechtsvergelijking.

28. Nagegaan zal moeten worden wat het nationale recht bepaalt omtrent de rechterlijke competentie in deze.

29. Art. 12 lid 1 WOS houdt – voor zover te dezen van belang – in dat de militaire rechter kennis neemt van *de misdrijven in artikel 1 bedoeld*. Art. 1 WOS bepaalt dat de bepalingen van deze wet van toepassing zijn op o.m. de misdrijven *in geval van oorlog begaan* welke zijn omschreven in o.m. de artt. 8 en 9 van die wet.

30. Klaarblijkelijk heeft het hof geoordeeld dat niet is voldaan aan de voorwaarde van art. 12 lid 1 jo. art. 1 lid 1 WOS dat de feiten zijn begaan *in geval van oorlog* (of een daarmee krachtens art. 1 lid 3 op één lijn te stellen burgeroorlog).

31. Vermoedelijk doch onuitgesproken heeft het hof zich daarbij laten leiden door de opvatting dat van een oorlog in de zin van art. 1 WOS slechts sprake kan zijn bij feitelijke oorlogshandelingen waarbij Nederland betrokken is, en dat van een burgeroorlog slechts sprake kan zijn bij ernstige onlusten in Nederland. Op grond van

21. Zie ook de eerdere conclusie sub 17.

22. A.w., aant. 11 bij de Inleiding Oorlogsstrafrecht.

23. Zie vooral vraagpunt 7: special courts or procedures.

24. Zie Keijzer, a.w., conclusie van aant. 11 bij Inleiding Oorlogsstrafrecht.

de wetsgeschiedenis moet worden aangenomen dat dit oordeel juist is[25].

32. Het hof heeft niet uitdrukkelijk vastgesteld dat Nederland niet betrokken is geweest bij de (burger)oorlog in voormalig Joegoslavië, al lijkt het dit in r.o. 4.3 wel tot uitgangspunt te hebben genomen. Evenmin heeft het hof zich uitgelaten omtrent de (juridische) aard van het conflict aldaar[26]. Maar het komt mij voor dat het een feit van algemene bekendheid is dat het ging om een conflict waarbij Nederland geen partij was in de zin van art. 1 leden 1 en 3 WOS. Aangenomen mag dus worden dat zich te dezen niet het geval voordoet dat de feiten die in de vordering zijn vermeld, zijn begaan in geval van (burger)oorlog in de zin van art. 1 WOS.

33. Keijzer[27] en Coolen[28] verbinden hieraan de conclusie dat bij die stand van zaken niet voldaan is aan de eis van art. 1 WOS dat de bepalingen van deze wet (in het bijzonder de competentieregeling van art. 12) slechts toepasselijk zijn op misdrijven die zijn begaan in geval van (burger)oorlog, en deswege ook niet aan de eis van art. 12 lid 1 dat de militaire rechter bevoegd is tot kennisneming van de misdrijven in art. 1 bedoeld. Dat voert hen tot de slotsom dat slechts de gewone rechter bevoegd is. Dit oordeel wordt klaarblijkelijk door het hof gedeeld.

34. Tekstueel beschikt deze opvatting over sterke papieren. Voor de vorming van een weloverwogen oordeel kunnen enkele opmerkingen die ertegen pleiten, evenwel niet ongenoemd blijven.

35. Ten eerste blijkt nergens uit dat deze wetsinterpretatie door de wetgever is voorzien en gewild. Uit de wetsgeschiedenis kan namelijk niet worden opgemaakt dat de wetgever zich bewust is geweest van de implicaties van de toepasselijkheid van het universaliteitsbeginsel op de feiten van de artt. 8-9 WOS. Met name kan daaruit niet worden afgeleid dat hij de consequenties van zijn erkenning dat het universaliteitsbeginsel geldt ten aanzien van oorlogsmisdrijven, dus ook indien zij zijn begaan in het geval van een niet-Nederlandse (burger)oorlog, voldoende onder ogen heeft gezien. In elk geval ontbreken duidelijke aanwijzingen of uitspraken dat hij in dat laatste geval de gewone rechter competent heeft willen achten.

36. Anderzijds zou uit het in de eerdere conclusie sub 34 reeds vermelde citaat uit de MvT (de noodzaak om delicten als de onderhavige door een gespecialiseerde rechter te laten berechten) opgemaakt kunnen worden dat de wetgever er de voorkeur aan gaf dat de militaire rechter[29] kennis zou nemen van alle oorlogsmisdrijven. Dat argument wordt nog eens herhaald in de MvA[30]. Maar het wordt voorafgegaan door een beschouwing over een ander niet-onbelangrijk facet, namelijk de gelijke behandeling van gelijke gevallen[31]. Ik citeer:

„Het gelijksoortig karakter van de te berechten feiten na een bezetting, ongeacht of zij door militairen of door burgers gepleegd zijn, achtte men[32] in ieder geval een aanwijzing, dat beide categorieën door een zelfde rechter berecht zouden moeten worden. Daarbij komt nog het argument, dat buitenlandse militairen, die wegens oorlogsmisdrijven door een Nederlandse rechter zouden moeten worden berecht, naar geldend Nederlands recht geen militairen zijn, zodat zij, althans in het huidige systeem, voor de burgerlijke rechter zouden moeten terechtstaan. Dit leidt al spoedig tot conflict met de regeling van de Conventie van Genève, dat voor krijgsgevangenen en voor eigen militairen een zelfde regeling omtrent berechting zal moeten bestaan. Nu zou men natuurlijk kunnen bepalen, dat ook buitenlandse oorlogsmisdadigers, voor zover militairen, voor de militaire rechter zouden moeten komen. Dit leidt evenwel tot een splitsing tussen militaire en niet-militaire oorlogsmisdadigers, waardoor de berechting in deze toch al zo netelige materie over twee verschillende soorten van rechterlijke colleges zou worden verdeeld. Al deze overwegingen hebben mede er toe geleid de splitsing tussen de berechting van militairen en van burgers voor tijdens een bezetting gepleegde misdrijven, als in artikel 1 van het ontwerp bedoeld, aan dezelfde rechter op te dragen.

Zo bleef dan voor de Regering dezelfde keuze tussen bijzondere rechtbanken en de gewone burgerlijke rechter. Het Voorlopig Verslag somt drie redenen op, die in de Memorie van Toelichting voor het ontworpen stelsel zijn aangevoerd. Het noemt daarbij evenwel niet het belangrijkste argument, dat in de Memorie van Toelichting vooropgesteld is, nl. dat de misdrijven, in het ontwerp bedoeld, grotendeels een militaire inslag

25. Vgl. Kamerstukken II 1950-1951, 2258, nr. 3, blz. 2 en 4, nr. 5, blz. 1 en 11. In deze zin ook Keijzer, a.w., aant. 3 bij art. 1, en Coolen, a.w., blz. 131-137 en 166-168 alsmede diens reeds vermelde artikelen in MRT. Wel merk ik op dat de door mij geraadpleegde, in de bibliotheek van de Hoge Raad aanwezige, verzameling van kamerstukken een andere paginanummering heeft dan de stukken waarop deze schrijvers zich beroepen.

26. Zie mijn eerdere conclusie sub 24-25.

27. A.w., aant. 5 bij art. 1.

28. A.w., blz. 131-137 en 166-168 alsmede diens MRT-artikelen.

29. Of een bijzonder gerecht als bedoeld in art. 12 leden 2-5 WOS, dat evenwel niet is ingesteld.

30. Blz. 9.

31. Zij het in verband met de vraag hoe de in oorlogstijd aan de militaire rechter opgedragen berechting afgewikkeld zou moeten worden na afloop van de bezetting van Nederlands grondgebied.

32. Dit slaat op de Commissie van Voorbereiding in haar Voorlopig Verslag.

hebben. Te denken valt b.v. aan de vraag, wat de wetten en gebruiken van de oorlog inhouden, en aan de vraag in hoeverre een verdachte in zijn individuele positie mocht en moest rekening houden met ambtelijk bevel of wettelijke voorschriften[33]. Hier is technische voorlichting aan de rechter niet voldoende, omdat van de beantwoording van deze vraag niet alleen het schuldig of onschuldig afhangt, maar ook de strafmaat. Het militair element is in de bijzondere rechtspleging derhalve onmisbaar (...)."

37. Het wetshistorische bezwaar tegen een grammaticale uitleg van de WOS kan echter worden ontzenuwd met het argument dat waar de wetgever zijn voorkeur voor een militaire rechter, ook in gevallen als de onderhavige, niet in een dwingende wetstekst heeft vastgelegd, de rechter de vrijheid heeft om tot een andere, met de letter van de wet strokende, keuze te komen. Niet onvermeld laat ik dat „het militair element" ook in de gewone rechtspleging verzekerd kan worden, bijv. door de benoeming van militaire of militairrechtelijke deskundigen als plaatsvervangers in de rechtbanken en hoven die volgens de bepalingen van het WvSv competent zijn tot kennisneming van oorlogsmisdrijven.

38. Het wetshistorische bezwaar tegen grammaticale uitleg van de WOS verliest voorts aan betekenis doordat de wetsgeschiedenis voornamelijk leunt op de gedachte dat er regels moesten komen ter behandeling van landverraderlijke gedragingen, begaan tijdens een bezetting van Nederland of een gedeelte daarvan. In zoverre zou de WOS voor de toekomst een vergelijkbare functie moeten vervullen als het BBS etc. met terugwerkende kracht had voor feiten tijdens de Duitse bezetting begaan. Door die (beperkte) doelstelling zijn de implicaties van de pas later geopperde wens om tevens voorzieningen inzake oorlogsmisdrijven in het leven te roepen, onvoldoende doorzien en in elk geval hebben zij niet de aandacht gekregen die zij verdienden. Zie ook de eerdere conclusie sub 32. In dat licht bezien mag aan de wetsgeschiedenis misschien geen al te grote betekenis worden toegekend bij de beantwoording van de bevoegdheidsvraag.

39. Een tweede bezwaar tegen grammaticale uitleg van de WOS is dat de competentie van de gewone strafrechter niet goed past in het systeem van de WOS. Ik heb daarbij vooral het oog op de doodstraf die destijds op de misdrijven van art. 8 lid 3 en art. 9 WOS was gesteld. Aangenomen dat buiten het geval van (burger)oorlog in de zin van art. 1 WOS de gewone strafrechter bevoegd is tot de berechting van oorlogsmisdrijven als bedoeld in art. 8 lid 3 en art. 9 WOS, was daarmee zijn bevoegdheid tot oplegging van de doodstraf gegeven. Langs de omweg van de WOS zou de strafrechter dus een bevoegdheid zijn toegekend die hem bij de afschaffing van de doodstraf in het burgerlijk strafrecht in 1870 ontnomen is. Belangrijker is evenwel dat in zo'n situatie ook art. 2 WOS niet toepasselijk is[34]. Wegens die niet-toepasselijkheid van art. 2 WOS blijft – kort gezegd – de toepassing van het Wetboek van Militair Strafrecht buiten beeld. Dit betekent dat de gewone rechter niet gebonden was aan de artt. 9 en 45 Wetboek van Militair Strafrecht inhoudende dat de doodstraf slechts met eenparigheid van stemmen kon worden opgelegd. Deze voorziening is tegelijk met de WOS ingevoerd als waarborg voor de rechtszekerheid[35] en voor de juistheid van de strafoplegging[36]. Dat de wetgever de gewone strafrechten bevoegd heeft willen achten tot het uitspreken van de doodstraf zonder dat hij evenwel behoefde te voldoen aan de waarborg van de eenparigheidsregel, is onaannemelijk.

