

LJN: AB1471, Hoge Raad , 00749/01 CW 2323

Datum uitspraak: 18-09-2001

Datum publicatie: 18-09-2001

Rechtsgebied: Straf

Soort procedure: Cassatie

Uitspraak

18 september 2001

Strafkamer

nr. 00749/01

(CW 2323)

SB

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

op het beroep in cassatie in
het belang der wet van de
Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden
tegen een beschikking van het
Gerechtshof te Amsterdam
(rekestnrs. R 97/163/12 Sv en
R 97/176/12 Sv) van
20 november 2000 gegeven op een beklag als bedoeld in art. 12 Sv van [betrokkene A]
onderscheidenlijk [betrokkene B].

1. De bestreden beschikking

1.1. Blijkens de bestreden beschikking hebben de klagers beklag gedaan over de weigering van de Officier van Justitie in het arrondissement Amsterdam tot vervolging van Desiré Delano Bouterse ter zake van het feit

"dat hij het bevel heeft gegeven aan een onder zijn verantwoordelijkheid opererende groep militairen tot het executeren van vijftien personen, onder wie [slachtoffer A] (de broer van [betrokkene A] en [slachtoffer B] (de neef van [betrokkene B]) op 8 of 9 december 1982 in Fort Zeelandia te Paramaribo (Suriname)".

1.2. Volgens de bestreden beschikking strekt het door klagers gedane beklag ertoe

(a) dat door de strafrechter zal worden onderzocht of Bouterse zelf aan deze executies heeft deelgenomen, en

(b) dat Bouterse zal worden vervolgd voor de martelingen waaraan de bedoelde vijftien personen zijn onderworpen voordat zij werden gedood.

1.3. De bestreden beschikking houdt als beslissingen van het Hof, voorzover te dezen van belang, in:

“- beveelt de officier van justitie in het arrondissement Amsterdam Desiré Delano Bouterse,

geboren op 13 oktober 1945 in het District Suriname, Suriname, te vervolgen wegens feiten waarop de beklagen betrekking hebben, gepleegd op of omstreeks 8/9 december 1982 in Paramaribo, Suriname;

- gelast de officier van justitie bij de rechter-commissaris belast met de behandeling van strafzaken in de arrondissementsrechtbank te Amsterdam een vordering te doen strekkende tot instelling van een gerechtelijk vooronderzoek met betrekking tot genoemde feiten”.

1.4. De bestreden beschikking is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

2. Geding in cassatie

De voordracht en vordering tot cassatie in het belang der wet van de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad strekken tot vernietiging van de beschikking van het Hof. De voordracht en vordering zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

De Hoge Raad heeft kennisgenomen van het schriftelijk commentaar van de raadslieden van de klagers op de voordracht en vordering, tot het geven waarvan zij op hun verzoek in de gelegenheid zijn gesteld. Voorts heeft de Hoge Raad kennisgenomen van het schriftelijk commentaar van de raadsman van Bouterse.

3. Het wettelijk kader

3.1. Het Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing (Verdrag van 10 december 1984, Trb. 1985, 69) luidt, voorzover te dezen van belang, in de Nederlandse vertaling als volgt:

Artikel 1

1. Voor de toepassing van dit Verdrag wordt onder 'foltering' verstaan iedere handeling waardoor opzettelijk hevige pijn of hevig leed, lichamelijk dan wel geestelijk, wordt toegebracht aan een persoon met zulke oogmerken als om van hem of van een derde inlichtingen of een bekentenis te verkrijgen, hem te bestraffen voor een handeling die hij of een derde heeft begaan of waarvan hij of een derde wordt verdacht deze te hebben begaan, of hem of een derde te intimideren of ergens toe te dwingen dan wel om enigerlei reden gebaseerd op discriminatie van welke aard ook, wanneer zulke pijn of zulk leed wordt toegebracht door of op aanstichten van dan wel met de instemming of gedogen van een overheidsfunctionaris of andere persoon die in een officiële hoedanigheid handelt. Foltering omvat niet pijn of leed slechts voortvloeiend uit, inherent aan of samenhangend met wettige straffen.

2. Dit artikel laat onverlet internationale akten of nationale wetgevingen die bepalingen met een ruimere werkingssfeer omvatten of kunnen omvatten.

Artikel 2

1. Iedere Staat die Partij is bij dit Verdrag, neemt doeltreffende wetgevende, bestuurlijke, gerechtelijke of andere maatregelen ter voorkoming van foltering binnen elk onder zijn rechtsmacht vallend gebied.

2. Geen enkele uitzonderlijke omstandigheid, ongeacht of het gaat om een oorlogstoestand, een oorlogsdreiging, binnenlandse politieke onrust of welke andere openbare noodsituatie ook, kan worden aangevoerd als rechtvaardiging voor foltering.

3. Een bevel van een hoger geplaatste functionaris of een overheidsinstantie mag niet worden aangevoerd als rechtvaardiging voor foltering.

Artikel 4

1. Iedere Staat die Partij is, draagt er voor zorg dat alle vormen van foltering strafbaar zijn krachtens zijn strafrecht. Hetzelfde geldt voor poging tot foltering en voor handelingen van personen die medeplichtigheid of deelneming aan foltering opleveren.

2. Iedere Staat die Partij is, stelt deze delicten strafbaar met passende straffen, waarbij rekening wordt gehouden met de ernstige aard ervan.

Artikel 5

1. Iedere Staat die Partij is, neemt de eventueel noodzakelijke maatregelen tot vestiging van zijn rechtsmacht ten aanzien van de in artikel 4 bedoelde delicten, en wel in de volgende gevallen:

(a) wanneer de delicten worden gepleegd binnen een grondgebied onder zijn rechtsmacht of aan boord van een schip of luchtvaartuig dat in die Staat is geregistreerd;

(b) wanneer de verdachte onderdaan van die Staat is;

(c) wanneer het slachtoffer onderdaan van die Staat is, indien die Staat zulks passend acht.

2. Iedere Staat die Partij is, neemt tevens de eventueel noodzakelijke maatregelen tot vestiging van zijn rechtsmacht ten aanzien van zodanige delicten in de gevallen waarin de verdachte zich bevindt binnen een onder zijn rechtsmacht vallend grondgebied en deze Staat hem niet ingevolge artikel 8 uitlevert aan een van de in het eerste lid van dit artikel genoemde Staten.

3. Dit Verdrag sluit geen enkele strafrechtelijke rechtsmacht uit die wordt uitgeoefend overeenkomstig het nationale recht.

Artikel 6

1. Iedere Staat die Partij is, binnen wiens grondgebied zich een persoon bevindt die ervan wordt verdacht een in artikel 4 bedoeld delict te hebben gepleegd, neemt deze in hechtenis of treft andere wettelijke maatregelen ten einde zijn aanwezigheid te waarborgen, nadat deze Staat zich ervan heeft overtuigd, na een onderzoek van de deze ter beschikking staande gegevens, dat de omstandigheden zulks rechtvaardigen. De hechtenis en andere wettelijke maatregelen dienen overeen te stemmen met het bepaalde in de wetgeving van die Staat, doch mogen slechts zolang worden voortgezet als nodig is om een strafvervolgning of uitleveringsprocedure in te stellen.

2. Een zodanige Staat stelt onmiddellijk een voorlopig onderzoek naar de feiten in.

3. Aan ieder die zich ingevolge het eerste lid van dit artikel in hechtenis bevindt, dient hulp te worden geboden om zich onmiddellijk in verbinding te stellen met de dichtstbijzijnde bevoegde vertegenwoordiger van de Staat waarvan hij onderdaan is, of, indien hij staatloos is, met de vertegenwoordiger van de Staat waar hij gewoonlijk verblijft.

4. Wanneer een Staat, ingevolge dit artikel, een persoon in hechtenis heeft genomen, dient hij onmiddellijk de in artikel 5, eerste lid, bedoelde Staten in kennis te stellen van het feit dat deze persoon zich in hechtenis bevindt en van de omstandigheden die zijn gevangenhouding rechtvaardigen. De Staat die het in het tweede lid van dit artikel bedoelde voorlopige onderzoek verricht, brengt onverwijld verslag uit van zijn bevindingen aan de genoemde Staten en deelt mede, of hij voornemens is, zijn rechtsmacht uit te oefenen.

Artikel 7

1. De Staat die Partij is, binnen het grondgebied onder wiens rechtsmacht een verdachte van het plegen van een delict zoals bedoeld in artikel 4, wordt aangetroffen, draagt in de gevallen bedoeld in artikel 5, indien hij de betrokkene niet uitlevert, de zaak voor vervolging over aan zijn bevoegde autoriteiten.

2. Deze autoriteiten nemen hun beslissing op dezelfde wijze als in het geval van een gewoon delict van ernstige aard krachtens de wetgeving van die Staat. In de gevallen bedoeld in artikel 5, tweede lid, dienen de maatstaven voor de bewijsvoering, vereist voor vervolging en veroordeling, in geen enkel opzicht minder strikt te worden aangelegd dan die welke gelden in de gevallen bedoeld in artikel 5, eerste lid.

3. Aan ieder tegen wie een vervolging wordt aanhangig gemaakt in verband met een van de in artikel 4 bedoelde delicten dient in alle fasen van de procedure een billijke behandeling te worden gewaarborgd.

3.2. De Uitvoeringswet folteringverdrag (Wet van 29 september 1988, Stb. 478, tot uitvoering van het Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing) is in werking getreden op 20 januari 1989. De te dezen relevante bepalingen van deze wet luiden als volgt:

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 gelijkwaardigheid, wordt, zo deze gedragingen van dien aard zijn, dat zij het beoogde doel kunnen bevorderen, als foltering gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste 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 ontreddeing.

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.

Artikel 2

Met gelijke straffen als gesteld op de in het voorgaande artikel bedoelde feiten, wordt gestraft:

a. de ambtenaar of anderszins ten dienste van de overheid werkzame persoon die door een der in artikel 47, eerste lid, onder 2°, van het Wetboek van Strafrecht vermelde middelen tot de in artikel 1 bedoelde vorm van mishandeling uitlokt of die opzettelijk toelaat dat een ander die vorm van mishandeling pleegt;

b. hij die de in artikel 1 bedoelde vorm van mishandeling pleegt, indien een ambtenaar of een anderszins ten dienste van de overheid werkzame persoon in de uitoefening van zijn functie zulks door een der in artikel 47, eerste lid, onder 2°, van het Wetboek van Strafrecht vermelde middelen heeft uitgelokt of zulks opzettelijk heeft toegelaten.

Artikel 4

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

Artikel 5

De Nederlandse strafwet is toepasselijk op ieder die zich buiten Nederland aan een van de in de artikelen 1 en 2 van deze wet omschreven misdrijven schuldig maakt.

4. Beoordeling van het eerste middel

4.1. Het middel stelt de vraag aan de orde of de art. 1 en 2 Uitvoeringswet folteringverdrag kunnen worden toegepast op feiten die zijn begaan vóór de inwerkingtreding van die Wet.

4.2. Bij de beoordeling van het aan de orde gestelde rechtspunt zijn art. 16 Grondwet - alsmede art. 1, eerste lid, Sr - en art. 94 Grondwet van belang.

4.3.1. Art. 16 Grondwet en art. 1, eerste lid, Sr bevatten een ongeclausuleerd verbod tot berechting en bestraffing van iemand ter zake van een feit dat ten tijde van het begaan van dat feit niet bij of krachtens de Nederlandse wet strafbaar was gesteld.

4.3.2. In dit verband kan worden gewezen op de geschiedenis van de totstandkoming van art. 16 Grondwet en meer in het bijzonder op:

a. de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot het huidige art. 16 Grondwet, welke ten aanzien van het nadien tot art. 16 vernummerde art. 1.15 en ten aanzien van het tegenwoordige additionele art. IX Grondwet het volgende inhoudt:

“Dit artikel, waarvan de tekst gelijk is aan artikel 11 van de staatscommissie en artikel 9e van wetsontwerp 11 051, bevat het beginsel dat geen enkele gedraging met terugwerkende kracht strafbaar mag worden gesteld. Dit beginsel is thans neergelegd in artikel 1, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht. Een overeenkomstige bepaling bevatten artikel 7, eerste lid, van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en artikel 15, eerste lid, van het Internationale verdrag burgerrechten en politieke rechten.

Deze verdragsbepalingen houden in, dat niemand mag worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde. Op dit beginsel maken beide verdragen een uitzondering met betrekking tot een handelen of nalaten dat een misdrijf is overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen welke in de internationale gemeenschap worden erkend. Wij achten het niet nodig de in deze verdragen vervatte uitzondering met betrekking tot dergelijke misdrijven in de Grondwet op te nemen. Het in de toekomst begaan van dergelijke delicten is thans strafbaar gesteld bij de Wet Oorlogsstrafrecht en bij de Uitvoeringswet Genocideverdrag.

Voor wat betreft het verleden evenwel zij gewezen op het Besluit Buitengewoon Strafrecht. Van dit besluit (Besluit van 22 december 1943. Stb. D 61, later aangevuld bij wet van 10 juli 1947,

Stb. H 233) is, ingevolge de wet van 8 april 1971 (Stb. 210) houdende nadere regels betreffende de verjaring van het recht tot strafvordering en uitvoering van de straf ter zake van oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid, alleen nog artikel 27a van belang, op grond waarvan oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid, gepleegd gedurende de laatste oorlog, nog kunnen worden vervolgd of de uitgesproken straf nog kan worden geëxecuteerd. Artikel 27a van het Besluit Buitengewoon Strafrecht verklaart ten aanzien van die misdrijven de omschrijvingen uit het Handvest van het Internationaal Militair Tribunaal van Neurenberg van 1945 toepasselijk. Weliswaar wordt door de onschendbaarheid van de wet de rechtskracht van deze bepaling van het Besluit, dat de kracht van een wet heeft, gehandhaafd bij opneming van het voorgestelde artikel 1.15 in de Grondwet. Maar er zou wel sprake zijn van een met deze grondwettelijke bepaling strijdige regeling. Daarom lijkt het ons wenselijk tegenover de grondwettelijke regel van artikel 1.15 bij wege van additionele bepaling een andere grondwettelijke regel te stellen ten aanzien van feiten, strafbaar gesteld krachtens het Besluit Buitengewoon Strafrecht. Daartoe is additioneel artikel A 1.15 opgenomen.

Ten slotte zij opgemerkt, dat de uitdrukking «wettelijke strafbepaling», evenals thans in artikel 1, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht het geval is, elke strafbepaling omvat, welke bij wet in materiële zin tot stand is gekomen”.

(Kamerstukken II 1975-1976, 13 872, nr. 3, blz. 51)

b. de toelichting op het genoemde art. 11 van de Staatscommissie, welke onder meer het volgende inhoudt:

“In artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht is het beginsel vastgelegd, dat aan strafbepalingen geen terugwerkende kracht wordt verleend. Een overeenkomstige bepaling is vervat in artikel 7 van het verdrag van Rome; een uitzondering wordt in dit artikel gemaakt voor zoveel betreft misdrijven tegen de mensheid, zoals deze na de tweede wereldoorlog te Neurenberg zijn berecht.

De grote meerderheid van de leden der staats-commissie zou het beginsel van nulla poena sine praevia lege poenali, zoals het thans in het Wetboek van Strafrecht is vastgelegd, in de Grondwet willen verankeren. Aan de toetsing van wettelijke voor-schriften aan dit beginsel - thans reeds mogelijk krachtens het bepaalde in genoemd artikel 7 van het verdrag van Rome - wordt hierdoor een nadere rechtsbasis gegeven. Overneming van de in het verdrag van Rome vervatte uitzondering met betrekking tot misdrijven tegen de mensheid achten deze leden niet noodzakelijk. Dientengevolge zal de in de Grondwet op te nemen waarborg een verdere strekking krijgen dan die in het verdrag.

Opgemerkt dient te worden, dat ingevolge artikel 15 van het verdrag ook onder omstandigheden van nood geen afwijking van het nulla poena beginsel, zoals in artikel 7 omschreven, toelaatbaar is.

Enkele leden van de commissie zien in het onder-havige voorstel geen duidelijke voordelen. Naar geldend recht kunnen strafbepalingen, afkomstig van lagere publiekrechtelijke lichamen, worden getoetst aan artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht, terwijl alle strafbepalingen - ook die vervat in wetten in formele zin - kunnen worden getoetst aan artikel 7 van het verdrag. Dit vormt een afdoende garantie; aan overneming van het verdragsartikel in de Grondwet bestaat in de zienswijze van deze leden geen behoefte”.

(Tweede rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet, 1969, blz. 81-82)

c. de Memorie van Toelichting bij het genoemde art. 9e van het op 27 november 1970 ingediende doch later ingetrokken wetsvoorstel 11 051, welke onder meer het volgende inhoudt:

“Enkele leden van de staatscommissie zien in het onderhavige voorstel geen duidelijke voordelen. Naar geldend recht kunnen strafbepalingen, afkomstig van lagere publiekrechtelijke lichamen, worden getoetst aan artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht, terwijl alle strafbepalingen - ook die vervat in wetten in formele zin - kunnen worden getoetst aan artikel 7 van het verdrag. Dit vormt naar de mening van deze leden een afdoende garantie.

De ondergetekenden zijn door de argumenten van genoemde leden er niet van overtuigd, dat het opnemen van een zo belangrijk beginsel in de Grondwet moet worden nagelaten. Voorts blijkt uit het voorgaande, dat de in de grondwettelijke bepaling op te nemen waarborg, waarin de uitzondering met betrekking tot misdrijven tegen de mensheid niet is opgenomen, van verdere strekking zal zijn dan de overeenkomstige bepaling in het Verdrag van Rome.

Op grond van het vorenstaande hebben de ondergetekenden de door de staatscommissie voor het artikel aanbevolen redactie, met de bovenomschreven aanvulling ten aanzien van de gelding van het Besluit Buitengewoon Strafrecht, overgenomen”.

(Kamerstukken II 1970-1971, 11 051, nr. 3, blz. 20)

4.4.1. Art. 94 Grondwet houdt in dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. In deze bepaling is, voorzover hier van belang, tot uitdrukking gebracht dat de rechter het in art. 16

Grondwet en art. 1, eerste lid, Sr vervatte verbod tot het verlenen van terugwerkende kracht wel dient te toetsen aan verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties, doch dat niet mag doen aan ongeschreven volkenrecht.

4.4.2. Deze uitleg strookt met de geschiedenis van de totstandkoming van art. 94 Grondwet. Daartoe kan worden gewezen op de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel dat tot die bepaling heeft geleid, welke onder meer inhoudt:

“Artikel 5.2.2b (artikel 73, staatscommissie). Dit artikel heeft ten doel de huidige artikelen 66 en voor een deel, 67, van de Grondwet te vervangen. In het tegenwoordige artikel 66 wordt de moeilijkheid opgelost, die ontstaat indien de toepassing van een ieder verbindende bepalingen van een verdrag in botsing komt met nationale wettelijke voorschriften.

Toepassing van de nationale voorschriften moet dan naar de Grondwet achterwege worden gelaten. Deze regeling is in het voorgestelde nieuwe artikel gehandhaafd.

(...)

[Wij dienen] hier tevens aandacht te schenken aan de toepassing van ongeschreven volkenrecht binnen de Nederlandse rechtsorde. Met name moet dan aan de orde worden gesteld de vraag of aan het ongeschreven volkenrecht, evenals aan ieder verbindende verdragsbepalingen, een primaat moet worden toegekend boven het nationale recht. In haar eerderevermeld advies naar aanleiding van de Proeve heeft de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken deze uitbreiding van de regel van thans artikel 66 van de Grondwet op brede gronden bepleit.

Hoewel wij begrip hebben voor de overtuiging van de genoemde commissie dat bij een zich steeds verder ontwikkelende internationale rechtsorde een primaat ook van het ongeschreven volkenrecht een zekere aantrekkelijkheid heeft en rechtstheoretisch in een Grondwet ook wel verdedigd zou kunnen worden, menen wij met de Staatscommissie Cals/Donner dat wij deze weg niet moeten inslaan. Ter voorkoming van misverstand zij hierbij gesteld, dat geen verschil van mening bestaat over het feit dat regels van costumier volkenrecht in Nederland door rechterlijke organen al sedert de vorige eeuw worden toegepast. Ook wetgeving en bestuur zullen zich aan dit recht hebben te houden. Het ongeschreven volkenrecht kan als bindend voor de Nederlandse rechtsorde worden beschouwd. In de Nederlandse wetgeving is de interne werking van volkenrecht ook erkend toen in 1963 de cassatiegrond van artikel 99 sub 2 van de Wet R.O., voordien luidende «wegens verkeerde toepassing of schending der wet», werd gewijzigd in «wegens schending van het recht, met uitzondering van het recht van vreemde staten». Blijkens de schriftelijke en mondelinge toelichting in de Staten-Generaal had deze wijziging (onder meer) ten doel cassatie mogelijk te maken op grond van ongeschreven volkenrecht.

De meningen lopen evenwel uiteen als het gaat om de vraag of het wenselijk is ongeschreven volkenrecht toe te passen binnen de Nederlandse rechtssfeer, indien deze toepassing zou botsen met nationale wettelijke voorschriften.

Vóór de herziening van 1953 kon niet met zekerheid worden gesteld of de Grondwet een en ander eventueel toestond. De Hoge Raad heeft hier geen uitspraak kunnen doen omdat deze vraag hem voor 1953 nimmer is voorgelegd. Na de herzieningen van 1953 en 1956 kan op grond van de parlementaire geschiedenis echter wel worden aangenomen dat de huidige Grondwet een primaat van ongeschreven volkenrecht boven nationale wettelijke voorschriften uitsluit.

Wij menen nu dat de in 1953 en 1956 ten aanzien van het ongeschreven volkenrecht getrokken lijn in de nieuwe Grondwet moet worden gecontinueerd. Een afwijking daarvan, in de zin zoals door de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken bepleit, stuit op principiële en praktische bezwaren, die wij als volgt kenschetsen. Bij deze kenschetsing gaan wij tevens in op de belangrijkste argumenten die genoemde Commissie van

Advies heeft aangevoerd ten faveure van een primaat van het ongeschreven volkenrecht. Het principiële bezwaar nu is dat een grondwettelijke opdracht wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten wegens strijd met ongeschreven volkenrecht een uitbreiding van de in artikel 66 van de Grondwet vervatte toetsingsopdracht aan de rechter zou betekenen. Het is hetzelfde bezwaar dat zich zou voordoen bij het doen vervallen van de woorden «een ieder verbindende» uit artikel 66, waarop hiervoor reeds werd ingegaan. Naar ons oordeel is uitbreiding van het toetsingsrecht van de rechter tot het terrein van het ongeschreven volkenrecht daarbij uit praktisch oogpunt bezwaarlijk omdat omtrent de inhoud van dit recht vaak onzekerheden bestaan.

Een ernstig beletsel tegen het vestigen van een primaat van het ongeschreven volkenrecht in de Nederlandse rechtsorde zien wij ook in het risico dat de rechter dan zou kunnen worden geroepen Nederlandse wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten op grond van een verdrag dat (nog) niet voor het Koninkrijk in werking is getreden. Naar ons oordeel is een primaat van volkenrecht boven nationale wettelijke voorschriften alleen wenselijk zoals dat geregeld is in het stelsel krachtens de huidige Grondwet (artt. 65 en 66), te weten een voorrang uitsluitend van regels neergelegd in in werking getreden verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Ware het anders, dan zouden grondwettelijke bevoegdheden van regering en parlement kunnen worden gefrustreerd.

Tegen dit alles weegt niet op het belangrijkste argument van de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken dat in een constitutie die rechtstheoretisch verdedigbaar wil zijn op het stuk van de interne werking van het volkenrecht een onderscheid tussen geschreven en ongeschreven volkenrecht moeilijk aanvaardbaar is. Belangrijker dan dit, zo men wil, rechtstheoretische aspect achten wij een op onze constitutionele verhoudingen toegesneden regeling van de interne werking van het volkenrecht die de rechter, de wetgever, het bestuur en de burger het nodige houvast geeft.

Wij hebben de overtuiging dat, internationaal gezien, de door ons op het voetspoor van de huidige Grondwet voorgestelde regeling, aan redelijk te stellen maatstaven voldoet.

De stelling van de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken, dat Nederland, in vergelijking met andere staten, ongunstig uitkomt door achterstelling van het ongeschreven bij het geschreven volkenrecht kunnen wij zeker niet onderschrijven. Het door de genoemde commissie in dit verband aangevoerde artikel 25 van de Grondwet van 1949 van de Duitse Bondsrepubliek, dat voorrang verleent aan de algemene regels van het volkenrecht zelfs boven de nationale wetten, een voorrang welke deze Grondwet voor de verdragen niet kent, spreekt ons dan ook minder aan.

Volledigheidshalve zij erop gewezen dat de Nederlandse wettelijke voorschriften, die volgens het voorgestelde artikel moeten wijken voor het geschreven volkenrecht, mede de Grondwet omvatten”.

(Kamerstukken II 1977-1978, 15 049 (R 1100), nr. 3, blz. 11 e.v.)

4.5. Het onder 4.4 overwogene brengt mee dat het ongeclausuleerde verbod van art. 16 Grondwet en art. 1, eerste lid, Sr als bedoeld in 4.3, buiten toepassing zou moeten blijven indien deze toepassing niet verenigbaar zou zijn met een ieder verbindende bepalingen van verdragen of van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Noch het Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing noch enig ander hier toepasselijk verdrag of besluit van een volkenrechtelijke organisatie bevat evenwel een bepaling die de verplichting inhoudt om gedragingen als bedoeld in de Uitvoeringswet folteringsverdrag met terugwerkende kracht strafbaar te achten.

4.6. Daaruit volgt enerzijds dat op de feiten die onderwerp van het beklag vormen, de ten tijde van het begaan van die feiten geldende bepalingen van het Wetboek van Strafrecht mogen

worden toegepast voorzover die feiten daarin destijds waren voorzien en strafbaar gesteld, doch anderzijds dat art. 1 en 2 Uitvoeringswet folteringverdrag op die feiten niet mogen worden toegepast, aangezien die wet eerst op 20 januari 1989 in werking is getreden. Uit het voorgaande volgt tevens dat voorzover de verplichting tot strafbaarverklaring met terugwerkende kracht zou voortvloeien uit ongeschreven volkenrecht, het de rechter niet vrijstaat de Uitvoeringswet folteringverdrag - die daarin niet voorziet - buiten toepassing te laten wegens strijd met dat ongeschreven volkenrecht. Blijkens de onder 4.4 weergegeven geschiedenis van de totstandkoming van art. 94 Grondwet heeft de grondwetgever immers toepassing van ongeschreven volkenrecht indien deze toepassing zou botsen met nationale wettelijke voorschriften, niet willen aanvaarden.