40. Maar nu sedert de grondwetsherziening van 1983 de doodstraf niet meer mag worden opgelegd en zij met ingang van 1 januari 1991 ook in het militaire strafrecht is afgeschaft, verbleekt dit (systematische) bezwaar.

41. Gelet op de inmiddels tot stand gebrachte concordantie van de strafprocedure ten overstaan van de gewone rechter en die ten overstaan van de militaire rechter, kunnen bovendien vraagtekens worden gezet bij het destijds gebruikte argument dat de laatste (met minder rechtsmiddelen) sneller zou zijn dan de eerste. In dat licht bezien is het opmerkelijk dat tegelijk met de hervorming van de militaire rechtspleging (met thans in beginsel drie instanties) niet de in de WOS voorziene rechtspleging (in twee instanties) bij de bijzondere rechtbanken en het bijzondere hooggerechtshof is herzien.

42. Dit alles overziende meen ik thans dat in overeenstemming met de tekst van de WOS moet worden aangenomen dat in het onderhavige geval de gewone rechter bevoegd is tot kennisneming van feiten als bedoeld in de artt. 8 en 9 WOS.

43. Dat de in de WOS vermelde feiten, waaronder oorlogsmisdrijven, uitsluitend in het geval van een gewapend conflict waarbij Nederland betrokken is, door de militaire rechter behoren te worden berecht, zou ook afgeleid kunnen worden uit de hierboven gereleveerde geschiedenis van de totstandkoming van de Uitvoeringswet folteringsverdrag en de Uitvoe-

33. In dit verband moet er overigens op worden gewezen dat art. 10 WOS bij oorlogsmisdrijven een beroep op commune strafuitsluitingsgronden als het wettelijk voorschrift (art. 42 Sr) of een bevoegd gegeven ambtelijk bevel (art. 43 Sr) uitsluit.

34. Dit is namelijk één der bepalingen van de WOS die alleen van toepassing zijn in geval van (burger)oorlog in de zin van art. 1; zie Keijzer, a.w., aant. 5 bij art. 1, en Coolen, MRT 1995, blz. 105, voetnoot 5.

35. MvA, blz. 7.

36. Minister Mulderije in de Tweede Kamer, 6 mei 1952, blz. 2254.

ringswet genocideverdrag. Daaruit blijkt immers dat de in die wetten omschreven feiten in vredes- én in oorlogstijd strafbaar zijn, doch dat zij in art. 1 WOS vermeld dienden te worden teneinde ze „in geval van oorlog" te kunnen laten berechten overeenkomstig de bepalingen van de WOS, dus door de militaire rechter.

44. Naar mijn huidige oordeel is het middel derhalve niet gegrond.

45. Het *tweede middel* betreft 's hofs dictum, houdende bevestiging – met verbetering en aanvulling van gronden – der bestreden beschikking. Daaraan voorafgaand heeft het hof overwogen:

„Omdat naar het oordeel van het hof de gewone rechter bevoegd is tot kennisneming van de aan D.K.[37] verweten gedragingen en geen aanknopingspunten zijn bevonden, die de rechtbank te Arnhem daartoe bevoegd doen zijn, heeft de rechter-commissaris in de bestreden beschikking terecht de officier van justitie te Arnhem in zijn vordering niet-ontvankelijk verklaard. Die beschikking behoort daarom met verbetering en aanvulling van gronden als hiervoren omschreven te worden bevestigd."

46. Het middel betoogt dat, aangenomen dat Nederland te dezen rechtsmacht heeft, het hof de door de rechter-commissaris uitgesproken niet-ontvankelijkheid van het OM in zijn vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek niet had mogen bevestigen, doch in plaats daarvan de rechter-commissaris onbevoegd had moeten verklaren.

47. Naar heersende opvatting is slechts een absoluut én relatief competente rechter bevoegd om vragen te beantwoorden inzake onder meer de ontvankelijkheid van het OM in zijn vervolging, waartoe mede behoren kwesties omtrent de rechtsmacht van Nederland. Het enkele feit dat – naar ik meen de visie van het hof te moeten begrijpen – niet alleen de rechter-commissaris onbevoegd was om van de feiten kennis te nemen, maar dat ook de officier van justitie te Arnhem onbevoegd was om zijn vordering bij bedoelde rechter-commissaris in te dienen, noopt niet tot een ander oordeel. De mogelijke absolute of relatieve „onbevoegdheid" van een officier van justitie vertaalt zich in het Nederlandse wettelijk systeem van strafvordering nu eenmaal in het dictum dat de rechter onbevoegd is. Daarop duidt ook de volgorde van het beslissingsschema van art. 349 Sv[38].

48. Opmerking verdient nog dat de rechter-commissaris te Arnhem zijn beschikking heeft gewezen als „rechter-commissaris belast met de behandeling van strafzaken, tevens van militaire strafzaken". In beide hoedanigheden was hij, naar ik begrijp, in de visie van het hof onbevoegd tot behandeling van de ingediende vordering en beslissing daarop. Immers als „militaire" rechter-commissaris, dat wil zeggen als rechter-commissaris aangewezen in art. 12 WOS jo. art. 29 lid 1 Wet militaire strafrechtspraak, was hij daartoe (absoluut) onbevoegd, nu in de ogen van het hof slechts de gewone rechter ter zake competent is. Als „gewoon" rechter-commissaris was hij op grond van het bepaalde in de artt. 2-6 Sv (relatief) onbevoegd, nu het hof heeft vastgesteld dat er geen aanknopingspunten zijn die de rechtbank te Arnhem bevoegd doen zijn tot kennisneming van de onderhavige feiten. Zie in dit verband vooral art. 5 Sv dat de rechtbank te Amsterdam bevoegd verklaart indien de artt. 2-4 Sv geen (relatief) bevoegde rechter aanwijzen.

49. Toch behoeft het middel niet tot cassatie te leiden, ook al legt het terecht de vinger op een zwakke plek in de aangevallen beschikking. Te dezen doet zich immers het geval voor dat de vordering is ingediend met het oog op de beantwoording van de bovenvermelde rechtsvragen. Na beantwoording van die vragen door de Hoge Raad mist de officier van justitie belang bij toewijzing van zijn vordering, in aanmerking genomen ook dat in de onderhavige cassatieprocedure niet is gesteld dat de vordering ertoe strekte dat de rechter-commissaris nog andere dan de hierboven vermelde onderzoekshandelingen zou dienen te verrichten[39]. Bij deze stand van zaken heeft het hof terecht, zij het op onjuiste gronden de beschikking van de rechter-commissaris houdende de niet-ontvankelijkverklaring van de officier van justitie in zijn vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek, bevestigd. Zulks betekent tevens dat voorbij gegaan kan worden aan de vraag of het hof zijnde eveneens onbevoegd om van de feiten kennis te nemen, niet zichzelf onbevoegd had moeten verklaren en/of de zaak in handen had dienen te stellen van het wel bevoegd geachte college, al zou die vraag op grond van de verwijzingsopdracht van de Hoge Raad misschien ontkennend beantwoord moeten worden.

Slotsom

50.1. Uit het vorenstaande vloeit voort dat het hof in mijn opvatting terecht heeft geoordeeld dat Nederland rechtsmacht heeft ten aanzien van de feiten als vermeld in de vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek, dat de gewone rechter bevoegd is tot kennisneming van die feiten, en – zij het op onjuiste gronden – dat de beschikking van de rechter-commissaris behoorde te worden bevestigd.

50.2. Gronden die de Hoge Raad zouden nopen gebruik te maken van zijn bevoegdheid om de bestreden uitspraak in het kader van het door de verdachte ingestelde beroep ambtshalve te vernietigen, heb ik niet aangetroffen.

37. Lees: K.

38. Eerst de bevoegdheid dan pas de ontvankelijkheid van het OM. Zie ook Corstens, Handboek, 2e druk, blz. 582, alsmede de losbladige Strafvordering, aant. 8 bij artt. 348-349 Sv.

39. Zie ook de eerdere conclusie sub 36-39.

51. Deze conclusie strekt tot verwerping van de ingestelde cassatieberoepen.

Hoge Raad:

5. Aan de beoordeling van de middelen voorafgaande beschouwingen

5.1. Het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de WOS is voorbereid door een in 1948 ingestelde commissie onder voorzitterschap van de toenmalige President van de Hoge Raad mr J. Donner. Deze commissie kreeg als opdracht, na te gaan welke voorzieningen op het punt van materieel en formeel recht moesten worden getroffen met betrekking tot „landverraad", dat wil zeggen misdrijven tegen de veiligheid van de staat gepleegd in geval van oorlog, en andere met oorlog en bezetting in verband staande strafwaardige feiten.

Met het oog op die opdracht heeft de commissie een eerste concept voor een voorontwerp voor onder meer de WOS vervaardigd, volgens hetwelk de bepalingen van die wet, waaronder die welke thans zijn vervat in art. 3, onder 2° en volgende, alsmede in art. 12 van de WOS, van toepassing zouden zijn op misdrijven, in geval van oorlog begaan of eerst in geval van oorlog strafbaar, als omschreven in de in art. 1 van dat ontwerp bedoelde bepalingen. Tot de laatstbedoelde bepalingen behoorden wel de thans in art. 4 tot en met 7 doch niet de thans in art. 8 en 9 van de WOS vervatte bepalingen. In dit voorstel werd, in overeenstemming met de aan de commissie gegeven opdracht, onder „oorlog" verstaan: een oorlog waarbij Nederland betrokken was.

Op voorstel van de volkenrechtsgeleerde Prof. mr J.P.M. François heeft de commissie aan art. 1 van haar voorontwerp het huidige tweede lid van art. 1 WOS toegevoegd.

In het laatste stadium van haar arbeid is aan de commissie verzocht in haar ontwerp mede te voorzien in bepalingen ter uitvoering van het bepaalde in de artikelen 49/50/129/146 in samenhang met de artikelen 50/51/130/147 van de door Nederland op 8 december 1949 ondertekende Rode Kruis Verdragen van Genève, bij welke verdragsbepalingen de aangesloten staten zich hebben verplicht om de wettelijke regelingen tot stand te brengen, nodig om doeltreffende bestraffing mogelijk te maken van elke ernstige schending van die verdragen, als in die verdragsbepalingen bedoeld.

Naar aanleiding van dit laatste heeft de commissie in haar voorontwerp de huidige artikelen 8 en 9 ingevoegd, alsmede het huidige onderdeel 1° van art. 3, en de artikelen 8 en 9 ook vermeld in art. 1. Daarbij, en ook bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel, is kennelijk onopgemerkt gebleven dat op deze wijze de rechtsmacht van de Nederlandse rechter met betrekking tot schending van de wetten en gebruiken van de oorlog naar de letter van art. 1 WOS slechts werd gevestigd voor de gevallen in art. 1 bedoeld, waardoor aan de evengemelde verdragsverplichting niet ten volle zou worden voldaan.