4.7. Gelet op het hiervoor overwogene kan dus in het midden blijven of de door het Hof bedoelde feiten kunnen worden aangemerkt als feiten in de zin van art. 7 EVRM respectievelijk art. 15 IVBPR, inhoudende dat het in het eerste lid van die bepalingen bedoelde voorschrift dat niemand mag worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten dat ten tijde van de gedraging naar nationaal of internationaal recht geen strafbaar feit vormde, niet in de weg staat aan de berechting en bestraffing van iemand die schuldig is aan een handelen of nalaten dat ten tijde van de gedraging een misdrijf was overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen die door de volkerengemeenschap worden erkend.

4.8. Het vorenoverwogene leidt tot de slotsom dat het Hof art. 16 Grondwet en art. 1, eerste lid, Sr heeft geschonden en dat de bestreden beschikking niet in stand kan blijven.

4.9. De Hoge Raad vindt niettemin aanleiding de in de overige middelen opgeworpen rechtsvragen te bespreken. Daarbij zal de Hoge Raad de volgorde van de vordering aanhouden.

5. Beoordeling van het tweede middel

5.1. Het middel noopt tot beantwoording van de vraag of "zelfstandig doden", dus los van een daaraan voorafgegane foltering, onder de werking van de Uitvoeringswet folteringverdrag valt.

5.2. Als foltering is in art. 1 Uitvoeringswet folteringverdrag strafbaar gesteld mishandeling gepleegd door de daar bedoelde persoon met een motief als daar omschreven. De tekst van deze bepaling laat geen ruimte voor de opvatting dat het doden van iemand zonder dat dit is voorafgegaan door of vergezeld van mishandeling in de zin van art. 1, kan worden aangemerkt als foltering.

6. Beoordeling van het derde middel

6.1. Het middel stelt de vraag aan de orde of Nederland rechtsmacht heeft ten aanzien van de onderwerpelijke, vóór de inwerkingtreding van de Uitvoeringswet folteringverdrag begane feiten, voorzover die feiten ten tijde van het begaan daarvan in het Wetboek van Strafrecht strafbaar waren gesteld.

6.2. Voor wat betreft de hier in aanmerking komende delicten van het Wetboek van Strafrecht gelden de rechtsmachtregels van de art. 2 t/m 8 Sr. Die regels voorzien niet in rechtsmacht in een geval als het onderhavige waarin - naar is aangevoerd - sprake is van door een niet-Nederlander buiten Nederland begane feiten.

6.3. Noch in de Uitvoeringswet folteringverdrag noch elders is terugwerkende kracht toegekend aan de uitbreiding die in art. 5 Uitvoeringswet folteringverdrag aan die rechtsmachtregels is gegeven voor wat betreft de in het Wetboek van Strafrecht strafbaar gestelde feiten die tevens voldoen aan de thans in de Uitvoeringswet folteringverdrag voorziene begripsomschrijving van foltering. Ook de wetsgeschiedenis behelst geen aanknopingspunten voor de toelaatbaarheid van het verlenen van terugwerkende kracht aan genoemd art. 5, terwijl uit de wetsgeschiedenis zoals weergegeven in de toelichting op het middel onder 59 veeleer een aanwijzing voor het tegendeel kan worden geput.

6.4. In het midden kan blijven of er een regel van ongeschreven volkenrecht bestaat op grond waarvan Nederland met terugwerkende kracht rechtsmacht heeft ten aanzien van de in 6.3 bedoelde feiten, omdat het de rechter overeenkomstig hetgeen hiervoor onder 4.4 t/m 4.6 reeds werd overwogen niet vrijstaat de nationale rechtsmachtvoorschriften buiten toepassing te laten wegens strijd met ongeschreven volkenrecht.

7. Beoordeling van het vierde middel

7.1. Het middel stelt de vraag aan de orde of met betrekking tot de onderhavige feiten, voorzover opleverende mishandeling in de zin van art. 300 e.v. Sr, het recht tot strafvordering is verjaard.

7.2.1. Blijkens het bepaalde in Titel XX van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht loopt de gevangenisstraf die is gesteld op de daarin omschreven misdrijven, op van 2 jaar in geval van mishandeling (art. 300, eerste lid, Sr) tot 15 jaar in geval van zware mishandeling, gepleegd met voorbedachten rade, terwijl het feit de dood ten gevolge heeft (art. 303, tweede lid, Sr).

7.2.2. In december 1982 luidde art. 70 Sr, voorzover te dezen van belang, als volgt:
"Het recht tot strafvordering vervalt door verjaring:

1°. (...);

2°. in zes jaren voor misdrijven waarop (...) gevangenisstraf van niet meer dan drie jaren is gesteld;

3°. in twaalf jaren voor de misdrijven waarop tijdelijke gevangenisstraf van meer dan drie jaren is gesteld;

4°. in achttien jaren voor de misdrijven waarop levenslange gevangenisstraf is gesteld".

7.2.3. Bij de Wet van 19 januari 1989, Stb. 1989, 7, in werking getreden op 1 maart 1989, is aan art. 70 Sr toegevoegd dat het recht tot strafvordering in 15 jaar verjaart voor de misdrijven waarop een gevangenisstraf van meer dan 10 jaar is gesteld. Ingevolge art. VI van die Wet heeft deze wijziging evenwel geen gevolgen voor feiten die zijn gepleegd vóór haar inwerkingtreding, zodat de verjaringstermijn te dezen ten hoogste 12 jaar bedraagt.

7.2.4. Ingevolge art. 71 Sr vangt deze termijn van verjaring aan op de dag na die waarop het feit is gepleegd.

7.2.5. Art. 72, eerste lid, Sr houdt in dat de verjaring wordt gestuit door een daad van vervolging, mits die daad aan de vervolgte bekend of betekend is.

7.3. Uit het voorgaande volgt dat het recht tot strafvordering ter zake van de op 8 of 9 december 1982 begane feiten, voorzover deze enigerlei vorm van mishandeling in de zin van genoemde Titel XX opleveren, uiterlijk op 9 december 1994 wegens verjaring is vervallen, tenzij de verjaring zou zijn gestuit door een daad van vervolging, waarvan te dezen overigens niet is gebleken.

7.4. Als gevolg van de inwerkingtreding van art. 1, derde lid, Uitvoeringswet folteringverdrag is sedert

20 januari 1989 levenslange gevangenisstraf gesteld op foltering die de dood ten gevolge heeft. Voor dat feit geldt sindsdien dus een verjaringstermijn van 18 jaar.

7.5. Noch in de Uitvoeringswet folteringverdrag noch elders is steun te vinden voor de opvatting dat deze verjaringstermijn van 18 jaar ook toepasselijk is in het geval dat het feit is begaan vóór de inwerkingtreding van de Uitvoeringswet folteringverdrag en ten tijde van het begaan van dat feit - zo dat feit tevens zou vallen onder de begripsbepaling foltering als thans in die wet voorzien - een kortere verjaringstermijn gold die op het tijdstip van de inwerkingtreding van de Uitvoeringswet folteringverdrag nog niet was verstreken.

7.6. In het midden kan blijven of er een regel van ongeschreven volkenrecht bestaat op grond waarvan het recht tot strafvordering ten aanzien van foltering onverjaarbaar is en waaraan voorrang zou moeten worden gegeven boven de nationale verjaringsvoorschriften, omdat het de rechter overeenkomstig hetgeen hiervoor onder 4.4 t/m 4.6 reeds werd overwogen niet vrijstaat een wet in formele zin buiten toepassing te laten wegens strijd met ongeschreven volkenrecht.

8. Beoordeling van het vijfde middel

8.1. Het middel noopt tot beantwoording van de vraag of de vermoedelijke dader van een feit in de zin van de art. 1 en 2 Uitvoeringswet folteringverdrag dat in het buitenland is begaan, in Nederland kan worden vervolgd en berecht indien hij zich niet in Nederland bevindt. Blijkens de toelichting is de vraag toegespitst op het geval dat noch de vermoedelijke dader noch het slachtoffer de Nederlandse nationaliteit bezit.

8.2. Ingevolge art. 5 Uitvoeringswet folteringverdrag is de Nederlandse strafwet toepasselijk op ieder die zich buiten Nederland schuldig maakt aan een van de in de art. 1 en 2 van deze Wet omschreven misdrijven. Op zichzelf staat de tekst van deze bepaling dus niet in de weg aan de vervolging en berechting in Nederland van een niet-Nederlander die ervan wordt verdacht dat hij een dergelijk misdrijf buiten Nederland heeft begaan tegen een niet-Nederlander. Bij de uitleg van deze bepaling moet evenwel het volgende in aanmerking worden genomen.

8.3.1. Het intitulé van de Uitvoeringswet folteringverdrag houdt in “dat enige wettelijke voorzieningen moeten worden getroffen ter uitvoering van het (...) Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of ontterende behandeling of bestraffing”.

8.3.2. De Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Uitvoeringswet folteringverdrag, bevat de opmerking dat de indieners om de daar vermelde redenen “de verdragsverplichtingen te billijken achten” (Kamerstukken II 1986-1987, 20 042, nr. 3, blz.

5).

8.3.3. Voorts houdt de Memorie van Toelichting bij het voorstel van rijkswet tot goedkeuring van het Verdrag

tegen foltering en andere wrede, onmenselijke, of ontorende behandeling of bestraffing (Rijkswet van 29 september 1988, Stb. 477), onder meer het volgende in:

“Artikelen 4 tot en met 7

Deze artikelen betreffen de strafrechtelijke vervolging van foltering, poging tot foltering en medeplichtigheid of deelname aan foltering.

Het belangrijkste aspect van de hierin neergelegde regeling is het systeem van universele jurisdictie (...). Artikel 5, lid 2, verplicht elke verdragspartij strafrechtelijke rechtsmacht te vestigen ook voor gevallen waarin de delicten zijn begaan door vreemdelingen buiten het grondgebied van deze verdragspartij; artikel 7 verplicht de verdragspartij ook in die gevallen stappen tot vervolging te nemen indien de verdachte op haar grondgebied wordt aangetroffen en zij hem niet uitlevert.

De redactie van deze artikelen volgt het voorbeeld van overeenkomstige regelingen in het verdrag tot bestrijding van vliegtuigkaping ('s-Gravenhage, 16 december 1970), het verdrag tot bestrijding van luchtvaartsabotage (Montreal, 23 september 1971) (...). Tijdens de besprekingen in de werkgroep is van verschillende zijden opgemerkt, dat deze redactie niet bevredigend is omdat zij een aantal onvolkomenheden vertoont. Enkele suggesties zijn gedaan om tot een betere opzet van de betreffende bepalingen te komen. Daartegen werd aangevoerd dat dezelfde onvolkomenheden nu eenmaal voorkomen in de verdragen die tot voorbeeld hebben gediend en dat het ontwerpen van een beter systeem veel moeite zou kosten en de totstandkoming van het Verdrag tegen foltering ernstig zou vertragen. Verschillende delegaties verzetten zich bovendien principieel tegen afwijking van het systeem van de verdragen van 's-Gravenhage, Montreal en New York, omdat zulk een afwijking niet overzienbare consequenties zou kunnen hebben voor de interpretatie van die verdragen. De werkgroep heeft derhalve besloten dit systeem in de hier bedoelde artikelen te handhaven”.

(Kamerstukken II 1985-1986, 19 617 (R1312), nr. 3, blz. 21)

8.3.4. Bij de Wet tot uitvoering van de in de hiervoren weergegeven Memorie van Toelichting genoemde Verdragen van 's-Gravenhage en Montreal (Wet van 10 mei 1973,

Stb. 228) is in art. 4 onder 7° Sr opgenomen dat de Nederlandse strafwet onder meer toepasselijk is op ieder die zich buiten Nederland schuldig maakt aan de daar vermelde misdrijven “wanneer de verdachte zich in Nederland bevindt”. Deze rechtsmachtvoorziening is in de Memorie van Antwoord bij het wetsvoorstel dat tot die Wet heeft geleid, onder meer als volgt toegelicht:

“De ondergetekenden kunnen de opvatting niet delen volgens welke het in het wetsontwerp tot uitvoering van beide verdragen gevolgde systeem nodeloos ingewikkeld is, althans wanneer men uitgaat van de tekst van de verdragen zelf. Het gekozen systeem (...) is een uitvloeisel van het reeds bij de totstandkoming van de Wet van 31 maart 1971, Stb. 167 uitvoerig besproken uitgangspunt dat zg. universele jurisdictie een volkenrechtelijke basis dient te hebben. Dit uitgangspunt berust niet alleen op dogmatische argumenten, maar vooral ook op gronden van doelmatigheid. Het zou in het algemeen schadelijk zijn voor de internationale rechtsorde wanneer landen strafbare feiten gingen vervolgen waarvoor zij geen jurisdictie hebben op grond van het territorialiteits-, personaliteits- of beschermingsbeginsel. Zou dit gebeuren, dan zou immers de vervolging in landen die zo'n aanrakingspunt wel hebben kunnen worden doorkruist. Slechts in een betrekkelijk klein aantal gevallen heeft het

volkenrecht de mogelijkheid van vervolging en veroordeling waar ook ter wereld van groter belang geacht. De verdragen van 's-Gravenhage en Montreal vormen hier met zekere beperkingen, voorbeelden van. Het is dan echter niet meer dan konsekwent, en overigens ook in overeenstemming met de bedoeling van de verdragen, wanneer de staten zich bij de uitbreiding van hun normale jurisdictie houden aan de door de verdragen getrokken grenzen. (...) Men zou weliswaar kunnen stellen dat de rechter zich, gezien artikel 8 Wetboek van Strafrecht, toch aan deze grenzen zou moeten houden, maar de wetgever dient het de rechter niet moeilijker te maken dan nodig is. Het is wel mogelijk voorbeelden te

construeren van niet door de universaliteitsbepalingen gedekte gevallen van luchtpiraterij, waarin dus de Nederlandse rechter, indien het geval zich buiten de Nederlandse rechtssfeer heeft voltrokken, niet zal kunnen optreden. Dat is echter geen gevolg van het gekozen systeem van uitvoering, maar van de verdragen zelf. De ondergetekenden achten het in het wetsontwerp gekozen systeem van uitvoering het juiste, ook na nadere overweging, zodat zij niet bereid zijn een ander systeem voor te stellen”.

(Kamerstukken II 1972, 11 865 (R 859) 11 866, nr. 9, blz. 3)

8.3.5. Daarbij komt nog dat blijkens de hiervoor onder 8.3.2 genoemde Memorie van Toelichting (blz. 3) de Uitvoeringswet genocideverdrag (Wet van 2 juli 1964, Stb. 243) "in belangrijke mate model (heeft) gestaan" bij het opstellen van de Uitvoeringswet folteringverdrag. In de Uitvoeringswet genocideverdrag zijn gedragingen strafbaar gesteld die de wetgever blijkens de daarop gestelde straffen ernstiger heeft geacht dan foltering in de zin van art. 1, eerste en tweede lid, Uitvoeringswet folteringverdrag. Art. 5 Uitvoeringswet genocideverdrag bevat echter een rechtsmachtregeling die aanzienlijk beperkter is dan die van art. 5 Uitvoeringswet folteringverdrag.

8.4. Op grond van hetgeen hiervoor onder 8.3 is vermeld - in onderlinge samenhang beschouwd - moet worden aangenomen dat de wetgever bij de invoering van de rechtsmachtregel van art. 5 Uitvoeringswet folteringverdrag niet verder heeft willen gaan dan waartoe Nederland gehouden is op grond van art. 5, eerste en tweede lid, van het Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of ontterende bestraffing.

8.5. Daaruit volgt dat de vervolging en berechting in Nederland van de vermoedelijke dader van een feit in de zin van de art. 1 en 2 Uitvoeringswet folteringverdrag dat in het buitenland is begaan, alleen mogelijk zijn indien daartoe een in dat Verdrag genoemd aanknopingspunt voor de vestiging van rechtsmacht aanwezig is, bijvoorbeeld omdat de vermoedelijke dader dan wel het slachtoffer Nederlander is of daarmee gelijkgesteld moet worden, of omdat de vermoedelijke dader zich ten tijde van zijn aanhouding in Nederland bevindt.

9. Slotsom

Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat de bestreden beschikking niet in stand kan blijven en als volgt moet worden beslist.

10. Beslissing

De Hoge Raad vernietigt in het belang der wet de bestreden beschikking.

Dit arrest is gewezen door de vice-president

W.J.M. Davids als voorzitter, en de raadsheren
F.H. Koster, A.M.J. van Buchem-Spapens, A.J.A. van Dorst en B.C. de Savornin Lohman, in
bijzijn van de griffier S.P. Bakker, en uitgesproken op 18 september 2001.

Conclusie

Nr. CW 2323

mr Th.B. ten Kate

inzake

D.D. Bouterse

Edelhoogachtbaar College,

Voordracht en vordering tot cassatie in het belang der wet:

In het belang der wet heb ik de eer mij in cassatie te voorzien tegen de Beschikking van het Gerechtshof te Amsterdam, van 20 november 2000, gewezen op het schriftelijk beklag van [betrokkene A] en [betrokkene B], Zaaknummers R 97/163/12 Sv en R 97/176/12 Sv, op grond van art. 12 Sv, ter zake van het feit dat de Officier van Justitie in het Arrondissement Amsterdam Desiré Delano Bouterse niet heeft willen dagvaarden ter zake van zijn betrokkenheid bij het misdrijf van moord, op 8 of 9 december 1982 begaan te Paramaribo (Suriname) tegen een broer respectievelijk een neef van de klagers.

Een afschrift van de beschikking leg ik hierbij over, alsmede het procesdossier.

Beschikkingen als de onderhavige zijn niet onderworpen aan gewoon cassatieberoep; er staat ook niet anderszins een gewoon rechtsmiddel open.

Op 14 februari 2001 heeft de voorzitter van het College van Procureurs-Generaal mij verzocht een vordering te doen tot cassatie in het belang der wet. Gelet op de bijzondere, principiële en praktische, aspecten en complicaties van deze zaak, heb ik positief op dat verzoek gereageerd. Alvorens tot het instellen van de vordering over te gaan heb ik de raadslieden van de klagers

en van Bouterse in de gelegenheid gesteld om zich over dat verzoek uit te laten. Hun schriftelijke reacties leg ik hierbij eveneens over.

Op grond van schending van het recht heb ik de eer te vorderen dat Uw Raad de voornoemde beschikking in het belang der wet zal vernietigen, op de voet van art. 456, derde lid, Sv de rechtspunten zal beslissen in dier voege dat het Hof de vervolging niet had mogen gelasten, en zal verstaan - ik volg de terminologie van art. 98 van de Wet op de rechterlijke organisatie - dat de door Uw Raad te geven beslissing geen nadeel zal toebrengen aan de rechten door betrokkenen verkregen.

De vordering berust op de middelen van cassatie en de daarbij gegeven toelichting, ontwikkeld door de waarnemend advocaat-generaal mr. N. Keijzer, die te dien einde aan deze vordering zijn gehecht en daarvan deel uitmaken.

de Procureur-Generaal

bij de Hoge Raad der Nederlanden

CASSATIEMIDDELEN EN TOELICHTING

De Beschikking

1. Bij zijn beschikking van 20 november 2000 (hierna ook: de Beschikking) heeft het Gerechtshof te Amsterdam, op de voet van art. 12i Sv, de Officier van Justitie in het Arrondissement Amsterdam bevolen, Desiré Delano Bouterse (van wie het Hof als vrijwel zeker heeft aangenomen dat hij noch op 8 en 9 december 1982 noch nadien de Nederlandse nationaliteit heeft gehad⁽¹⁾) te vervolgen wegens de feiten waarop de beklagen betrekking hadden, en heeft het Hof de Officier van Justitie gelast bij de Rechter-Commissaris in de Arrondissementsrechtbank te Amsterdam de instelling van een gerechtelijk vooronderzoek met betrekking tot die feiten te vorderen.⁽²⁾

2. De feiten waarop de beklagen betrekking hadden zijn door het Hof als volgt samengevat:⁽³⁾

"Volgens klagers heeft Bouterse het bevel gegeven aan een onder zijn verantwoordelijkheid

opererende groep militairen tot het executeren van vijftien personen, onder wie [...] op 8 of 9 december 1982 in Fort Zeelandia te Paramaribo (Suriname), waardoor Bouterse zich schuldig zou hebben gemaakt aan moord."

Motivering van de Beschikking

3. Voorzover van belang voor de onderhavige vordering tot cassatie heeft het Hof aan zijn beschikking de volgende motivering ten grondslag gelegd:

"5 De strafbaarheid van de onderhavige feiten naar volkenrecht en de toepasbaarheid van het universaliteitsbeginsel

5.1 Het hof verenigt zich met de opmerkingen en conclusies van de deskundige,(4) hierop neerkomende dat de onderhavige feiten kunnen worden beschouwd als misdrijven tegen de menselijkheid/ folteringen naar internationaal gewoonterecht, omdat zij zijn begaan op een systematische manier volgens een tevoren beraamd plan door de militaire autoriteiten, aan wie Bouterse leiding gaf, en gericht waren tegen een groep burgers, met het doel bekentenissen te verkrijgen of om leden van de burgerbevolking te intimideren of te dwingen.

5.2 Het Hof schaart zich eveneens achter het oordeel van de deskundige:

- * dat foltering als misdrijf tegen de menselijkheid reeds in 1982 een misdrijf was volgens internationaal gewoonterecht en dat de dader daarvan persoonlijk strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld;

- * dat het in 1982 waarschijnlijk niet (meer) zo was dat een misdrijf tegen de menselijkheid alleen in tijd van oorlog of tijdens een gewapend conflict kon worden begaan, maar ook in tijd van vrede;

- * dat misdrijven tegen de menselijkheid niet verjaren;(5)

- * dat een staat volgens het internationaal gewoonterecht naar de stand van 1982 bevoegd was extraterritoriale (universele) rechtsmacht uit te oefenen ten opzichte van een niet-onderdaan die verdacht werd van een misdrijf tegen de menselijkheid.

5.3 Voorts begrijpt het hof uit het rapport van de deskundige dat het voor de uitoefening van

rechtsmacht niet nodig is dat het slachtoffer onderdaan is of de slachtoffers onderdanen zijn van de vervolgende staat maar dat dit - zoals in het onderhavige geval waarin de klagers verwanten zijn van slachtoffers - de juridische grondslag van een vervolging wel versterkt.

5.4 In het rapport van de deskundige heeft het hof onvoldoende aanknopingspunten kunnen vinden voor de opvatting dat vervolging van Bouterse hier te lande naar maatstaven van internationaal gewoonterecht niet mogelijk en toelaatbaar zou zijn, zo lang hij zich niet in Nederland bevindt.

6 Folteringen

6.1 Wat betreft folteringen verwijst het hof naar zijn overwegingen in zijn beschikking van 3 maart 2000, onder 5.2, en volhardt daarbij.(6) In de lijn hiervan en van hetgeen in de onderhavige beschikking eveneens onder 5.2 is overwogen, ligt besloten dat vervolging van Bouterse wegens foltering rechtens mogelijk is en zal worden bevolen.

6.2 Het hof heeft echter in het slot van vermelde overwegingen de vraag opgeworpen of de Uitvoeringswet Folteringverdrag kan worden toegepast op feiten die zijn gepleegd op 8/9 december 1982. Dit zijn immers data die liggen vóór de inwerkingtreding van de wet op 20 januari 1989. Het hof had daarbij het oog op de bedenking, dat alsdan aan de wet terugwerkende kracht zou worden verleend en derhalve mogelijk schending zou plaatsvinden van het legaliteitsbeginsel. Dat beginsel houdt in, dat geen misdaad en geen straf kunnen bestaan dan op grond van een wet die aan de misdaad voorafgaat.

6.3 De deskundige heeft in paragraaf 8.4.3 en volgende van zijn rapport daaromtrent aangegeven dat het VN-Folteringverdrag een declaratoir karakter draagt. Met andere woorden: het verdrag bevestigt slechts wat reeds besloten lag in het internationaal gewoonterecht ten aanzien van het verbod, de bestraffing en de omschrijving van foltering als misdrijf tegen de menselijkheid.

Hieruit volgt naar het oordeel van de deskundige dat de Uitvoeringswet Folteringverdrag met terugwerkende kracht kan worden toegepast op gedrag dat naar Nederlands recht onwettig was vóór 1989, doch niet onder de naam foltering strafbaar was gesteld, zoals mishandeling en moord. De deskundige heeft in dit verband een onderscheid gemaakt tussen een "retroactieve" en een "retrospectieve" wetgeving. Een retroactieve wet maakt een feit strafbaar dat niet strafbaar was toen het werd begaan. Een retrospectieve wet daarentegen is er niet op gericht nieuwe strafbare feiten in het leven te roepen.

6.4 Het hof sluit zich aan bij deze overwegingen van de deskundige en diens conclusie, hierop neerkomende dat, indien de Nederlandse rechter de Uitvoeringswet Folteringverdrag op een retrospectieve wijze zou toepassen bij de vervolging en berechting van Bouterse op basis van universele rechtsmacht - hetgeen naar het oordeel van het hof niet alleen mogelijk is, maar ook aangewezen voorkomt - artikel 15 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten niet wordt geschonden. Dit artikel bepaalt, voor zover hier van belang, dat het legaliteitsbeginsel niet in de weg staat aan het vonnis en de straf van iemand die schuldig is aan een handelen of nalaten, hetwelk ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde, van strafrechtelijke aard was overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen die door de volkerengemeenschap worden erkend.

Op grond van dezelfde overwegingen oordeelt het hof dat voormelde retrospectieve toepassing geen strijd oplevert met artikel 16 van de Grondwet, inhoudende dat geen feit strafbaar is dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.