5.2. Dat het wel de bedoeling van de regering was dat bij de Wet Oorlogsstrafrecht aan die verdragsverplichting ten volle werd voldaan blijkt onder meer uit de parlementaire geschiedenis van die wet, in het bijzonder uit de Memorie van Toelichting en de Memorie van Antwoord bij het desbetreffende wetsvoorstel, welke onder meer inhouden (Kamerstukken II, 1951-1952, 2258, nr. 3, blz. 6, resp. nr. 5, blz. 5):

„Wanneer een andere bij het geschonden Verdrag aangesloten mogendheid geen overlevering verzoekt van een krijgsgevangene, die zich in Nederlandse handen bevindt, moet deze door een Nederlandse rechter kunnen worden berecht, al is het misdrijf in het buitenland gepleegd, zelfs ook wanneer het feit niet tegen een Nederlander is gepleegd of geen Nederlands belang daardoor is geschaad.";

(respectievelijk):

„De bepaling, opgenomen in artikel 3, onder 1°., maakt de Nederlandse rechter bevoegd tot kennisneming van oorlogsmisdrijven, onverschillig door wie en waar deze zijn begaan, derhalve ook in die gevallen, waarin het misdrijf door een niet-Nederlander buiten Nederland is begaan in een oorlog, waarbij ons land geen partij is. Terecht is in het Voorlopig Verslag opgemerkt, dat deze bepaling moet worden beschouwd als een toepassing van het z.g. universaliteitsbeginsel."

5.3. Gelet op hetgeen onder 5.2 is overwogen noopt redelijke wetsuitleg, in overeenstemming met het oogmerk van de wetgever de door Nederland aangegane verdragsverplichting ten volle na te komen, ertoe art. 1 WOS – ondanks zijn in zoverre onduidelijke bewoording – aldus te verstaan dat op de daarin vermelde artikelen 8 en 9 de in het eerste, het tweede onderscheidenlijk het derde lid van art. 1 WOS vervatte beperkingen geen betrekking hebben, en in zoverre evenmin op art. 3 en op de artikelen 10 en volgende WOS.

6. Beoordeling van de bestreden beschikking naar aanleiding van het namens K. voorgestelde middel

6.1. Het Hof is in de bestreden beschikking klaarblijkelijk ervan uitgegaan dat de in de hiervoren onder 4.1 bedoelde vordering omschreven en nader gepreciseerde feiten, indien bewezen, handelen in strijd met het gemeenschappelijke art. 3 van de Rode Kruis Verdragen van Genève van 1949 en uit dien hoofde het in art. 8 WOS omschreven misdrijf opleveren. Dat oordeel wordt in cassatie niet bestreden, zodat daarvan bij de beoordeling van het middel eveneens moet worden uitgegaan.

6.2. Het middel strekt kennelijk ten betoge dat het Hof ten onrechte heeft geoordeeld dat met betrekking tot de in de vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek ge-

stelde feiten aan de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt.

6.3. Gelet op hetgeen hiervoor onder 5.3 is overwogen moet art. 1 WOS aldus worden opgevat dat op misdrijven als omschreven in de artikelen 8 en 9 de desbetreffende bepalingen van die wet, waaronder art. 3 aanhef en onder 1° en de artikelen 10, 10*a* en 11, steeds van toepassing zijn, zonder de in het eerste, het tweede onderscheidenlijk het derde lid van dat art. 1 gestelde beperkingen.

6.4. Het Hof heeft mitsdien terecht geoordeeld dat met betrekking tot de in de vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek gestelde feiten aan de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt.

6.5. Het middel is derhalve ongegrond.

7. Beoordeling van de middelen van de Procureur-Generaal

7.1. Het eerste middel strekt ertoe dat het Hof ten onrechte de rechter bedoeld in art. 12, eerste lid, WOS niet bevoegd heeft geoordeeld tot kennisneming van de in de vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek gestelde feiten.

7.2. In dit verband is van belang hetgeen in de Memorie van Toelichting en de Memorie van Antwoord bij het desbetreffend wetsvoorstel omtrent de militaire rechter is opgemerkt (Kamerstukken 1950-1951, 2258, nr. 3, blz. 12-13, respectievelijk nr. 5, blz. 8-9):

„Het valt niet te ontkennen, dat ook voor een juiste beoordeling van de gepleegde bezettings- en oorlogsmisdrijven kennis van militaire verhoudingen wenselijk is. Men denke aan dienstneming bij de vijand, waarbij de vraag beantwoord moet worden of een bepaalde formatie tot 's vijands krijgsmacht behoort of niet, en aan de ingewikkelde vraagstukken, die zijn vastgeknoopt aan het beroep op bevel van hogerhand, gedaan door verdachten, die in vijandelijke militaire dienst oorlogsmisdrijven hebben gepleegd. Dit in vele gevallen geheel of gedeeltelijk militaire karakter is mede een van de redenen geweest om voor te stellen, dat de berechting van de in artikel 1 bedoelde misdrijven na een bezetting door bijzondere rechtbanken zal geschieden. Deze rechtbanken (...) zullen, naar artikel 14, eerste lid, voorstelt, bezet worden door rechtsgeleerde en militaire rechters";

(respectievelijk):

„Het gelijksoortig karakter van de te berechten feiten na een bezetting, ongeacht of zij door militairen of door burgers gepleegd zijn, achtte men in ieder geval een aanwijzing, dat beide categorieën door een zelfde rechter berecht zouden moeten worden. Daarbij komt nog het argument, dat buitenlandse militairen, die wegens oorlogsmisdrijven door een Nederlandse rechter zouden moeten worden berecht, naar geldend Nederlands recht geen militairen zijn, zodat zij, althans in het huidige systeem, voor de burgerlijke rechter zouden moeten terechtstaan. Dit leidt al spoedig tot conflict met de regeling van de Conventie van Genève, dat voor krijgsgevangenen en voor eigen militairen een zelfde regeling omtrent berechting zal moeten bestaan. Nu zou men natuurlijk kunnen bepalen, dat ook buitenlandse oorlogsmisdadigers, voor zover militairen, voor de militaire rechter zouden moeten komen. Dit leidt evenwel tot een splitsing tussen militaire en niet-militaire oorlogsmisdadigers, waardoor de berechting in deze toch al zo netelige materie over twee verschillende soorten van rechterlijke colleges zou worden verdeeld. Al deze overwegingen hebben mede er toe geleid (...) de berechting van militairen en van burgers voor tijdens een bezetting gepleegde misdrijven, als in artikel 1 van het ontwerp bedoeld, aan dezelfde rechter op te dragen.

Zo bleef dan voor de Regering dezelfde keuze als waarvoor de Kamer zich gesteld zag, nl. de keuze tussen bijzondere rechtbanken en de gewone burgerlijke rechter. Het Voorlopig Verslag somt drie redenen op, die in de Memorie van Toelichting voor het ontworpen stelsel zijn aangevoerd. Het noemt daarbij evenwel niet het belangrijkste argument, dat in de Memorie van Toelichting vooropgesteld is, nl. dat de misdrijven, in het ontwerp bedoeld, grotendeels een militaire inslag hebben. Te denken valt b.v. aan de vraag, wat de wetten en gebruiken van de oorlog inhouden, en aan de vraag in hoeverre een verdachte in zijn individuele positie mocht en moest rekening houden met ambtelijk bevel of wettelijke voorschriften. Hier is technische voorlichting voor de rechter niet voldoende, omdat van de beantwoording van deze vraag niet alleen het schuldig of onschuldig afhangt, maar ook de strafmaat. Het militair element is in de bijzondere rechtspleging derhalve onmisbaar (...)."

7.3. Gelet daarop en in aanmerking genomen hetgeen hiervoor onder 5.3 is overwogen, heeft het Hof ten onrechte geoordeeld dat de gewone en niet de militaire rechter bevoegd is van de in de vordering bedoelde feiten kennis te nemen.

7.4. Het eerste middel van de Procureur-Generaal, voorzover daarmee is bedoeld te betogen dat de militaire rechter bevoegd is tot kennisneming van de in de vordering bedoelde feiten, is derhalve terecht voorgesteld. Dat leidt evenwel, op grond van hetgeen hierna onder 7.5 wordt overwogen, niet tot cassatie.

7.5. Hoewel het Hof, zoals hierboven onder 7.3 is overwogen, ten onrechte heeft geoordeeld dat de gewone en niet de militaire rechter bevoegd is van de in de vordering bedoelde feiten kennis te nemen, behoeft dit niet tot cassatie te leiden. Het Hof heeft immers de beschikking van de Rechter-Commissaris waarbij de Officier van Justitie niet-ontvankelijk is verklaard in zijn vordering tot het openen van een gerech-

telijk vooronderzoek bevestigd. Die beslissing van het Hof kan in stand blijven, omdat het met die vordering door de Officier van Justitie beoogde doel door de onderhavige beschikking van de Hoge Raad is bereikt. Het doel was een antwoord te krijgen op de door de Officier van Justitie gestelde rechtsvragen naar de rechtsmacht van Nederland en de bevoegdheid van de militaire rechter. Dat antwoord is thans gegeven. Daarom is het belang van de Officier van Justitie bij zijn vordering vervallen en is niet-ontvankelijkverklaring van de Officier van Justitie op haar plaats.

7.6. De middelen zijn derhalve vruchteloos door de Procureur-Generaal voorgesteld.

8. Slotsom

8.1. Nu geen van de middelen tot cassatie kan leiden, terwijl de Hoge Raad geen grond aanwezig oordeelt waarop de bestreden beschikking ambtshalve zou behoren te worden vernietigd, moet het beroep worden verworpen.

8.2. Opmerking verdient dat in beginsel geen rechtsregel zich verzet tegen toewijzing van een eventuele nieuwe vordering tot instelling van een gerechtelijk vooronderzoek met het oog op onderzoekshandelingen.

9. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt de beroepen.

Noot:

1. Het lijkt wel sympathiek, maar toch is solidariteit met slachtoffers, in zijn algemeenheid, niet rationeel omdat bij een dergelijke principiële voorkeur niet de omstandigheden worden betrokken. Zie J.P. Guépin, *Het verschil van mening*, Baarn 1994, p. 16. Hoe terecht deze waarschuwing van Guépin is, wordt geïllustreerd door de achtergrond van de beide onderhavige zaken (HR nrs. 3491 Besch. en 3717 Besch.). Het gaat namelijk om (een kleine categorie) vluchtelingen, die in hun eigen land tot de verliezende partij behoren en die uit begrijpelijke angst voor de winnaars zijn weggevlucht – en in zoverre slachtoffers zijn – maar dan wel omdat zijzelf zich vermoedelijk hebben schuldig gemaakt aan verkrachtingen, moord- en martelpraktijken en vergelijkbare gruweldaden. Weliswaar kan op grond van art. 1F Vluchtelingenverdrag de status van vluchteling worden onthouden aan degenen die oorlogsmisdrijven of misdrijven tegen de menselijkheid hebben gepleegd, maar dat neemt niet weg dat zij, gelet op het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), niet zonder meer kunnen worden teruggestuurd als zij het risico lopen om bij terugkeer direct geëxecuteerd en/of gemarteld te worden, en in ieder geval geen eerlijk proces te krijgen. In dergelijke gevallen is het van groot belang, dat de verdachten door Nederland als gastland zelf berecht kunnen worden, naast de mogelijkheden tot berechting die het Joegoslavië Tribunaal biedt. Zie hierover ook het redactioneel commentaar in NJCM-Bulletin 1998, p. 121-123, R. van Elst, NJB 1994, p. 1401-1410 en Keijzer, *Hoop en wanhoop van het oorlogsstrafrecht*, Deventer 1997.