6.5 Gezien al het voorgaande kan derhalve niet worden geoordeeld dat vervolging, berechting en mogelijk bestraffing van Bouterse inbreuk zouden maken op het legaliteitsbeginsel en/of dat Bouterse er geen rekening mee zou hebben kunnen houden dat hij elders dan in Suriname, in het bijzonder in Nederland, te eniger tijd zou worden vervolgd. Hetgeen de raadsman van Bouterse dienaangaande heeft betoogd kan hieraan niet afdoen.

7 Het begrip foltering in de Uitvoeringswet Folteringverdrag

7.1 In de beschikking van 3 maart 2000 heeft het hof vragen opgeworpen met betrekking tot de toepasselijkheid van de Uitvoeringswet Folteringverdrag, voor zover de feiten betrekking hebben op het ter dood brengen van de slachtoffers. Het hof verwijst naar de overwegingen 5.2.5 tot en met 5.2.7 van die beschikking.(7)

7.2 Bij nadere beschouwing vindt het hof onvoldoende zwaarwegende aanwijzingen om uit te sluiten dat ook het "zelfstandig" doden, dat wil zeggen los van een daaraan voorafgaande foltering, onder de werking van de wet valt.

7.3 In dit verband is van belang dat artikel 1, tweede lid, van de Uitvoeringswet Folteringverdrag met mishandeling gelijkstelt het opzettelijk teweegbrengen van een toestand van hevige angst of een andere vorm van geestelijke ontredde, hetgeen in het algemeen het geval zal zijn als men de slachtoffers confronteert met een naderende executie. Zoals reeds eerder aangegeven, valt niet wel in te zien dat dit teweegbrengen wèl als een foltering dient te worden beschouwd, doch de executie - de ultieme mishandeling - niet. Eén van de gronden waarop volgens de Memorie van Toelichting op de Uitvoeringswet Folteringverdrag (Tweede Kamer, vergaderjaar 1986-1987, 20042, nr. 3, p.5) de toepasselijkheid van het

universaliteitsbeginsel berust, is 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 of met, voegt het hof hieraan toe, verwanten of andere bekenden van dezen. Deze overweging is moeilijk verenigbaar met een beperkte uitleg van de wet, die erop zou neerkomen dat juist de daders van de ernstigste misdrijven tegen de menselijkheid van vervolging en eventuele bestraffing gevrijwaard zouden blijven.

7.4 Dit gezichtspunt brengt mee dat alle hier mogelijk te verwijten feiten - mishandeling, al dan niet de dood ten gevolge hebbende én het doden als op zichzelf staande delict - met toepassing van de Uitvoeringswet Folterverdrag hier te lande kunnen worden vervolgd.

7.5 Het hof is van oordeel dat dit niet in strijd is met het uitgangspunt dat strafbepalingen in het algemeen restrictief dienen te worden uitgelegd (Tweede Kamer, vergaderjaar 1986-1987, 20 042, B, p.6, r.k.), omdat alleen dan zou kunnen worden voorkomen dat een strafrechtelijke vervolging volgt op basis van een rechtsnorm waarvan de betrokkene niet bij voorbaat - en in het bijzonder tijdens het begaan van de feiten - redelijkerwijs had kunnen of behoeven te weten, dat zijn gedrag daarmee in strijd is. Het hof verwijst hiervoor naar hetgeen in het rapport van de deskundige in (het slot van) 8.4.4. omtrent het begrip "foltering" is overwogen(8) - in welk verband uitdrukkelijk "murder" (moord) wordt genoemd - en waarmee het hof zich verenigt.

7.6 Het hof onderkent dat op het onderhavige punt verschil van inzicht mogelijk is en dat niet is uit te sluiten dat de strafrechter voor een meer beperkte uitleg zal kiezen. Aangezien de meer uitgebreide uitleg op de door het hof vermelde gronden echter geenszins kan worden uitgesloten, zal de vervolgingsgrondslag te dezen niet worden beperkt. Het hof verwijst in dit verband nog naar hetgeen in rechtsoverweging 8.4 van deze beschikking over de vervolgingsgrondslag zal worden overwogen.(9)

7.7 Daarbij komt dat het hof wenst te vermijden dat het te bevelen onderzoek naar de reeds lang geleden gepleegde feiten waar het in deze zaak om gaat bij voorbaat extra wordt gecompliceerd doordat een onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen gevallen waarin een foltering de dood ten gevolge heeft gehad en gevallen waarin de dood, ofschoon mogelijk voorafgegaan door een foltering, niet als een gevolg van de foltering kan worden gezien."

Inleiding

4. In de tweede helft van de twintigste eeuw is een aantal internationale verdragen tot stand gekomen waarbij partijen met betrekking tot bepaalde delicten de verplichting hebben aanvaard tot strafbaarstelling en tot het vestigen van universele strafrechtsmacht, dat wil zeggen strafrechtsmacht met betrekking tot feiten die door vreemdelingen in den vreemde zijn begaan.(10) Enerzijds worden die delicten daarbij beschouwd als te zijn gericht niet slechts tegen de rechtsorde van de staat waar ze werden gepleegd maar tegen de rechtsorde die alle, althans alle aangesloten staten met elkaar delen, en wordt ernaar gestreefd dat verdachten zich niet aan de mogelijkheid van strafrechtelijke vervolging ter zake van die feiten kunnen onttrekken, anderzijds brengt dit mee dat aangesloten staten hebben te aanvaarden, en niet als een ongepaste inmenging in hun binnenlandse aangelegenheden kunnen beschouwen, dat vreemde staten zodanige strafvervolgingen instellen zonder door de plaats waar het delict is begaan of door de nationaliteit van de verdachte of van de slachtoffers in het bijzonder bij dat delict te zijn betrokken.

5. Toepassing van aldus gevestigde universele strafrechtsmacht is tot dusverre zeldzaam gebleven. Een geruchtmakend geval was de strafvervolging door Spanje van de Chileense oud-dictator Pinochet, in het kader waarvan diens uitlevering werd gevraagd aan het Verenigd Koninkrijk. Een ander voorbeeld vormt de strafvervolging door België van de toenmalige minister van buitenlandse zaken van de Democratische Republiek Congo, waarover door Congo een klacht is ingediend bij het Internationale Gerechtshof van de Verenigde Naties.(11) Voor Nederland is de bij de Beschikking van het Gerechtshof te Amsterdam bevolen strafvervolging vrijwel(12) het eerste geval. Het daarmee door het Hof betreden terrein is nog nauwelijks in kaart gebracht. Een aantal vraagpunten op dat terrein behoeft spoedige opheldering. Daartoe strekken de navolgende middelen van cassatie. Naar ik meen is beslissing op elk daarvan gewenst, ook indien deze uit cassatietechnisch oogpunt achterwege zou kunnen blijven.

6. Wellicht het belangrijkste van die vraagpunten is of een strafvervolging voor de Nederlandse rechter ter zake van foltering, een delict als evenbedoeld, uitsluitend wordt beheerst door volkenrechtelijke normen dan wel mede door normen van Nederlands nationaal recht. Anders gezegd: Treedt de Nederlandse rechter daarbij op als internationale of als nationale rechter? Bij het opstellen van de middelen is van dat laatste standpunt uitgegaan.

7. Er is nog een ander perspectief waarin de Beschikking kan worden gezien. Door enkele auteurs is gesteld dat zich met betrekking tot het strafrecht tegenwoordig een ontwikkeling voordoet waarbij de eisen van rechtszekerheid soms enigermate worden gerelativeerd.(13) De Beschikking zou wellicht als een exponent van die ontwikkeling kunnen worden opgevat.

Niet uit het oog mag echter worden verloren dat, in het strafrecht, rechtszekerheid een eis van rechtvaardigheid is. Indien er inderdaad van relativering sprake is, brengt die dan mee dat bij zeer ernstige delicten als waarvan in de onderhavige zaak sprake is aan de eisen van rechtszekerheid minder zwaar hoeft te worden getild? Bij het opstellen van de middelen is daarvan niet uitgegaan.

Middel I.

8. Schending van het recht, in het bijzonder schending en/of verkeerde toepassing van de artikelen 16 en 94 Grondwet, artikel 1 Sr en de artikelen 1 en 2 Uitvoeringswet folteringverdrag, doordat het Hof in de Beschikking onder 6 heeft geoordeeld dat de beide laatstgenoemde bepalingen, hoewel de Uitvoeringswet folteringverdrag eerst op 20 januari 1989 in werking is getreden, kunnen worden toegepast op feiten die zijn begaan in december 1982.

Toelichting

9. Art. 7 EVRM luidt:

1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.

2. This Article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations.

10. Art. 15 IVBPR is hieraan vrijwel gelijklopend, zij het dat het eerste lid een derde volzin kent, luidende:

If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of a lighter penalty, the offender shall benefit thereby.

11. Art. 16 Grondwet luidt:

Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.

12. Ook art. 1, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht luidt: Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane strafbepaling. Ingevolge art. 91 Sr is art. 1 Sr ook van toepassing op feiten waarop bij andere wetten of verordeningen straf is gesteld, tenzij de wet anders bepaalt.

13. Art. 1 Uitvoeringswet folteringverdrag(14) luidt:

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 gelijkwaardigheid, wordt, zo deze gedragingen van dien aard zijn, dat zij het beoogde doel kunnen bevorderen, als foltering gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste 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 ontreddeiding.

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.

14. Ingevolge art. 10 Uitvoeringswet folteringverdrag is deze Wet in werking getreden met ingang van de dag waarop voor Nederland het VN-verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of ontrendende behandeling of bestraffing in werking trad, te weten 20 januari 1989.(15)

15. Ten tijde van de feiten waarop de Beschikking betrekking heeft, op of omstreeks 8 december 1982, waren folteringshandelingen bestaande in het opzettelijk toebrengen van pijn of letsel weliswaar strafbaar gesteld als mishandeling (art. 300 e.v. Sr), maar nog niet op de wijze als omschreven in art. 1 en 2 Uitvoeringswet folteringverdrag.

Inleiding

16. Bij deze toelichting dient voorop te worden gesteld dat het in de artikelen 7 EVRM, 15 IVBPR, 16 Grondwet en 1 Sr neergelegde legaliteitsbeginsel twee functies heeft.(16) Een

daarvan is dat wordt bereikt dat niemand kan worden gestraft voor een gedraging waarvan hij niet kon weten dat zij strafbaar is. Zeker met betrekking tot feiten als de onderhavige, waarvan een ieder het strafwaardige karakter met de klomp kan aanvoelen, is deze functie echter niet de belangrijkste. Daarnaast strekt het beginsel ertoe dat de bevoegdheden van de rechter en van de overige justitiële organen bij wet⁽¹⁷⁾ duidelijk worden afgebakend, zodat voor willekeur geen plaats is.⁽¹⁸⁾ In de woorden van het EVRM:⁽¹⁹⁾

"[Article 7] should be construed and applied, as follows from its object and purpose, in such a way as to provide effective safeguards against arbitrary prosecution, conviction and punishment."

17. Het legaliteitsbeginsel beschermt dan ook niet alleen de verdachte maar alle burgers. Het draagt bij tot rechtszekerheid, ook ten behoeve van eventuele slachtoffers en nabestaanden. Het beschermt ook de justitiële organen. Ik citeer Van Dorst:⁽²⁰⁾

"Ook de ambtenaren zelf worden erdoor beschermd, in de eerste plaats omdat ze hun tijd en energie kunnen steken in zaken die normaliter tot een veroordeling aanleiding kunnen geven, en in de tweede plaats omdat een niet-strafbaarverklaring door de rechter in een dergelijke situatie het karakter van een desavouering krijgt, welke op haar beurt aanleiding kan geven tot het leveren van kritiek op de betreffende ambtenaar of dienst waartoe hij behoort."

Art. 7 EVRM en art. 15 IVBPR

18. Alhoewel ik niet van mening ben dat de Beschikking strijd oplevert met de artikelen 7 EVRM en 15 IVBPR wijd ik aan die verdragsartikelen toch een bespreking, omdat deze met de artikelen 16 Grondwet en 1 Sr, die het Hof naar ik meen wel heeft geschonden, in nauw verband staan.

De vraag dient te worden beantwoord of art. 7 EVRM en art. 15 IVBPR toelaten dat, gelijk het Hof heeft gedaan, de artikelen 1 en 2 Uitvoeringswet folteringverdrag worden toegepast op feiten die zijn begaan in december 1982, hoewel de Uitvoeringswet folteringverdrag eerst in werking is getreden op 20 januari 1989.

Het eerste lid

19. Het Hof heeft, in § 6.4 van de Beschikking, zich daartoe beroepen op het tweede lid van

art. 15 IVBPR. Voor de goede orde bespreek ik echter eerst de vraag of het éérste lid van art. 7 EVRM en van art. 15 IVBPR in casu terugwerkende toepassing van de artikelen 1 en 2 Uitvoeringswet folteringverdrag toelaat.

Hierbij dient onderscheid te worden gemaakt tussen gevallen van foltering als omschreven in het eerste lid van art. 1 Uitvoeringswet folteringverdrag - deze levert immers tevens mishandeling op zoals strafbaar gesteld bij art. 300 e.v. Sr(21) - en foltering als bedoeld in het tweede lid van dat artikel (het opzettelijk teweegbrengen van een toestand van hevige angst of een andere vorm van ernstige geestelijke ontreddeering), welke niet tevens onder art. 300 e.v. Sr valt.