Maar berechting brengt wel een groot aantal problemen mee. Ten eerste op beleidsniveau: moeten opsporing en vervolging, ondanks alle daarmee verbonden problemen en kosten, niet de hoogstmogelijke prioriteit krijgen, nu de vier Rode Kruis-Verdragen van Genève de verplichting tot opsporing en vervolging meebrengen en de Wet Oorlogsstrafrecht (WOS) bedoeld is om aan de verplichtingen die uit deze verdragen voortvloeien te voldoen? Hetzelfde geldt voor het Folteringverdrag. Ten tweede op puur juridisch niveau: heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht en, zo ja, welke rechter is dan bevoegd? Deze tweede vraag staat in de onderhavige zaken centraal, samen met enkele problemen die voortvloeien uit de specifieke wijze waarop getracht is een antwoord van de rechter op deze vragen te verkrijgen.

2. In zaken als de onderhavige, waarin zowel een zeer kostbare en gecompliceerde bewijsvoering speelt als principiële juridische vragen, ware het te prefereren om de juridische vragen eerst als prejudiciële vragen uit te procederen en, al naar gelang het resultaat, pas daarna aan de bewijsvoering te beginnen. De AG Van Dorst herinnert eraan, in zijn aanvullende conclusie voor de eerste zaak (HR nr. 3491 Besch.), dat hij zelf in de 11de stelling bij zijn proefschrift (*De verjaring van het recht tot strafvordering*, Arnhem 1985) de wenselijkheid heeft geponeerd om aan de HR een prejudiciële beslissing te kunnen vragen. De OvJ te Arnhem heeft zo'n prejudiciële beslissing echter feitelijk verwezenlijkt door een behendig gebruik van het bestaande systeem, te weten het indienen bij de RC van een vordering gerechtelijk vooronderzoek, met daarbij de kanttekening dat de RC vooralsnog geen onderzoekshandelingen hoefde te verrichten, maar een beslissing moest geven over de vordering sec. Door van die beslissing in beroep te gaan bij de raadkamer van de rechtbank en vervolgens cassatie aan te tekenen, kon een oordeel worden verkregen over rechtsmacht en bevoegdheid van de rechter. Geheel volgens de bedoeling van het gvo is deze procedure niet, het dient daarbij toch primair te gaan om feitenonderzoek door een rechter en het mogelijk maken van bepaalde dwangmiddelen, maar het creatieve gebruik door het OM heeft wel grote voordelen, niet alleen voor het OM maar ook voor de verdachte. Ook voor de verdachte is het immers van belang dat juridische basisvragen naar rechtsmacht en bevoegdheid zijn beantwoord voordat hij wordt betrokken in een lang lopend strafproces, met ingewikkelde en pijnlijke complicaties van feitelijke aard.

3. Geheel zonder haken en ogen bleek de door het OM uitgedachte weg echter niet te zijn.

Het eerste obstakel werd gevormd door art. 446 Sv, dat het beroep tegen beschikkingen voor het OM beperkt tot de gevallen waarin de vordering van het OM niet is toegewezen. Die bepaling leek ook hier roet in het eten te gooien. Want weliswaar had de raadkamer de vordering van het OM tot het instellen van een gvo afgewezen, maar die afwijzing was gebaseerd op de overweging dat het OM bij een gvo geen belang meer had: het kreeg immers in de beschikking van de raadkamer de verlangde antwoorden op de gestelde vragen. Inhoudelijk bezien had de OvJ dus „zijn zin gekregen". Alleen een heel formele uitleg van art. 446 had dan nog kunnen helpen.

De „redding" in deze werd gebracht door een andere complicatie, die echter tot cassatie leidde (zie de eerste zaak) en daarmee aanvankelijk oponthoud veroorzaakte. Hoewel art. 23 lid 2 Sv bepaalt dat de verdachte bij de behandeling van zijn zaak door de raadkamer dient te worden gehoord, althans behoorlijk dient te worden opgeroepen, is dat in de onderhavige zaak bewust niet gebeurd. In zijn beschikking overweegt de rechtbank, dat dit niet nodig is omdat de zaak zelf nog niet aan de orde is. Het ging uitsluitend nog maar om de vraag naar het instellen van een gvo. Voor die vraag wordt een verdachte nooit opgeroepen, de verplichting tot oproepen ontstaat pas nadat een beslissing tot instellen van een gvo genomen is. De AG heeft aan deze kwestie uitvoerige beschouwingen gewijd in zijn aanvullende conclusie, waarin hij de opvatting van de rechtbank wel in haar algemeenheid onderschrijft, maar haar toch afwijst in de onderhavige zeer specifieke casus. Want hier is het de bedoeling dat eerst wordt geprocedeerd over de juridische basisvragen. Voor zover het antwoord op die vragen wordt gegeven door de raadkamer, aldus de AG, is het oproepen van de verdachte nog niet nodig, want dat antwoord heeft een voorlopig karakter; de rechtbank heeft volledige vrijheid om daar later in de einduitspraak van af te wijken. Aan het rechtsoordeel van de HR daarentegen is de rechtbank materieel wel gebonden. Derhalve zou de verdachte – tenzij de HR de rechtsvragen direct zou willen afdoen in voor de verdachte gunstige zin – alsnog in de gelegenheid dienen te worden gesteld om zich uit te laten over het cassatieberoep van het OM. Aldus de AG. De HR grijpt deze kwestie aan om ambtshalve te casseren. In een uitzonderlijke casus als de onderhavige, waarin de beslissing over de vordering tot gvo dient om een antwoord te krijgen op de fundamentele rechtsvragen alvorens ten gronde op de overige (vooral feitelijke) kwesties in te gaan, dient de verdachte zich te kunnen verdedigen. Die mogelijkheid moet hij kunnen benutten vanaf het begin af aan, niet alleen beperkt tot de slotfase van de cassatie. Aldus de HR. Deze ruimhartiger toekenning van verdedigingsmogelijkheden spreekt me meer aan dan de wat engere opvatting van de AG. Ook al is een rechtbank nog niet gebonden door een oordeel van een raadkamer, feitelijk betekent een voor de verdachte ongunstige beslissing toch een achterstand. Daar komt nog bij dat een standpunt kan evolueren, kan worden bijgesteld en aangescherpt als er meer instanties zijn, wat eveneens een voordeel betekent.

Na verwijzing door de HR heeft uiteindelijk het Hof de beschikking van de RC, met verbetering en aanvulling van gronden, bevestigd en de OvJ niet-ontvankelijk verklaard. Dat verschafte de mogelijkheid voor nieuwe beroepen in cassatie, thans zowel van de verdachte als van het OM, waardoor de HR in de tweede zaak kon toekomen aan de juridische vragen waarom het de OvJ te doen was geweest.

4. De eerste van de twee juridische vragen, die de HR in de tweede zaak beantwoordt, is die naar de rechtsmacht. Het gaat daarbij om de interpretatie, in hun onderlinge verhouding, van de art. 1, 3, 8, 9 en 12 van de Wet Oorlogsstrafrecht (WOS). In de aanvullende conclusie van de AG voor de eerste zaak en in de beschikking van de HR in de tweede zaak wordt hierop uitvoerig ingegaan. Kortheidshalve kan daarnaar worden verwezen. Kern van de problematiek vormt de onduidelijkheid van de WOS, die is tot stand gebracht ter voldoening aan de verplichtingen die voortvloeien uit de Verdragen van Genève. Art. 8 en 9 WOS stellen strafbaar degenen die zich schuldig maken aan schending van de wetten en gebruiken van de oorlog, dan wel opzettelijk toelaten dat een ondergeschikte dat doet, art. 3 behelst voor deze feiten het universaliteitsbeginsel en art. 12 bepaalt dat de militaire rechter bevoegd is. Daarentegen brengt art. 1 een aantal beperkingen aan, waardoor Nederland naar de letterlijke tekst van de wet, tegen de bedoeling van de wetgever in, niet meer zou voldoen aan zijn verdragsrechtelijke verplichtingen. Zo zouden, volgens de letterlijke tekst, oorlogsmisdrijven begaan tijdens een oorlog of ander gewapend conflict waarbij Nederland niet is betrokken, in Nederland niet door Nederlandse rechters kunnen worden berecht. De HR geeft in de beschikking in de tweede zaak aan hoe de onduidelijkheden, ten gevolge van aanpassingen van het voorontwerp-WOS in het laatste stadium van voorbereiding, zijn ontstaan. In weerwil van de tekst van art. 1 wordt deze bepaling, overeenkomstig de bedoeling van de wetgever om de verdragsbepalingen na te leven, aldus uitgelegd dat de beperkingen die dit artikel aanbrengt geen betrekking hebben op de art. 8 en 9, en derhalve evenmin op de toepasbaarheid van het universaliteitsbeginsel (art. 3). Zie hierover Coolen, Delikt en Delinkwent 1996, p. 43-55; R. van Elst, t.a.p.; Keijzer, aant. 3 op art. 1 WOS in Van den Bosch e.a., *Militair Straf- en Tuchtrecht*; Röling, Tijdschrift voor Strafrecht 1960, p. 144-154. Een dergelijke interpretatie die tegelijkertijd wetshistorisch, functioneel en extensief is, komt op zichzelf nog niet in strijd met het nulla poena-beginsel van art. 1 lid 1 Sr. De voorwaarden voor jurisdictie zoals neergelegd

in de art. 2-8 Sr vallen bovendien buiten de werkingssfeer van dit beginsel. Zie over dit beginsel en over interpretatiemethoden *Strafrecht en beleid*, Leuven/Zwolle 1983, p. 209-231, en *De meerwaarde van het strafrecht*, Den Haag 1997, p. 181-187.

5. De tweede juridische vraag betreft de bevoegdheid van de rechter. Coolen, t.a.p., p. 53-54, geeft een overzicht van vijf verschillende situaties die de WOS onderscheidt en van welke rechter – de gewone dan wel de militaire – daarin bevoegd is. In strijd met het regeringsstandpunt bij de totstandkoming van de WOS blijkt dan in de meeste gevallen de gewone rechter en niet de militaire bevoegd te zijn. Ook het Hof kwam in de tweede zaak tot de conclusie dat de gewone rechter hier bevoegd is. Evenals de AG in zijn aanvullende conclusie in de eerste zaak volgt de HR echter de bedoeling van de wetgever, door aan te nemen dat de beperkingen geen betrekking hebben op de regeling van de bevoegdheid in art. 12 WOS, net zomin als op de art. 8 en 9 WOS en derhalve ook niet op art. 3. Die uitleg is ook functioneel, doordat op deze wijze het militaire element beter kan worden beoordeeld.