20. Was, ten tijde waarop de onderhavige feiten werden begaan, folteren zoals inmiddels omschreven in art. 1, eerste lid, Uitvoeringswet folteringverdrag een handeling die opleverde a criminal offence under national law, als bedoeld in het eerste lid van art. 7 EVRM en van art. 15 IVBPR, omdat het toen reeds mishandeling opleverde zoals in art. 300 e.v. Sr strafbaar gesteld?

21. Een bevestigend antwoord op deze vraag is niet in strijd met de tekst van het eerste lid van art. 7, eerste lid, EVRM en van art. 15 IVBPR, en lijkt mij goed verdedigbaar. In aanmerking genomen dat de feiten toen ze werden begaan reeds als mishandeling strafbaar waren, verzet het eerste lid zich er niet tegen, die feiten thans als foltering te kwalificeren. Daaraan doet niet af dat de tweede volzin van dat eerste lid telkens meebrengt dat geen zwaardere straf mag worden opgelegd dan ten tijde van de feiten op grond van art. 300 e.v. Sr mogelijk was. (Vgl. de zaak Welch,(22) waarbij het EHRM met betrekking tot een wet die bij narcoticadelicten ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel mogelijk maakte heeft geoordeeld dat toepassing van die wet op delicten gepleegd vóór de inwerkingtreding van die wet - het EHRM noemt dat retrospective application - schending opleverde van art. 7 EVRM.)

22. Met betrekking tot het opzettelijk teweegbrengen van een toestand van hevige angst of een andere vorm van ernstige geestelijke ontreddeering (art. 1, tweede lid, Uitvoeringswet folteringverdrag) gaat deze redenering niet op, omdat dit geen mishandeling als bedoeld in art. 300 Sr oplevert. Dienaangaande dringt zich derhalve de vraag op of in december 1982 zodanig gedrag did constitute a criminal offence under international law, als bedoeld in het eerste lid van art. 7 EVRM en van art. 15 IVBPR.

23. Omtrent de interpretatie van die term in art. 7 EVRM zijn de commentaren niet geheel eenstemmig. Harris, O'Boyle & Warbrick schrijven hierover:(23)

"It is likely that this refers (...) to crimes in respect of which public international law permits individuals to be prosecuted by states under their national law on the basis solely of their

custody of the alleged offender (universality jurisdiction). Such offences include, in customary international law, war crimes and piracy. They also include, for the states parties to the relevant treaties, drug trafficking, hijacking, the sabotage of aircraft, apartheid, attacks upon diplomats, the taking of hostages and torture."

Volgens Van Dijk & Van Hoof c.s.(24) gaat het slechts om a directly applicable international legal provision with internal effect.

24. In aanmerking genomen dat het VN-Folteringverdrag (1984) in werking is getreden in 1989 zie ik bij geen van deze opvattingen grond om aan te nemen dat opzettelijk teweegbrengen van een toestand van hevige angst of een andere vorm van ernstige geestelijke ontredde in december 1982 een criminal offence under international law opleverde als bedoeld in het eerste lid van art. 7 EVRM en van art. 15 IVBPR.

Het tweede lid

25. Het Hof heeft zijn Beschikking dan ook doen steunen op het tweede lid van art. 15 IVBPR. Het is, blijkens overweging 6.4 van de Beschikking, van oordeel dat terugwerkende toepassing van de artikelen 1 en 2 Uitvoeringswet folteringverdrag is toegestaan omdat foltering kan worden aangemerkt als reeds ten tijde van de in de vorderingen genoemde feiten criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations als bedoeld in art. 15, tweede lid, IVBPR.

Achtereenvolgens behandel ik (a) de vraag of foltering als zodanig inderdaad reeds in december 1982 volgens algemeen erkende rechtsbeginselen als criminal, strafwaardig,(25) gold, en (b) de vraag of, zo ja, het bedoelde tweede lid aldus moet worden uitgelegd dat de daarin neergelegde uitzondering mede van toepassing is op foltering. Omdat het tweede lid van art. 7 EVRM vrijwel gelijklopend is met dat van art. 15 IVBPR behandel ik die bepalingen samen.

Ad (a):

26. Bij de Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1975)(26) heeft de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties niet alleen uitgesproken dat foltering in strijd is met de menselijke waardigheid en met de rechten van de mens, maar ook dat volgens het recht van iedere staat foltering strafbaar dient te zijn, en dat gevallen van foltering strafrechtelijk dienen te worden vervolgd.

Op grond van deze Declaration kan worden aangenomen dat naar reeds ten tijde van de in de Beschikking bedoelde gedragingen, in december 1982, algemeen heersende opvatting foltering niet alleen verboden was maar ook als criminal kon worden aangemerkt, zij het dat aan die algemeen heersende opvatting toen nog geen consequenties waren verbonden bij verdrag.(27)

Tot datzelfde oordeel kwam het Britse House of Lords inzake de door Spanje gevraagde uitlevering van Pinochet.(28)

Vraag (a) kan derhalve bevestigend worden beantwoord. In dit licht kan het kennelijke oordeel van het Hof, dat ten tijde van de onderwerpelijke feiten, in december 1982, foltering als zodanig reeds algemeen criminal, strafwaardig, werd geacht, worden aanvaard.

Ad (b):

27. De artikelen 7 EVRM en 15 IVBPR roepen, voor wat betreft hun tweede lid, vragen op. Een letterlijke opvatting van dat tweede lid onttrekt aan het eerste lid immers goeddeels zijn betekenis en ligt reeds daarom niet voor de hand.(29) Omdat het een uitzondering op een grondrecht behelst is een restrictieve uitleg van dat lid aangewezen.(30)

28. Hoewel de bewoordingen van art. 7, tweede lid, EVRM en art. 15, tweede lid, IVBPR niet uitsluiten dat de daarin vervatte uitzondering ook strafbaarstelling met terugwerkende kracht van foltering toestaat - aldus oordeelt bijvoorbeeld Nowak(31) - is er veel dat ervoor pleit die uitzonderingsbepalingen in beperkter zin te lezen.

In aanmerking nemende dat de Handvesten en de rechtspraak van de Internationale Militaire Tribunalen van Neurenberg en van Tokio en de na-oorlogse rechtspraak die deze volgde sterk zijn bekritiseerd juist vanwege het strafbaar stellen en bestraffen van feiten die nog niet strafbaar waren gesteld toen ze werden begaan,(32) (33) meen ik dat dit tweede lid uitsluitend moet worden opgevat als een middel om de strijdigheid van die rechtspraak met de bepaling van het eerste lid te overbruggen, zonder dat in dat tweede lid een vrijbief voor strafbaarstelling met terugwerkende kracht van nog andere delicten mag worden gelezen.

Dit standpunt baseer ik op de verdragsgeschiedenis(34) op dit punt, voor beide verdragen uiteengezet door Partsch(35) en door Rolland(36) en voor het IVBPR door Bossuyt,(37) waaruit blijkt dat het tweede lid slechts is toegevoegd om de geldigheid van de vonnissen van Neurenberg niet kwetsbaar te maken.(38)

29. Tot diezelfde lezing kwam, reeds bijna veertig jaar geleden, de Europese Commissie voor de rechten van de mens:(39)

"(...) the "travaux préparatoires" on the Convention shows that the purpose of this text is to make it clear that Article 7 "does not affect laws which, under the very exceptional circumstances at the end of the second world war, were passed in order to suppress war crimes, treason and collaboration with the enemy (...)."'

30. Over art. 7, tweede lid, EVRM schrijven Van Dijk & Van Hoof c.s. dan ook:

"Although this provision is formulated in a general way, it has evidently been incorporated in particular to enable the application of the national and international legislation, enacted during and after World War II, in respect of war crimes, collaboration with the enemy and treason, to facts committed during the war." (40)

31. Steun voor deze beperkte opvatting van het tweede lid vind ik tevens in de omstandigheid dat noch art. 13 van de Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (1996)(41) noch art. 22 van het Statuut voor het Permanente Internationale Strafgerechtshof (1998)(42) een overeenkomstige verwijzing naar algemene rechtsbeginselen als in art. 7, tweede lid, EVRM en art. 15, tweede lid, IVBPR inhoudt.

32. Bovendien moet worden opgemerkt dat, zou men aan de uitzonderingsbepaling in art. 7, tweede lid, EVRM en art. 15, tweede lid, IVBPR een ruimere strekking toekennen, dit aanmerkelijke rechtsonzekerheid zou meebrengen. Welke beginselen kunnen gelden als algemeen erkende rechtsbeginselen als aldaar bedoeld staat niet vast en is onderhevig aan ontwikkeling.(43) De bevoegdheid van justitiële autoriteiten om tegen bepaald gedrag op te treden zou komen af te hangen van het antwoord op de vraag of dat gedrag inderdaad moet worden aangemerkt als criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations, waarbij die autoriteiten, voorafgaande aan rechterlijke verduidelijking, naar de grenzen van hun bevoegdheid zouden moeten gissen.

33. Ook voor het gezag van strafvonnissen zou een zodanige opvatting niet bevorderlijk zijn. Thans berust het gezag van een strafrechtelijke veroordeling immers in de eerste plaats op de wet, waarop die veroordeling steunt; daarvoor zou in de plaats treden een situatie waarbij - en wel in ernstige zaken waarbij veel op het spel staat - veroordelingen zouden kunnen berusten op door de strafrechter zelf te ontdekken, te kiezen en te omlijnen beginselen.

34. Recentelijk heeft het Joegoslaviëtribunaal zich beroepen op art. 15, tweede lid, IVBPR bij de verwerping van een verweer dat oorlogsmisdrijven, indien begaan in een niet-

internationaal gewapend conflict, niet als oorlogsmisdrijf strafbaar zijn.(44) Rechtspraak waarbij het bedoelde tweede lid in ruimere zin, ook foltering omvattende, wordt opgevat is mij niet ter kennis gekomen.

35. In de literatuur wordt soms een ruime uitleg van het bedoelde tweede lid voorgestaan, bijvoorbeeld door Van Dijk & Van Hoof c.s., die hierover schrijven:(45)

"It seems logical to link the general principles of law of Article 7(2) with fundamental principles in the field of human rights. One could think in this context, in particular, of the right to life and to the physical and psychological integrity of the person, the prohibition of slavery and torture, and the prohibition of racial discrimination."

36. Daartegenover moet worden gelet op de waarschuwing van Rolland:(46)

"en droit pénal la positivité des règles est plus importante encore [que] pour les autres branches du droit. Ceci conduit à ne recourir aux principes généraux de droit qu'avec une extrême prudence."

37. Het voorgaande overziende meen ik dat zwaarwegende argumenten pleiten voor het standpunt dat het tweede lid van art. 7 EVRM en van art. 15 IVBPR slechts betrekking heeft op feiten als terecht te Neurenberg en te Tokio, te weten oorlogsmisdrijven, crimes against humanity(47) (waaronder genocide) en misdrijven tegen de vrede, en niet tevens op foltering voorzover niet vallende onder die delicten.

38. Of de onderhavige feiten inderdaad crimes against humanity opleveren, zoals het Hof als uitgangspunt heeft genomen, valt niet zonder nader feitelijk onderzoek te beoordelen.(48) In cassatie moet daarvan als hypothese worden uitgegaan. Bij die hypothese is de Beschikking met de artikelen 7 EVRM en 15 IVBPR niet in strijd.

Art. 16 Grondwet en art. 1, eerste lid, Sr

39. De vraag of in art. 16 Grondwet en art. 1, eerste lid, Sr terugwerkende toepassing van de artikelen 1 en 2 Uitvoeringswet folteringsverdrag toelaten vergt afzonderlijke bespreking. Deze wetsbepalingen behoeven namelijk niet conform de genoemde verdragsartikelen te worden

opgevat. Art. 53 EVRM houdt immers in:

Nothing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a Party.

Een bepaling van dezelfde strekking is vervat in art. 5, tweede lid, IVBPR.

40. De artikelen 16 Grondwet en 1, eerste lid, Sr verschillen van het bepaalde in art. 7 EVRM en art. 15 IVBPR op onder meer de volgende drie punten. In zoverre geven zij een verdergaande bescherming dan die verdragsbepalingen.

In de eerste plaats zijn art. 16 Grondwet en art. 1, eerste lid, Sr (anders dan de genoemde verdragsartikelen) niet tevreden met een eventuele strafbaarstelling under international law, maar eisen zij strafbaarstelling bij voorafgegane wettelijke strafbepaling. Niet alleen deze bewoording maar ook de wetsgeschiedenis van art. 16 Grondwet(49) wijst erop dat hierbij slechts bedoeld wordt op nationale wettelijke strafbepalingen.

In de tweede plaats eisen art. 16 Grondwet en art. 1, eerste lid, Sr, anders dan art. 7, eerste lid, EVRM en art. 15, eerste lid, IVBPR, dat een feit strafbaar is uit kracht van een voorafgegane wettelijke strafbepaling. Toepassing van een niet voorafgegane strafbepaling wordt dus door strafbaarheid uit hoofde van een andere, wel voorafgegane, strafbepaling niet gerechtvaardigd.

In de derde plaats houden art. 16 Grondwet en art. 1 Sr geen uitzonderingsbepaling in zoals vervat in art. 7, tweede lid, EVRM en art. 15, tweede lid, IVBPR. Gezien het bestaan van de Wet Oorlogsstrafrecht en de Uitvoeringswet Genocideverdrag werd bij de grondwetsherziening van 1983 het opnemen van een zodanige bepaling in art. 16 Grondwet niet nodig geacht.(50) Het veilig stellen van de naoorlogse rechtspraak werd bereikt door opname van het Additionele artikel IX.(51) Daarin ligt een bevestiging dat art. 16 Grondwet geen verdere uitzonderingen toelaat. Aan art. 1, eerste lid, Sr komt dezelfde betekenis toe. Dat wordt geïllustreerd door de omstandigheid dat in het Buitengewoon Besluit Strafrecht, dat betrekking had op feiten vóór de inwerkingtreding ervan begaan, art. 1 Sr door de wetgever uitdrukkelijk buiten werking is gesteld.(52)

41. Met inachtneming van deze verschillen dient de vraag te worden beantwoord of het Hof terecht heeft aangenomen, in 6.4 van de Beschikking, dat art. 16 Grondwet en art. 1 Sr toelaten dat ten nadele van de verdachte een wettelijke strafbaarstelling met terugwerkende kracht wordt toegepast op feiten die ten tijde waarop ze werden begaan niet bij die strafbaarstelling strafbaar waren gesteld.

42. Het antwoord op die vraag moet ontkennend luiden. Daarop wijst de wetstekst, en ook de wetsgeschiedenis van art. 16 Grondwet. Al was foltering in 1982 als mishandeling strafbaar, zij was niet strafbaar uit kracht van de artikelen 1 en 2 van de Uitvoeringswet. Voor wat betreft art. 1 Sr vloeit dat ontkennende oordeel bovendien voort uit het tweede lid van dat artikel, hetwelk voor een geval als het onderhavige toepassing voorschrijft van de voor de verdachte gunstigste bepalingen.

De kennelijke opvatting van het Hof, dat art. 16 Grondwet en art. 1, eerste lid, Sr zich niet verzetten tegen terugwerkende toepassing van de artikelen 1 en 2 Uitvoeringswet folteringverdrag op feiten die ten tijde waarop ze werden begaan niet bij die Uitvoeringswet strafbaar waren gesteld is derhalve onjuist. Voorzover die feiten toen mishandeling opleverden zoals strafbaar gesteld bij art. 300 e.v. Sr geldt dat evenzeer. Op zodanige feiten heeft de strafbaarstelling van mishandeling betrekking, niet die van foltering.

Doorwerking van het volkenrecht

43. Tenslotte bespreek ik de vraag of het in art. 16 Grondwet en art. 1, eerste lid, Sr neerlegde verbod van terugwerkende toepassing wellicht moet wijken voor het internationale recht.

44. Vooropgesteld zij dat het volkenrecht staten bindt, maar dat de vraag hoe het volkenrecht doorwerkt binnen de nationale rechtsorde in beginsel een staatsrechtelijke is,⁽⁵³⁾ die door staten verschillend kan worden beantwoord.⁽⁵⁴⁾

Oppenheim's International Law zegt daarover:⁽⁵⁵⁾

"So far as concerns international obligations, however, international law requires that states fulfil their obligations and they will be held responsible if they do not. From the standpoint of international law states are generally free as to the manner in which, domestically, they put themselves in the position to meet their international obligations; the choice between the direct reception and application of international law, or its transformation into national law by way of a statute, is a matter of indifference, as is the choice between the various forms of legislation, common law, or administrative action as the means for giving effect to international obligations. These are matters for each state to determine for itself according to its own constitutional practices."

In dezelfde zin Van Dijk & Van Hoof c.s.:⁽⁵⁶⁾

"International law leaves the States full discretion to decide for themselves in what way they will fulfil their international obligations and implement the pertinent international rules within their national legal system; they are internationally responsible only for the ultimate result of this implementation."

Verdragsrecht

45. Conflicteren art. 16 Grondwet en in art. 1, eerste lid, Sr met het VN-Folteringverdrag?

Gesteld dat het VN-Folteringverdrag zou nopen tot terugwerkende wetstoepassing - de verdragstekst wijst daar echter niet op - dan zou het bepaalde in art. 16 Grondwet en in art. 1, eerste lid, Sr daaraan in de weg staan. De goedkeuring van het verdrag zou daarom een meerderheid hebben vereist van ten minste twee derden.⁽⁵⁷⁾ Bij de parlementaire behandeling van het Verdrag is eventuele ongrondwettigheid echter niet aan de orde geweest en de Goedkeuringswet is zonder stemming aangenomen. Het VN-Folteringverdrag houdt derhalve naar kennelijke toenmalige Nederlandse opvatting een zodanige verplichting niet in. Ik zie geen grond om daarover thans anders te oordelen.

Volkenrechtelijk gewoonterecht⁽⁵⁸⁾

46. Dienen art. 16 Grondwet en in art. 1, eerste lid, Sr in casu te wijken voor volkenrechtelijk gewoonterecht?

Een verplichting voor de rechter tot doorbreken van het legaliteitsbeginsel houdt de eerdergenoemde Declaration van 1975 evenmin in. Doch zelfs indien sprake zou zijn van volkenrechtelijk gewoonterecht dat terugwerkende toepassing zou toestaan van het VN-Folteringverdrag en van de Uitvoeringswet folteringverdrag, dan zou de wetgever daartoe eerst de in art. 16 Grondwet en in art. 1, eerste lid, Sr gelegen belemmering moeten wegnemen.⁽⁵⁹⁾ Art. 94 Grondwet geeft, naar gangbare opvatting,⁽⁶⁰⁾ de Nederlandse rechter namelijk niet de bevoegdheid om een wetsebepaling buiten toepassing te laten wegens strijd met ongeschreven volkenrecht.⁽⁶¹⁾ Dat artikel moet immers worden begrepen in het licht van zijn wetsgeschiedenis; in de desbetreffende Memorie van Toelichting heeft de regering zich, met aansluiting bij het tweede Nyugat-arrest van Uw Raad,⁽⁶²⁾ uitdrukkelijk uitgesproken tegen uitbreiding van het rechterlijk toetsingsrecht tot het terrein van het ongeschreven volkenrecht.⁽⁶³⁾

Derhalve moet ook deze vraag ontkennend worden beantwoord. Ook al zou naar volkenrechtelijk gewoonterecht reeds in december 1982 foltering als zodanig strafbaar zijn geweest, de rechter heeft, nu de wetgever daarop met betrekking tot zaken als de onderhavige geen uitzondering heeft gemaakt, het in art. 16 Grondwet en art. 1, eerste lid, Sr neergelegde voorschrift te respecteren.

De door het Hof onder 5.1 en 6.3 van de Beschikking als uitgangspunt gekozen omstandigheid dat de desbetreffende feiten crimes against humanity opleveren, volgens volkenrechtelijk gewoonterecht strafbaar, kan aan het voorgaande niet afdoen. Ook in dit verband geldt dat art. 94 Grondwet de Nederlandse rechter niet de bevoegdheid geeft om de artikelen 16 Grondwet en 1 Sr buiten toepassing te laten wegens strijd met ongeschreven volkenrecht.

47. Een volkenrechtelijke verplichting tot strafbaarstelling - zeker indien het, zoals ten aanzien van crimes against humanity, om een ongeschreven verplichting gaat - leent zich trouwens ook naar haar inhoud niet tot rechtstreekse toepassing door de Nederlandse rechter.⁽⁶⁴⁾ Eerst dienen immers delictsomschrijving, strafbedreiging en strafrechtsmacht te worden geregeld. Voor nakoming van zo'n verplichting is dan ook een wet nodig.⁽⁶⁵⁾ Nederlandse wetsbepalingen die crimes against humanity strafbaar stellen, bepalen welke straffen daarvoor kunnen worden opgelegd, en daartoe strafrechtsmacht vestigen, ontbreken⁽⁶⁶⁾ echter vooralsnog.⁽⁶⁷⁾

48. In een aantal common law landen heeft de berechting van schendingen van het oorlogsrecht en van crimes against humanity, begaan gedurende de tweede wereldoorlog, aanvankelijk niet plaatsgehad op grond van nationale wetten maar met rechtstreekse toepassing van het volkenrecht.⁽⁶⁸⁾ Inmiddels zijn met het oog op berechting van zodanige feiten ook daar wetten tot stand gekomen.⁽⁶⁹⁾

Een voorbeeld, in dit verband, van inachtneming van het legaliteitsbeginsel vormt een tamelijk recente uitspraak van het Federal Court of Australia. Art. 1, eerste lid, Criminal Code, luidt: The only offences against laws of the Commonwealth are those offences created by, or under authority of, this Code or any other Act. Op grond daarvan werd (in een zaak, aangespannen door aboriginals) bij gebreke van een wettelijke strafbaarstelling dienaangaande geoordeeld dat genocide in Australië (nog) niet strafbaar was.⁽⁷⁰⁾

Slotsom

49. De slotsom is - anders dan het Hof in de Beschikking onder 6.1 en 6.5 heeft geoordeeld - dat op grond van art. 16 Grondwet en art. 1, eerste lid, Sr de strafbaarstellingen vervat in de artikelen 1 en 2 Uitvoeringswet folteringverdrag niet op de in december 1982 begane feiten kunnen worden toegepast.

Middel II

50. Schending van het recht, in het bijzonder schending en/of verkeerde toepassing van art. 16 Grondwet en art. 1 Sr, de artikelen 287 en 289 Sr en de artikelen 1 en 2 Uitvoeringswet folteringverdrag, door te oordelen, onder 7.2 van de Beschikking, dat "zelfstandig doden", los van een daaraan voorafgaande foltering, onder de werking van de Uitvoeringswet folteringverdrag valt.

Toelichting

51. Dit oordeel van het Hof is onverenigbaar met art. 1 Uitvoeringswet folteringverdrag, in welke bepaling van levensberoving los van een daaraan voorafgaande foltering geen sprake is.⁽⁷¹⁾ Dat brengt mede dat dit oordeel tevens onverenigbaar is met de regel die is neergelegd in art. 16 Grondwet en art. 1, eerste lid, Sr.

52. De omstandigheid, waarop het Hof kennelijk doelt in het slot van zijn overweging 7.3, dat Nederland ten aanzien van doodslag en moord niet en ten aanzien van foltering wel universele strafrechtsmacht heeft gevestigd,⁽⁷²⁾ maakt dat niet anders.

53. Bij zijn in de Beschikking onder 7.5 ter ondersteuning van zijn oordeel gegeven overweging dat door de deskundige "in dit verband uitdrukkelijk "murder" (moord) wordt genoemd" heeft het Hof er mogelijk aan voorbijgezien dat aan de term murder behalve moord ook de betekenis toekomt van - ik volg hier Black's law dictionary - criminal homicide committed recklessly under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life. (Aan homicide maakt zich schuldig wie purposely, knowingly, recklessly or negligently causes the death of another human being.)

Middel III

54. Schending van het recht, in het bijzonder schending en/of verkeerde toepassing van art. 5 Uitvoeringswet folteringverdrag, art. 5 VN-Folteringverdrag, art. 28 Weens verdragenverdrag, art. 94 Grondwet en het in art. 16 Grondwet en art. 1, eerste lid, Sr neergelegde verbod van terugwerkende toepassing van strafbepalingen, doordat het Hof, in zijn Beschikking onder 7.4, heeft geoordeeld dat mishandeling al dan niet de dood ten gevolge hebbende, en doden als op zichzelf staand delict,⁽⁷³⁾ begaan in december 1982 buiten Nederlands grondgebied door een niet-Nederlander, hier te lande kunnen worden vervolgd.

Toelichting

55. In dit middel wordt de vraag aan de orde gesteld of, ten aanzien van vóór de inwerkingtreding van de Uitvoeringswet folteringverdrag begane feiten, aan art. 5 van die Wet of aan het volkenrechtelijk gewoonterecht strafrechtsmacht kan worden ontleend.

56. Noch met betrekking tot levensberoving zoals strafbaar gesteld bij art. 287, art. 289 en art. 307 van het Wetboek van Strafrecht, noch met betrekking tot mishandeling zoals strafbaar gesteld bij de artikelen 300 e.v. van dat Wetboek, voorziet dat Wetboek in strafrechtsmacht ten aanzien van buiten Nederland door een niet-Nederlander begane feiten.

De vraag die in de eerste plaats bespreking behoeft is of ter zake van zodanige levensberoving of mishandeling, in december 1982 begaan, in het geval dat zou worden vastgesteld dat deze tevens foltering oplevert zoals inmiddels omschreven in art. 1 van de op 20 januari 1989 in werking getreden Uitvoeringswet folteringverdrag, zodanige universele strafrechtsmacht kan worden ontleend aan art. 5 van die Wet, welke bepaling luidt:

De Nederlandse strafwet is toepasselijk op ieder die zich buiten Nederland aan een van de in de artikelen 1 en 2 van deze wet omschreven misdrijven schuldig maakt.