6. De tweede zaak verschaft nog enige informatie ten overvloede. In r.o. 8.2. overweegt de HR dat in de onderhavige zaak een nieuw gvo kan worden ingesteld voor onderzoekshandelingen. Deze overweging verwijst inhoudelijk naar het derde middel van de OvJ in de eerste zaak, waarin de OvJ het standpunt had ingenomen dat de rechtbank – materieel bezien – het gvo wel had geopend, onderzoekshandelingen had verricht in de vorm van het beantwoorden van rechtsvragen en vervolgens het onderzoek had gesloten, waardoor de OvJ de mogelijkheid werd onthouden om heropening te vragen om alsnog feitenonderzoek te laten plaatsvinden. Die visie wordt afgewezen, de onderhavige situatie is een heel andere, en niets staat de OvJ hier in de weg om een nieuw gvo te vorderen (voor andere kwesties, zoals feitenonderzoek). Bovendien is de AG in zijn conclusie nog ingegaan op de Uitvoeringswet folteringsverdrag en de Uitvoeringswet genocideverdrag, met het oog op toekomstige gevallen. Dit alles mag tevens worden opgevat als een aanmoediging om voortvarend te werk te gaan: niet alleen bij het afhandelen van de onderhavige zaak, maar ook bij andere. Een praktische beperking van opsporing en vervolging van oorlogsmisdrijven tot feiten gepleegd in het voormalige Joegoslavië waardoor wandaden van vluchtelingen uit landen als Afghanistan, Algerije, Sierra Leone en Somalië met rust zouden worden gelaten, verdraagt zich niet met de op Nederland rustende verdragsrechtelijke verplichtingen. Zie opnieuw het redactioneel commentaar in NJCM-Bulletin 1998, t.a.p.

't H

Nr. 464

HOGE RAAD (Strafkamer)
13 januari 1998, nr. 106439
(Mrs. Hermans, Aaftink, Orie; A-G Fokkens)
DD 98.142

's Hofs beslissing, houdende het beletten dat gevolg werd gegeven aan een door de raadsman aan de getuige gestelde vraag, is ontoereikend gemotiveerd.

(Sv art. 288; EVRM art. 6 lid 3 sub d)

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 13 juli 1995 in de strafzaak tegen T.J.K., te Emmen, adv. mr. L.J.L. Heukels te Haarlem.

Hof:

Verhoor van een getuige

De raadsman van de verdachte stelt de getuige de vraag of hij in 1988 vervolgd is terzake van fraude in de goudhandel ten tijde van de zogenaamde NMB-affaire en deelt mede dat hij met zijn vraag de bedoeling heeft de betrouwbaarheid van de getuige vast te stellen.

Op verzoek van de verdediging wordt van deze vraag aantekening gedaan in het procesverbaal.

De voorzitter houdt de vraag van de raadsman tegen in verband met het ontbreken van enige relatie tussen de vraag en het aan de verdachte tenlastegelegde.

Verweer

De raadsman heeft ter terechtzitting in hoger beroep betoogd dat het Hof hem, in strijd met het recht op een eerlijk proces zoals dat is neergelegd in artikel 6 van Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, op de terechtzitting van 2 februari 1995 heeft verhinderd aan de getuige F.J.T. de vraag te stellen of hij in 1988 is vervolgd ter zake van fraude in de goudhandel ten tijde van zogenaamde NMB-affaire en in het bijzonder de vraag of er daadwerkelijk goud over de grens is gegaan. Zulks is temeer met die bepaling in strijd daar de FIOD de mogelijkheid heeft om verdachten en getuigen elke willekeurige vraag en vervolgvragen te stellen die zij nodig acht in het belang van het onderzoek.

Voorts heeft de raadsman aangevoerd dat geen sprake is geweest van een eerlijk proces, aangezien M.N.W. niet ter terechtzitting is gehoord, te minder omdat diens boekhouding niet is onderzocht.

Het Hof overweegt hieromtrent als volgt.

Op grond van het bepaalde in artikel 288 van het Wetboek van Strafvordering kan het Hof beletten dat door de getuige gevolg wordt gegeven aan een vraag van onder anderen de raadsman. Nog daargelaten dat een dergelijke beslissing ter terechtzitting niet nader gemotiveerd

Spaanse justitie heeft beruchte Argentijn Cavallo te pakken

Door onze correspondent

MADRID, 30 JUNI. De Argentijnse ex-militair Ricardo Cavallo, verdacht van een groot aantal verdwijningen en martelingen ten tijde van de Argentijnse dictatuur (1976-1983), bevindt zich sinds gisteren in Spanje. Cavallo werd voor een eerste verhoor voorgeleid voor de Spaanse onderzoeksrechter Baltasar Garzón, nadat hij zondagochtend vanuit Mexico was geland op een militaire basis nabij Madrid. De ex-militair staat in Spanje terecht op beschuldiging van de verdwijning van 227 slachtoffers en ontvoering van 110 personen.

Wat onderzoeksrechter Garzón drie jaar geleden niet lukte met de voormalige Chileense dictator Pinochet, is nu wel gelukt met Ricardo Cavallo, die wordt beschouwd als een van de bekendste martelbeulen onder de voormalige Argentijnse militaire dictatuur. Mexico besloot positief op het uitleveringsverzoek van Garzón, nadat Cavallo drie jaar geleden was gearresteerd toen hij onder een valse identiteit voor zaken in Mexico rondreisde.

Als kapitein speelde Cavallo (52) een belangrijke rol in de beruchte Technische Legeracademie waar in totaal 5.000 van de 30.000 verdwijningen onder de dictatuur plaatsvonden. Een van de methodes om zich van de slachtoffers te ontdoen was hen levend vanuit vliegtuigen in de oceaan te gooien. Cavallo is door veel slachtoffers die de martelingen en ontvoeringen hebben overleefd herkend als de man die onder de schuilnaam 'Serpico' het bevel gaf voor een groot aantal van deze misdaden. In Madrid staan 23 getuigen klaar. Cavallo profiteerde eerder van de algemene amnestie die in Argentinië werd ingevoerd voor misdaden begaan onder de dictatuur.

Onderzoeksrechter Garzón leidt in Spanje reeds jaren een omvangrijk onderzoek naar de verdwijningen, martelingen en moorden gepleegd onder de verschillende Latijns-Amerikaanse dictaturen vanaf de jaren zeventig. Daarbij wordt uitgegaan van het principe dat misdaden als terreur en genocide niet verjaren of in aanmerking komen voor amnestie, noch gebonden zijn aan de jurisdictie binnen bepaalde grenzen.

Het optreden van Garzón is niet onomstreden. In Spanje heeft de officier van justitie de vrijlating van Cavallo gevraagd omdat Spanje geen competentie zou hebben om de voormalige kapitein te berechten. De uitlevering wordt niettemin door een groot aantal mensenrechtenorganisaties als een grote overwinning beschouwd. „Dit is een historisch moment in de strijd tegen de straffeloosheid", aldus een verklaring van Human Rights Watch. Slachtoffers van de Argentijnse militaire dictatuur hebben Garzón verzocht om wederom de uitlevering te vragen van 48 ex-militairen die in Spanje worden gezocht wegens martelingen en moorden. In Europa worden rond 200 Argentijnen gezocht wegens de misdaden begaan onder de dictatuur.

Rabobank Zeist,
rekeningnr. 37.52.38.832
gironummer Rabobank: 21 71 31

Sagittarius

Van: "Sagittarius" <sagitar@hetnet.nl>
Aan: "Jari Nousiainen" <nousiainenjari@hotmail.com>
CC: <jocott@wanadoo.be>; <jan.fermon@progresslaw.net>; "ADVOCATENKANTOOR" <advocatenrochus@pandora.be>; "E. Hummels" <humwie@knoware.nl>; "Willemijn van der Werf" <willemijn.werf@planet.nl>; "Meindert Stelling" <meindert.stelling@planet.nl>
Verzonden: woensdag 25 juni 2003 13:29
Onderwerp: toepassing van het universaliteitsbeginsel in de Canadese strafwetgeving m.b.t. oorlogsmisdrijven

Beste Jari,

Ik vergat je nog een belangrijke kwestie voor te leggen.
Die heeft te maken met mogelijkheden om westerse verdachten van 'grave breaches' van de Geneefse Conventies te vervolgen volgens het universaliteitsbeginsel. Zoals je waarschijnlijk wel weet is het een opdracht van Geneefse Conventies aan alle landen die tot deze Conventies zijn toegetreden om dit in hun nationale wetgevingen mogelijk te maken.

Nu had in elk geval België volledig werk gemaakt van deze verplichting aanvaard onder de Geneefse Conventies, in de Belgische Genocidewet. Dat betekende dat in de Blegische wetgeving het principe tot uitdrukking was gebracht om klachten inzake grove misdrijven tegen het internationale recht, waar ter wereld ook gepleegd en door wie dan ook, in elk geval in onderzoek te nemen. En eventueel te vervolgen.

Het zal ook wel in Canada in de media in discussie zijn geweest dat inmmidels Belgie door Amerika gedwongen is geweest deze wet steeds verdere af te zwakken, onder dreiging eventueel zelfs de NAVO uit Brussel weg te halen.
Dat had veel te makn met een Belgische klacht tegen generaal Franks over het optreden van de Amerikanen in Irak.

In België worden nu vergaande obtakels opgeworpen, en wel zodanig dat straks grosse modo alleen Belgen en in België verblijvende personen wegens grove misdrijven tegen het internationale humanitiare recht vervolgd zullen kunnen worden, als de Nederlandse pers me juist heeft geinformeerd op dit punt. In elk geval schijnt dit in de bedoeling te liggen van de Belgische regering, al zal die strijd nog niet gestreden zijn.

Ook in Nederland wordt, in opvolging (grotendeels) van de
Wet Oorlogsmisdrijven en de Uitvoeringswetten Genocideverdrag en Folterverdrag, een nieuwe wet ingevoerd, die vergaande blokkades opwerpt tegen het vervolgen van verdachten van waar dan ook van misdrijven tegen het internationale humanitaire recht overeenkomstig een volle realisatie van het universaliteitsprincipe, de Wet Internationale Misdrijven (WIM)

Deze nieuwe WIM stelt als eis om vervolging mogelijk te kunnen maken, dat enig te vervolgen persoon in elk geval op Nederlands grondgebied verblijft (Deze eis werd voorheen niet expliciet gesteld).
In de wetsuitleg bij de parlementaire behandeling is dit als volgt toegelicht: als criterium voor 'verblijf' zal hier gelden het moment dat de betrokkene in hechtenis zal zijn genomen. Pas dan zal er sprake zijn van 'verblijf' zijn in de zin van deze wet. Pas bij "verblijf", d.w.z. dus bij hechtenis, zal een vervolgingsbevoegdheid in werking treden. Dat wil zegggen: eerder mogen er geen stappen tot vervolging worden genomen. (ook daarvan was in de oude wet op geen enkele manier sprake). Maar het verhaal gaat nog verder: er mogen door het Openbaar Ministerie pas opsporingshandelingen worden verricht, als er sprake is van vervolgingsbevoegdheid. Dat impliceert dat er door het OM zelfs geen dossiers van mogelijke verdachten mogen worden aangelegd, die iemand als verdachte zouden kunnen aanmerken en die een grondslag zouden kunnen bieden voor aanhouding, zodra die verdachte persoon voet op Nederlandse bodem zet, zolang er niet eerst VERVOLGINGSbevoegdheid is geconstitueerd. En dat is, zoals gezegd, pas het geval zodra iemand in hechtenis is genomen.

En daarmee is de cirkel dus rond: aanhoudingen onder verdenking van oorlogsmisdaden van personen die voet op Nederlandse bodem zetten, wordt pas mogelijk als het OM daartoe het sein geeft. Namelijk door zo'n persoon dan aan te houden. Wie wordt aangehouden - met andere woorden: tegen wie inderdaad daadwerkelijk hier in Nederland een vervolging wegens oorlogsmisdaden zal worden ingesteld - heeft het OM, en daarmee de Minister van Justitie, op die manier dus perfect in de hand !

Waar dit toe zal leiden, is op voorhand al volstrekt duidelijk: alleen types van landen waar wij hier in het Westen de schurft aan hebben, d.w.z. door ons als vijandig geziene en door ons, westen, gekoloniseerde

Mr. N.M.P. Stelijnen
Advocaat en Procureur
Couwenhoven 52-05
3703 ER Zeist

Rabobank Zeist
rekeningnr. 37.52.38.832
gironummer Rabobank: 21 71 31

landen zullen hier door het OM, op beschuldiging van oorlogsmisdaden worden aangepakt, zodra zij op Nederlandse bodem worden gesignaleerd. Maar natuurlijk nooit enige Amerikaan, Brit, Israeliër of inwoner van welk ander (aan het westen bevriend) land dan ook !

Het gebruik van het internationale (straf)recht als middel van repressie tegenover niet-westerse landen die als tegenstander worden gepercipieerd, wordt hiermee dan volledig gereproduceerd.
Dit systeem wordt hier in Nederland dan aangeduid als secundaire of beperkte universele rechtsmacht.
Het is niet wat de Geneefse Conventies bedoelden, maar het wel zoals westerse landen als België en Nederland dit thans omsmeden !

Nu ben ik op zoek naar openingen ergens in de rechtssystemen van andere landen. Waar wél ruimte (nog steeds) zou kunnen bestaan, of ontstaan, om toch ook vervolging van Amerikanen en andere van het westen afkomstige oorlogsmisdadigers te kunnen afdwingen.
Zou jij, in een discussie op internet, de vraag kunnen voorleggen aan vertegenwoordigers van andere westerse (en oook niet-westerse) landen op welke wijze die andere landen zich van hun verplichting conform de Geneefse Conventies hebben gekweten om "grave breaches" van deze Conventies strafbaar te stellen volgens het universaliteitsbeginsel ? Hebben zij allemaal in hun nationale rechtssystemen voor de weg gekozen van het vestigen van zo"n "secundaire universele rechtsmacht" ? Of zijn er ergens openingen die het mogelijk maken dat in die landen ook vervolging wordt afgedwongen van "bevriende" oorlogsmisdadigers ?

In dit verband vraag ik je speciale aandacht voor het volgende. Ik heb begrepen dat er een paar jaar geleden in Canada een nieuwe wet op dit tot stand is gebracht, de Crimes Against Humanity and War Crimes Act. Nu zou, volgens mijn informatie, ook deze wet uit gaan van het "secundaire universele rechtsmacht"-principe, in die zin dat ook daarin wordt bepaald dat verdachten tenminste voet op Canadese bodem moeten hebben gezet voordat zij vervolgbaar zouden worden. Hierin schijnt echter een bepaling voor te komen, waarin te lezen valt dat een rechtszaak aanhangig kan worden gemaakt tegen een verdachte, "ongeacht of de persoon zich in Canada bevindt" (art. 9 van de Act). Zou je voor mij kunnen nagaan wat de strekking van deze bepaling is ? In elk geval lijkt dit tenminste te betekenen dat een vervolging daarmee ook mogelijk tegen personen die zich niet in Canada bevinden.
Maar moeten zij er dan eerder wél dan geweest zijn, of zelfs domicilie hebben gehad ?

In ieder geval hoor ik graag van je hoe dit met deze Canadese wet op dit punt zit, en wat voor informatie er verder komt van andere landen over de manier waarop een en ander in hun land is geregeld. Zou je daartoe een oproep willen doen en mij de uitkomst hiervan willen laten weten ?

beste groeten,

Nico Steijnen

datum

Mr. N.M.P. Steijnen
Advocaat en Procureur
Couwenhoven 52-05
3703 ER Zeist
tel. 03404 - 56867

22-7-03

Robobank Zeist,
rekeningnr. 37.52.38.832
giironummer Robobank: 21 71 31

Sagittarius

Van: "Sagittarius" <sagitar@hetnet.nl>
Aan: "Jari Nousiainen"
Verzonden: woensdag 25 juni 2003 11:55
Onderwerp: Re: Jari Nousiainen

Beste Jari,

Bedankt voor je bericht. Ik was blij weer iets van je te horen !
Uiteraard begrijp ik dat jullie verhuizing naar Canada veel voeten in aard heeft gehad, en dat er dus weinig tijd over bleef om je bezig te houden met zaken die te maken hebben met juridische akties.
Ik wens je veel geluk toe en succes in Canada !

Vanzelfsprekend heb ik nog steeds belangstelling in de vertaling van mijn artikel, maar dat heeft geen prioriteit, als het gaat om een afweging tegenover andere zaken.

Ik zou daarom je directe aandacht willen vragen voor twee andere zaken.

De eerste is een dat ik de afgelopen tijd druk bezig geweest ben met het opstellen van een soort 'handboek', om vredesorganisaties en anti-fascistische groeperingen in de westerse wereld wat ideeën aan te reiken over hoe zij juridisch strijd zouden kunnen voeren tegen westerse oorlogsmisdaden, westerse oorlogsmisdadigers en andere westerse schendingen en schenners van het internationale humanitaire recht.
Dit in het Engels.

Ik ben het concept momenteel aan het afronden, en heb daarover twe vragen aan jou.
Allereerst de vraag of je, met enige prioriteit, bereid bent om het door mij gebruikte Engels hiervan te corrigeren (het gaat om plusminus 130 blz.) En mijn tweede vraag is dan of je wegen ziet om dit stuk op internet-fora, en in andere internationaal-rechtelijk georienteerde fora, in discussie te brengen.

Ik zal proberen je het stuk, wanneer het in concept gereed is
(waarschijnlijk binnen 14 dagen) naar je toe te mailen, maar ik ben me indachtig dat dit bij de vorige keren problemen opleverde. Daarom zal ik het je voor de zekerheid maar, simultaan, ook per post toesturen.
Zou je me in di verband je nieuwe postadres in Canada kunnen toezenden ?

Het tweede punt is dat er zaterdag a.s. in Den Haag, voor het ICTY-gebouw en voor de gevangenis van Milosevic, een demonstratie zal worden gehouden tegen het ICTY en voor Milosevic. Hieraan zullen naar verwachting voornamelijk Serviërs uit de Europese diaspora en ook uit Servië zelf deelnemen. De economie en politiek zijn daar inmiddels een ongelooflijke puinhoop. Deze demo vormt het startsein voor nieuwe aktie, ook van mijn kant.

Binnen afzienbare termijn wil ik ook juridische stappen nemen tegen het ICTY. Allereerst door het indienen van klachten bij het VN-mensenrechtencomite en andere geëigende internationale organen tegen de wijze waarop, aan de lopende band, door May en de andere leden van de Kamer die de zaak-Milosevic behandelt, prima facie meinedige getuigen worden toegelaten, zonder dat daar op enigerlei wijze tegen wordt opgetreden.
Deze klacht, die het nodige onderzoek zal vergen zodat ik - ook mijn tijd is beperkt - niet weet wanneer ik die zal kunnen afronden, wil ik dan in het Nederlands opstellen, anders red ik dat niet. En ik zou je willen vragen dat dan te vertalen. Grote stukken zullen echter citaten zijn uit de transcripts van de zittingen, en die zijn vanzelfsprekend al in het Engels.

Ik hoop dat je bereid en in staat bent me te helpen en hoor graag van je !

hartelijke groeten,

Nico Steijnen

—— Original Message ——
From: Jari Nousiainen
To: sagitar@hetnet.nl
Sent: Monday, June 23, 2003 10:55 PM

Mr. N.M.P. Steijnen
Advocaat en Procureur
Couwenhoven 52-05
tel. 0[illegible]

22-7-03

Rabobank Zeist,
rekeningnr. 37.52.38.832
gironummer Rabobank: 21 71 31

Subject: Jari Nousiainen

Geachte heer Steijnen,

Ik moet u allereerst om excuus bidden omdat ik niet in contact met u ben geweest. Ik moest uw artikel "De rechtmatigheid van het Joegoslavie tribunaal in nader perspectief and de Zaak-Milosevic" vertalen, maar jammer genoeg heb ik een heleboel andere zaken moeten regelen in de afgelopen zes maanden.

We leven nu in Kanada, en dat op zichzelf heeft erg veel tijd in beslag genomen. Ik moest ook een scriptie schrijven, en zo voort.

Als u nog interesse hebt in de vertaling van uw artikel, heb ik nu de tijd het te doen.

Hoogachtend,
Jari Nousiainen, Montreal, Kanada

Deze e-mail is door E-mail Virus Scan van Het Net gecontroleerd op virussen. Zie voor meer informatie: http://www.hetnet.nl/evs/

datum

Mr. N.M.P. Steijnen
Advocaat en Procureur
Couwenhoven 52-05
3703 ER Zeist
tel. 03404 - 5 68 67

22-7-03

Rabobank Zeist,
rekeningnr. 37.52.38.832
gironummer Rabobank: 21 ...

Sagittarius

Van: "Sagittarius" <sagitar@hetnet.nl>
Aan: "Jari Nousiainen"
Verzonden: dinsdag 22 juli 2003 21:44
Onderwerp: Re: Jari Nousiainen

Beste Jari,

Fijn dat je behulpzaam wilt zijn met het screenen van het 'handboek' dat ik in de maak heb. Dat zal hard nodig zijn om het Engels uit mijn koker verstaanbaar te maken.
De werkzaamheden hieraan nemen meer tijd dan ik aanvankelijk dacht, zodat het nog wel enige weken zal duren voor ik het concept gereed heb. Zodra dit het geval is stuur ik het je toe per post.

Ik hoop dat je ook mijn mail hebt ontvangen met mijn vraag over de precieze inhoud en reikwijdte van de Canadese Crimes Against Humanity and War crimes Act, meer speciaal van artikel 9 van deze Act, en de impact van de daarin gebezigde formulering: "..ongeacht of de persoon zich in Canada bevindt" in het licht van het universaliteitsbeginsel. Betekent dit inderdaad dat Canada zich het recht voorbehoudt om verdachten van oorlogsmisdaden te vervolgen, ook als de personen in kwestie zich niet op Canadese bodem bevinden ?
Maar moeten zij daar dan wel (eerst) voet aan de grond hebben gehad ? En in hoeverre dan ?
Ik vraag dit in het licht van de lopende campagne in die (westerse) landen die nog wel een adequate implementatie tot stand hadden gebracht van het universaliteitsprincipe ten aanzien van 'grave breaches', zoals geeist door de Geneva Conventions, om deze nu steeds verder te ontmantelen. Zoals bijvoorbeeld in Belgie en Nederland het geval.
De vraag is: welke westerse landen hanteren nog (wel) de mogelijkheid om tot vervolging van verdachten van oorlogsmisdaden over te gaan, zonder dat deze duidelijke raakpunten hebben met de nationale rechtsorde in kwestie ?
Anders gesteld: welke (westerse) landen zouden nog steeds de bevoegdheid hebben om (westerse) oorlogsmisdadigers te vervolgen, zonder dat die in het vervolgende land verblijf hebben ?
Nog anders gesteld: welke landen zouden wellicht de voormalige positie van Belgie en zijn oude Genocidewet kunnen overnemen ?

Zou jij daar bij gelegenheid eens naar willen kijken ?
Bij voorbaar mijn dank !

hartelijke groeten,

Nico Steijnen

P.S.: Ik stuur je wat materiaal over de demonstratie tegen het ICTY en voor de vrijlating van Milosevic.

datum

---- Original Message ----
From: Jari Nousiainen
To: Sagittarius
Sent: Friday, July 04, 2003 6:31 AM
Subject: Re: Jari Nousiainen

Geachte heer Steijnen,

Dank u voor uw antwoord op mijn email.

Allereerst, voordat ik het vergeet, kan ik u mijn faxnummer geven. Dit zou de communicatie enigszins kunnen verspoedigen.

Mr. N.M.P. Steijnen
Advocaat en Procureur
Couwenhoven 52-05
3703 ...

22-7-03

Rabobank Z...
rekeningnr. 37.52.38...
gironummer Rabobank: 21...

Het nummer is +1-514-485-2144.

Ten tweede, mijn postadres is
4598 Decarie Blvd. Ap. 6
Montreal, Quebec H3X 2H5
CANADA

Zoals u misschien weet, heb ik de laatste drie maanden niet deelgenomen aan internet-discussies. Er zijn vijf redenen:

1) De mensen die eraan deelnemen, kennen doorgaans de waarheid al.

2) Het proces duurt en duurt, en ik moet zeggen dat deze tactiek van het tribunaal het meeste effect sorteert. Ik moet ook toegeven dat ik uw lange adem bewondere.

3) Ik heb ook mijn twijfels:

a) Waarom zou Milosevic zeggen dat er een bloedbad in Srebrenica plaatsvond (gepleegd door de Fransen), terwijl er géén fysiek bewijs voor bestaat? Was Srebrenica maar een verzinsel om Karadzic en Mladic uit te manoeuvreren teneinde het Dayton-akkord mogelijk te maken?

b) Het verband tussen Milosevic en het moord op Stambolic lijkt me eveneens een beetje precair.

4) Het moord op Djindjic heeft het zeer moeilijk gemaakt om hem achteraf te veroordelen, en ik wil dat eerlijk gezegd niet doen.

5) Er zijn enkele problemen in de redenering van Milosevic. Hij heeft betoond dat het ICTY een illegaal orgaan is, omdat het tribunaal niet door de Algemene Vergadering tot stand gebracht is. Maar Joegoslavië was in 1993 al uit de Algemene Vergadering weggeschopt.

Dit zijn de voornaamste problemen volgens mij. Dat wil natuurlijk niet zeggen dat ik niet bereid ben om u te helpen in uw actie tegen de mensenrechtenschennisen door het "tribunaal". Integendeel, de bovengenoemde punten, of ze nu waar zijn of niet, zijn natuurlijk geen excuus voor het tribunaal om de meest fundamentele mensenrechten te schenden op een systematische wijze!!

Kortom, ik ben bereid uw klacht te vertalen!! Dit betekent ook dat ik graag uw handboek wil lezen en corrigeren. Ik kan het later nog in de internetdiscussies bespreken, maar daar heb ik nog een beetje tijd voor nodig. Ik moet nog aan de gedachte wennen.

De demonstratie in Den Haag is/was hoogstnoodzakelijk. Jammergenoeg heb ik geen nieuws over de demonstratie gehoord of gezien.

Ik hoop spoedig van u weer te horen.
datum

Hoogachten,
Jari Nousiainen
4598 Decarie Boulevard, ap. 6
Montreal, Quebec H3X 2H5

Deze e-mail is door E-mail Virus Scan van Het Net gecontroleerd op virussen. Zie voor meer informatie: http://www.hetnet.nl/evs/

Mr. N.M.P. Steijnen
Advocaat en Procureur
Couwenhoven 52-05
3703 ER Zeist
tel. 03404 - 5 68 67

22-7-03

Sagittarius

Van: "Vladimir Krsljanin" <slobodavk@yubc.net>
Aan: "Velko Valkanov" <v_valkanov@hotmail.com>; "Klaus Hartmann" <klaus.hartmann@user.ecore.net>; "Christopher Black" <bar@idirect.com>; "Nico Varkevisser" <office@globalreflexion.org>; "Prof A.Bernardini" <mailservicesnc@tiscalinet.it>; "Sagittarius" <sagitar@hetnet.nl>
Verzonden: woensdag 25 juni 2003 1:58
Onderwerp: ICDSM Meeting

Dear friends,
You are invited (with the endorsment of President Milosevic) to a meeting of leading members of ICDSM, to discuss the future work and the organization of the Committee.
The meeting will take place on Saturday, June 28 at The Hague, after the demos, starting at 17.30. Venue - same as for the Meeting of members and friends of ICDSM (see our last e-mail).
Best wishes,
Vladimir Krsljanin

To join or help this struggle, visit:
http://www.sloboda.org.yu/ (Sloboda/Freedom association)
http://www.icdsm.org/ (the international committee to defend Slobodan Milosevic)
http://www.wpc-in.org/ (world peace council)
http://www.free-slobo.de/ (German section of ICDSM)
http://www.geocities.com/b_antinato/ (Balkan antiNATO center)
http://www.slobodan-milosevic.org/ (an independent web site)

Deze e mail is door E-mail Virus Scan van Het Net gecontroleerd op virussen. Zie voor meer informatie: http://www.hetnet.nl/mvs

Juni 2003

BALTAZAR GARZÓN

'internationaal recht versus pure macht'

De Spaanse onderzoeksrechter Baltazar Garzón gispt de VS inzake Irak en vergelijkt Bush en Blair met Pinochet: 'Het komt op hetzelfde neer. De gepleegde misdaden zijn te ernstig om ongestraft te laten.'

Buenos Aires - Toeval kan het bijna niet geweest zijn. Enkele dagen voordat Garzón een eredoctoraat aanvaardt van een Argentijnse universiteit, zetten zijn vakbroeders hun handtekening onder een verzoek aan het Argentijns Openbaar Gerechtshof om misdaden tegen de menselijkheid en oorlogsmisdaden begaan in Irak te laten berechten in Argentinië. Zoals Garzón in 1998 vanuit Spanje de aanhouding beval van de Chileense dictator Pinochet tijdens diens bezoek aan Londen, willen negen Argentijnse onderzoeksrechters Bush, Blair, Aznar en andere hoofdrolspelers in de oorlog tegen Irak in Argentinië laten berechten wegens stelselmatige aanvallen op bevolkingsgroepen, beschietingen van personen op de openbare weg, vernietiging van telefoon- en televisie-infrastructuur en het doelbewust verhinderen van de levering van water en medicijnen aan de burgerbevolking. In februari – nog voordat de oorlog begon – veroordeelden ze de staatshoofden al voor het samenzweren tegen de vrede en ongeoorloofde samenscholing gericht op de voorbereiding van oorlogsmisdaden en misdaden tegen de menselijkheid. De rechters waarschuwden deze staatslieden dat diplomatieke onschendbaarheid in het internationaal recht niet opgaat.

Zijn naam staat symbool voor de internationale strijd tegen straffeloosheid. Zozeer zelfs dat Argentijnen de draak met hem steken in spotprenten, vooral na bekendmaking van aanklachten die hij voorbereidt tegen de Italiaanse premier Berlusconi voor fraude en corruptie. Garzón kan er niet om lachen. Deze forse gebouwde man met witte lok in het haar héeft wel gevoel voor humor, maar zolang hij over mensenrechten praat blijft hij serieus. 'Natuurlijk' juicht hij het Argentijnse initiatief toe, net als de ruim vijfhonderd aanklachten die Spaanse collega's hebben ingediend. 'De enige manier waarop iedereen internationaal recht serieus gaat nemen, is door het toe te passen.'

Op de Universiteit van Quilmes in Argentinië, waar hij het eredoctoraat in ontvangst neemt en zijn essay *Kerstverhaal. Een betere wereld is mogelijk* presenteert, zit de zaal tjokvol: 'Bij elke oorlog staan de mensenrechten op het spel en voor iemand die het recht op leven als essentieel beschouwt, is er niets dat schending van dat recht rechtvaardigt. Toch is oorlog soms nodig geweest. Vanuit het internationaal recht is het moeilijk om over "rechtvaardige oorlog" te spreken, maar "geoorloofde oorlog" bestaat. Deze oorlog, de oorlog tegen Irak, was dat niet. Het was een ernstige schending van het internationaal recht. Als dit ongestraft blijft, zal dat zeer ernstige gevolgen hebben.'

'Dat president Bush de handtekening van Bill Clinton bij de ondertekening van het Internationaal Strafhof weer introk, Amerikaanse staatsburgers eenzijdig immuun verklaarde voor het internationaal recht en verdragen sloot met andere landen om te voorkomen dat Amerikaanse staatsburgers gearresteerd en aangeklaagd worden door het Internationaal Strafhof wegens schendingen van de mensenrechten, is beschamend en vreselijk. Het land neemt het recht in eigen hand en dat betekent een flinke stap achteruit in de ontwik-

'Niemand is gebaat bij zo veel nieuwe doden; ook de Amerikaanse bevolking niet'

geen oorlogen meer gevoerd worden die zogenaamd nodig zijn om vrede te garanderen?
'Wat er nu gebeurt is zeer ernstig, maar er is geen reden om de hoop op te geven. Door de televisie zijn getuigenissen van schendingen waar ook ter wereld voor iedereen zichtbaar. Dat heeft geleid tot een internationaal bewustzijn van het belang van mensenrechten en een concept van "internationaal slachtofferschap". Er is sprake van een internationale solidariteit, die groter is dan men tien jaar geleden voor mogelijk hield. De massale demonstraties tegen de oorlog in Irak, zoals op 15 februari, waren waarschijnlijk nooit zo groot geweest, als we niet 's ochtends in Spanje op internet hadden gezien dat die dag al honderdduizenden mensen betoogden in Australië. Er namen veel jongeren aan deel, van wie we dachten dat ze alleen met consumeren bezig waren. De demonstraties waren anders dan eerdere vredesdemonstraties: de roep van de betogers was niet alleen "Nee tegen oorlog" maar ook "Respecteer de internationale verdragen".'

Garzón is in Europa vooral bekend om de rechtszaken die hij in gang zette tegen de hoofdrolspelers in de Zuid-Amerikaanse dictaturen. Hij vergelijkt deze zaken onomwonden met de aanklacht tegen de aanstichters van de oorlog in Irak. 'Het komt op hetzelfde neer. De gepleegde misdaden zijn te ernstig om ongestraft te laten. Ze bieden anderen een excuus om het ook niet zo nauw te nemen met de wet. Het geweld en de ongebreidelde corruptie in samenlevingen als die van Argentinië hebben daarmee te maken. Een andere overeenkomst betreft de manier waarop de media anticiperen en reageren op straffeloosheid: waar politici bepalen dat andere politici niet berecht moeten worden voor zeer ernstige misdrijven, lukt het de kijker of lezer minder om dagelijkse gebeurtenissen kritisch te bekijken. In oorlogen – en vooral deze – waren de media bij voorbaat al deelnemers. Kijk maar hoe de Amerikaanse bevolking door gemanipuleerde media gek van angst is gemaakt.'

De Verenigde Staten dwarsbomen het Internationaal Strafhof en hebben te genoeg op eigen houtje een oorlog gevoerd zonder unanieme kritiek van Europa. Garzón: 'Het toont aan hoe fundamenteel het Strafhof is. Er zullen jaren overheen gaan voordat Bush en de Amerikaanse regering zich voor hun beslissingen zullen verantwoorden. Maar de oprichting van het ICC biedt slachtoffers de garantie dat dit ooit zal gebeuren en dat zij beschermd zullen worden. Uiteindelijk zullen de landen die het verdrag niet hebben geratificeerd, dat alsnog doen. Ze hebben geen keus. Een goed functionerend en unaniem geaccepteerd internationaal rechtssysteem is de enige garantie voor duurzame vrede.'

Anke Welten
Correspondent in Argentinië

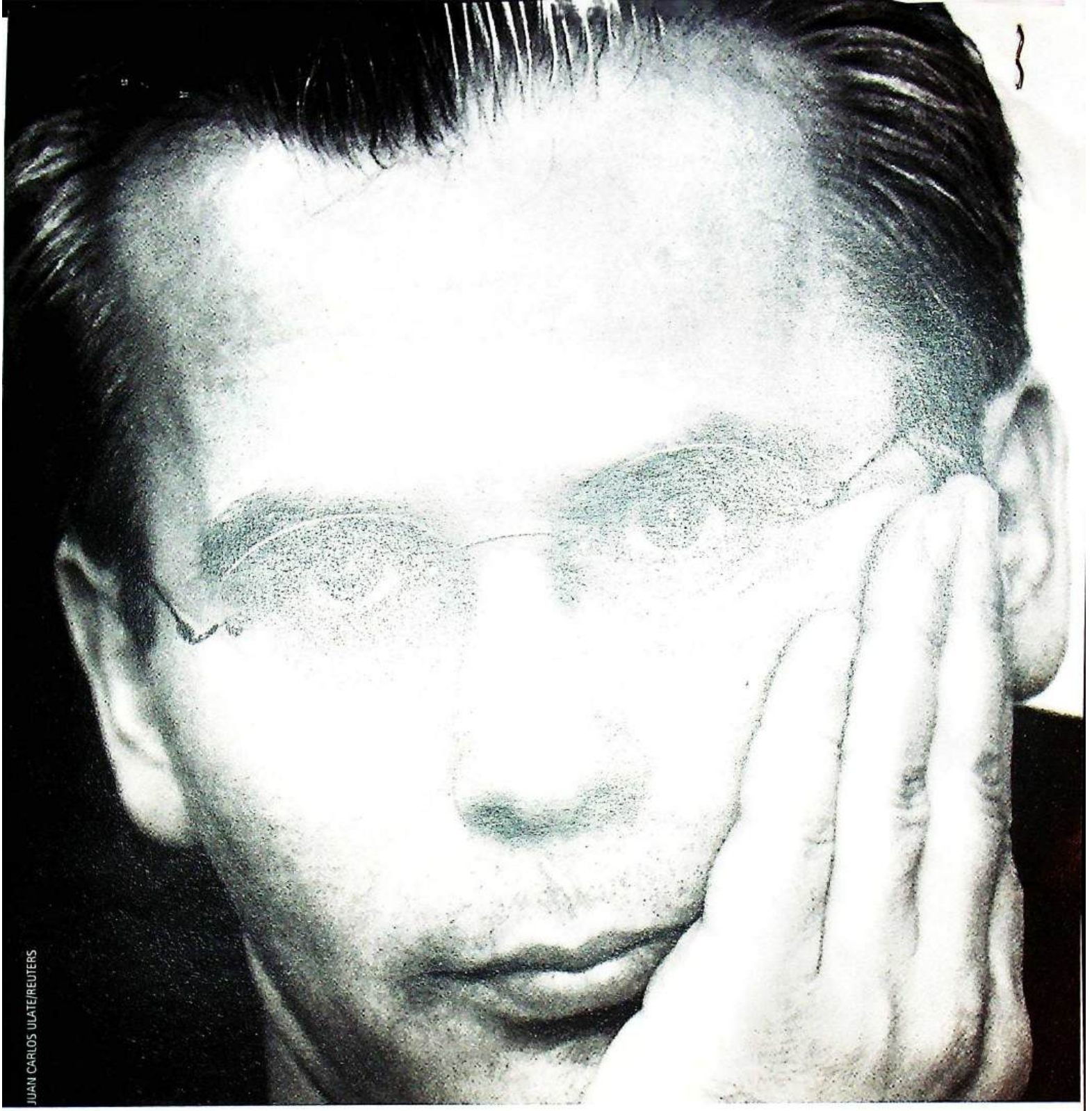


'De Veiligheidsraad van de Verenigde Naties gaat zijn boekje te buiten.' Amnesty liet zich onlangs in ongekend kritische bewoordingen uit over het beleid van de V-raad ten aanzien van het Internationaal Strafhof (ICC).
De kwestie: de V-raad verzocht het Strafhof vorig jaar, onder grote druk van de VS, personeel van VN-missies uit staten die geen partij zijn bij het ICC uit te sluiten van onderzoek en vervolging. Dat werd vastgelegd in resolutie 1422, voor de duur van één jaar. Eind deze maand zou de resolutie verlengd worden.
Amnesty betitelt de resolutie als 'een onwettige poging om burgers van de VS permanente vrijwaring van vervolging te geven in internationale strafzaken'. Dat is 'een directe aanval op het ICC'. De organisatie beschuldigt de V-raad ervan te handelen in strijd met zowel het Statuut van het ICC als het Handvest van de Verenigde Naties.
De V-raad mag volgens het Statuut alleen verzoeken om ontheffing van strafvervolging wanneer sprake is van 'een inbreuk op of bedreiging van de internationale vrede en veiligheid' volgens hoofdstuk VII van het VN-Handvest. En dat was niet zo, meent Amnesty. Bovendien maakt Resolutie 1422 een algemene uitzondering voor een grote groep mensen, terwijl het Statuut vereist dat de V-raad elke individuele zaak apart beoordeelt vóór een verzoek naar het ICC de deur uitgaat.
Door zich te beroepen op Hoofdstuk VII heeft de V-raad zich meer macht toegeëigend dan zij daadwerkelijk bezit, zegt Amnesty. Want de bepalingen van dat hoofdstuk stellen dat eerst vast moet staan dát sprake is van bedreiging van de internationale vrede en veiligheid. De organisatie benadrukt dat het werk van het ICC en dat van VN-vredesoperaties elkaar juist aanvullen. 'De enige daadwerkelijke bedreiging van de vrede en veiligheid was het dreigement van Amerika de verlenging van de VN-missie in Bosnië met een veto te dwarsbomen.'

Overigens kan het ICC verzoeken van de V-raad gewoon naast zich neerleggen. De Veiligheidsraad heeft geen macht het onafhankelijke ICC te bevelen. Bij relevante zaken moet het Strafhof ervan overtuigd zijn dat een besluit van vervolging af te zien onder het Statuut van Rome valt - dat wil zeggen dat het gaat om een uitzonderlijk verzoek in een specifieke zaak om tijdelijk uitstel. Het Hof kan ook concluderen dat de V-raad zich niet aan het Handvest van de VN heeft gehouden.
Ook de VN-lidstaten zijn volgens Amnesty niet gebonden aan Resolutie 1422. Omdat de V-raad zich niet aan de regels heeft gehouden, en omdat individuele staten sowieso de 'internationale verplichting' hebben ervoor te zorgen dat genocide, misdaden tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven worden onderzocht en verantwoordelijken vervolgd. Daarbij zouden ze het Internationaal Strafhof niet mogen hinderen.

Amnesty dringt er bij de Europese V-raadsleden Engeland, Frankrijk, Duitsland en Spanje op aan hun plichten ten aanzien van het ICC niet in de V-raad te verkwanselen.
Strafhofspecialist van Amnesty Nederland Lars van Troost hierover: 'De EU is altijd een belangrijk voorvechter van een effectief ICC geweest. Het ICC wordt zelfs wel gezien als een van de weinige successen van het gemeenschappelijk buitenlands beleid van de Unie. Politieke overwegingen in verband met de betrekkingen binnen de NAVO of spanningen tussen permanente leden van de V-raad over Irak zouden niet bepalend mogen zijn voor de opstelling van de EU-landen in de V-raad.'

M.v.R.



JUAN CARLOS ULATE/REUTERS

keling van het internationaal rechtsstelsel. Er zijn twee werelden ontstaan: die van het internationaal recht en die van pure macht. Dat is een van de meest dramatische aspecten van dit alles, want het risico bestaat dat de doctrine van het unilateralisme regel wordt. Als dit ongestraft blijft, geef je anderen een vrijbrief om hetzelfde te doen. Je ziet in Israël en Palestina wat de gevolgen zijn als schendingen ongestraft blijven: de ongestrafte misdaad van de een lokt de volgende mensenrechtenschending van de ander uit. Een wereld waarin plaatsen bestaan waar het om welke reden dan ook geoorloofd is om het internationaal recht te schenden, is een wereld van absolute onveiligheid.'

'Vrede die met geweld wordt afgedwongen is geen duurzame vrede. Duurzame vrede kan niet bestaan zonder gerechtigheid. De discussie had dus niet moeten gaan over de vraag of oorlog tegen Irak geoorloofd was of niet, maar over hoe Saddam aan te houden en te berechten. Internationaal recht biedt daar alle mogelijkheden toe. De oplossing van conflicten zou het internationaal recht moeten versterken in plaats van ondermijnen. Want niemand is gebaat bij zo veel nieuwe doden; ook de Amerikaanse bevolking niet, die zo bang is voor nieuwe aanslagen dat het haar regering grotendeels steunt in alles wat ze zegt te doen aan de bestrijding van het internationale terrorisme. Het enige dat daar echt toe bij zou dragen, is een goede juridische afbakening van wat terrorisme is en welke mogelijkheden er zijn om dat te bestrijden. Een internationaal rechtssysteem dat garandeert dat daders gestraft en slachtoffers beschermd worden.'

Garzón is voor utopist uitgemaakt toen hij kort na 11 september 2001 in de Spaanse krant *El País* schreef dat rechtspraak de enige duurzame oplossing biedt voor vrijheid en vrede: 'Ik wil wonen in een wereld waar de ratio zwaarder telt dan het absurde en waar de rede kracht geeft en niet andersom.' Daarmee kan moeilijk iemand het oneens zijn, maar hoe realistisch is het, vraag ik, om te verwachten dat