Betekenis van art. 5 Uitvoeringswet folteringverdrag

57. Allereerst dient de betekenis van deze bepaling te worden vastgesteld: Heeft zij alleen betrekking op feiten begaan na de inwerkingtreding van de Uitvoeringswet folteringverdrag, of moet zij aldus worden uitgelegd dat zij tevens betrekking heeft op feiten die vóór die inwerkingtreding werden begaan? Naar ik meen is de eerste uitleg de juiste; de wetgever heeft aan art. 5 Uitvoeringswet folteringverdrag geen terugwerkende kracht meegegeven.

58. Voor deze uitleg pleit allereerst de redactie van de bepaling, waarin terugwerkende kracht immers niet is uitgedrukt.

In dit verband valt - zijdelings - te wijzen op een overweging van het House of Lords,(74) luidende:

"Apart from the provisions of the interpretation of statutes, there is at common law a prima facie rule of construction that a statute should not be interpreted retrospectively so as to impair an existing right or obligation unless that result is unavoidable on the language used. A

statute is retrospective if it takes away or impairs a vested right acquired under existing laws, or creates a new obligation, or imposes a new duty, or attaches a new disability, in regard to events already past. There is, however, said to be an exception in the case of a statute which is purely procedural, because no person has a vested right in any particular course of procedure, but only a right to prosecute or defend a suit according to the rules for the conduct of an action for the time being presented."

59. Ook de wetsgeschiedenis van de Uitvoeringswet folteringverdrag pleit voor die uitleg. In het nader rapport aan de Koningin heeft de regering immers opgemerkt:(75)

"Tevens eist de met het beginsel [de norm van artikel 7 EVRM en art. 15 IVBPR] beoogde rechtszekerheid van de wetgever, dat deze de strafrechtelijke normen duidelijk en ondubbelzinnig formuleert, en van de strafrechtstoepasser, dat deze die normen restrictief interpreteert. Alleen dan kan worden voorkomen dat een strafrechtelijke vervolging volgt op basis van een rechtsnorm waarvan de betrokkene niet bij voorbaat redelijkerwijs had kunnen of behoeven te weten, dat zijn gedrag daarmee in strijd was. Dergelijke overwegingen gelden op soortgelijke wijze waar het gaat, zoals in casu, om de verplichting tot onderwerping van de schending van strafrechtelijke norm aan extraterritoriale, namelijk universele jurisdictie."(76)

60. Voorts is de Uitvoeringswet folteringverdrag blijkens haar preambule en blijkens de wetsgeschiedenis(77) tot stand gebracht teneinde uitvoering te geven aan het VN-Folteringverdrag. Dit wordt nog onderstreept doordat de datum van inwerkingtreding van de Uitvoeringswet afhankelijk is gesteld van die van het verdrag. Art. 5 van de Uitvoeringswet geeft uitvoering aan art. 5 van het Verdrag. Dat verdragsartikel werkt niet terug. Dit wijst erop dat art. 5 van die Uitvoeringswet evenmin terugwerkt. Ik licht dit toe.

61. In de literatuur wordt in het algemeen het standpunt ingenomen - ik meen dat kan worden gesproken van een heersende leer - dat universele strafrechtsmacht slechts mag worden uitgeoefend voorzover het volkenrecht daartoe machtigt.(78) (Weliswaar heeft het Permanente Hof van Internationale Justitie in het bekende Lotus-arrest geoordeeld dat het internationale recht de staten in het bepalen van hun extraterritoriale strafrechtsmacht in beginsel vrij laat,(79) maar die uitspraak had betrekking op de strafrechtelijke consequenties van een aanvaring in volle zee, en niet op een geval van toepassing van universele strafrechtsmacht.)

62. Art. 5 van het VN-Folteringverdrag luidt:

1. Each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction

over the offences referred to in article 4 in the following cases:

- (a) When the offences are committed in any territory under its jurisdiction or on board a ship or aircraft registered in that State;
- (b) When the alleged offender is a national of that State;
- (c) When the victim is a national of that State if that State considers it appropriate.

2. Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over such offences in cases where the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction and it does not extradite him pursuant to article 8 to any of the States mentioned in paragraph 1 of this article.

3. This Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with international law.

63. Art. 5 VN-Folteringverdrag machtigt tot het vestigen van universele jurisdictie, maar doet dat zonder daaraan terugwerkende kracht te verbinden. Ook al kan, omdat foltering tevoren reeds naar algemeen aanvaarde beginselen strafwaardig werd geacht, art. 4 van het Verdrag, waarbij staten de verplichting op zich hebben genomen om foltering strafbaar te stellen, wellicht als declaratoir worden aangemerkt,⁽⁸⁰⁾ datzelfde kan niet worden gezegd van art. 5 van het Verdrag voorzover dat de nieuwe verplichting inhoudt om universele jurisdictie te vestigen en dus een constitutief karakter draagt.⁽⁸¹⁾ Die bepaling heeft dus alleen betrekking op de toekomst;⁽⁸²⁾ vgl. art. 28 Weens verdragenverdrag (1969), hetwelk luidt:

Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.⁽⁸³⁾

Terugwerkende toepassing van art. 5 Uitvoeringswet folteringverdrag

64. Ervan uitgaande dat de wetgever aan art. 5 Uitvoeringswet folteringverdrag geen terugwerkende kracht heeft toegekend⁽⁸⁴⁾ ⁽⁸⁵⁾ behandel ik thans de vraag of het de rechter vrijstaat daaraan toch terugwerkende toepassing te geven.

65. De vraag of het in het legaliteitsbeginsel besloten verbod van terugwerkende rechterlijke toepassing van strafbepalingen tevens betrekking heeft op bepalingen waarbij strafrechtsmacht is gevestigd, is voorzover ik weet nog niet eerder aan Uw Raad voorgelegd.

66. Dat de rechter aan een jurisdictiebepaling terugwerkende toepassing geeft is mogelijk geacht door de Spaanse Audiencia Nacional.⁽⁸⁶⁾ Op 4 respectievelijk 5 november 1998 heeft dit gerecht geoordeeld dat, hoewel die bepaling niet van terugwerking rept, de bij art. 23, vierde lid, van de Spaanse wet op de rechterlijke organisatie van 1985 gevestigde universele rechtsmacht met betrekking tot genocide mede feiten betreft die door buitenlanders in het buitenland, te weten in Argentinië en in Chili, vóór de datum van inwerkingtreding van die wet waren begaan. De Audiencia Nacional grondde haar beslissing op de stelling dat de genoemde bepaling van procesrechtelijke aard is. De rechtsmacht is voorwaarde voor het proces, niet voor het delict, aldus dat college.⁽⁸⁷⁾

67. Door het House of Lords daarentegen is, inzake het verzoek van Spanje aan het Verenigd Koninkrijk tot uitlevering van Pinochet, aan de van september 1988 daterende jurisdictiebepaling met betrekking tot in den vreemde begane torture geen terugwerkende toepassing gegeven.⁽⁸⁸⁾

68. In de literatuur wordt het vraagstuk soms afgedaan met de algemene stellingname dat vervolgbaarheidsvoorwaarden niet door het verbod van terugwerkende toepassing worden getroffen.⁽⁸⁹⁾ Door schrijvers die zich in deze kwestie meer in het bijzonder hebben verdiept pleegt echter te worden aangenomen dat dit verbod wel betrekking heeft op jurisdictiebepalingen. In Nederland is dat standpunt ingenomen door Schutte,⁽⁹⁰⁾ door Knigge⁽⁹¹⁾ en door Strijards,⁽⁹²⁾ en in Duitsland door Oehler⁽⁹³⁾ en door Gribbohm. Laatstgenoemde schrijft: ⁽⁹⁴⁾

"Denn sie [de jurisdictiebepalingen] enthalten nicht allein Proze(voraussetzungen, sondern bilden sachlich-rechtlich zugleich objektive Bedingungen der Strafbarkeit, von denen es abhängt, ob eine bestimmte Tat vom deutschen Strafrecht überhaupt erfa(t wird."

69. Zelf ben ik eveneens die mening toegedaan, evenals, naar ik begrijp, Noyon/Langemeijer/Remmelink.⁽⁹⁵⁾ Zonder strafrechtsmacht is een strafbaarstelling immers zinledig. Het gezegde van de Audiencia Nacional dat de strafrechtsmacht slechts voorwaarde is voor het proces en niet ook voor 'het delict' acht ik dan ook onjuist. Dat brengt mee dat jurisdictiebepalingen, tenzij de wetgever daaraan terugwerkende kracht heeft meegegeven, door de rechter niet terugwerkend mogen worden toegepast. Door een jurisdictiebepaling toch terugwerkend toe te passen schendt men het legaliteitsbeginsel evenzeer als door terugwerkende toepassing van de strafbaarstelling zelf.

70. Om bovenstaande redenen deel ik, m.m., de mening van Koering-Joulin en Huet, die met het oog op de bij art. 689-2 Code Pénal gevestigde Franse universele strafrechtsmacht inzake torture schrijven:(96)

"La Convention est entrée en vigueur à l'égard de la France, le 26 juin 1987; l'article 689-2 n'est applicable qu'aux infractions commises après cette date."

Volkenrechtelijk gewoonterecht

71. Thans komt de vraag aan de orde of het Hof, door strafrechtsmacht aan te nemen op grond van ongeschreven volkenrecht, een stoutmoedige stap heeft gezet in de richting van verdere internationalisering van het nationale strafrecht, dan wel sprake is van een al te grote sprong, waarbij het Hof de aansluiting met het tot dusverre bestaande recht heeft verloren. Ik meen dat dit laatste het geval is.

72. Ook indien ervan wordt uitgegaan, overeenkomstig § 5.2 van de Beschikking - de juistheid van dat uitgangspunt kan thans in het midden blijven - dat reeds in 1982 naar volkenrechtelijk gewoonterecht een staat gerechtigd was tot het uitoefenen van universele strafrechtsmacht ter zake van crimes against humanity,(97) brengt dat niet mee dat Nederland inderdaad zodanige strafrechtsmacht heeft gevestigd.

73. Deze volkenrechtelijke bevoegdheid van de staat machtigt de rechter niet om ter zake van crimes against humanity art. 5 Uitvoeringswet folteringverdrag terugwerkend toe te passen. Zoals reeds in verband met het eerste middel opgemerkt geeft art. 94 Grondwet de Nederlandse rechter niet de bevoegdheid om een wetbepaling buiten toepassing te laten wegens strijd met ongeschreven volkenrecht. Door, op grond van ongeschreven volkenrecht, aan art. 5 Uitvoeringswet folteringverdrag terugwerkende toepassing te geven hoewel de wetgever aan die bepaling geen terugwerkende kracht heeft willen meegeven,(98) overschrijdt de rechter derhalve de grondwettelijke grenzen van zijn bevoegdheid.

74. Voorts houdt het bekende arrest van de Bijzondere Raad van Cassatie inzake Ahlbrecht(99) onder meer in:

"dat (...) thans zeker niet meer gezegd kan worden, dat van volkenrechtelijk gezichtspunt het Koninkrijk der Nederlanden rechtsmacht over vijandelijke oorlogsmisdadigers zou missen;

dat deze slotsom echter geenszins insluit, dat bij den huidige stand der Nederlandsche wetgeving ook de Nederlandsche rechter reeds rechtsmacht over vijandelijke oorlogsmisdadigers zou hebben;

dat daartoe immers meer nodig is, namelijk dat de Nederlandsche rechter hetzij een met Nederlandsche medewerking tot stand gekomen, daartoe strekkende, internationale overeenkomst rechtstreeks kan toepassen, hetzij kan steunen op een Nederlandsche wet, waarin de wetgever zijn internationaal erkende rechtsmacht over vijandelijke oorlogsmisdadigers in de nationale sfeer in concreten wetsvorm heeft verwezenlijkt".(100)

Op grond van dit arrest moet worden aangenomen dat ook toepassing van universele strafrechtsmacht buiten de wet om en rechtstreeks op grond van volkenrechtelijk gewoonterecht naar Nederlands recht niet mogelijk is. Het Ahlbrecht-arrest dateert van 1947, dus van vóór de invoering in de Grondwet, in 1953, van de huidige artikelen 93 en 94, maar die bepalingen hebben hierin geen verandering gebracht.

In universele strafrechtsmacht met betrekking tot crimes against humanity heeft de Nederlandse wetgever - afgezien van het geval dat deze tevens schending opleveren van de wetten en gebruiken van de oorlog(101) - slechts voorzien met betrekking tot feiten uit de tweede wereldoorlog.(102)

75. Voor het standpunt dat de Nederlandse rechter niet op grond van ongeschreven volkenrecht een universele strafrechtsmacht mag uitoefenen die de wetgever hem niet heeft gegeven vind ik niet alleen steun in de Grondwet en in de rechtspraak maar daarvoor pleiten ook staatkundige overwegingen. De rechter zou zich aldus begeven op het terrein van de buitenlandse betrekkingen, en voor de voeten lopen van regering en Staten-Generaal, die op dat terrein bevoegd en verantwoordelijk zijn.(103) Bovendien dienen keuzen te worden gemaakt van rechtspolitieke aard, waarvoor de wetgever meer geschikt is dan de rechter, zoals, met betrekking tot crimes against humanity: Welke omschrijving daarvan moet bepalend zijn, die in het nog niet in werking getreden Statuut van het Permanente Internationale Strafgerechtshof, of een andere? En dient al dan niet een voorwaarde voor de uitoefening van de strafrechtsmacht te zijn dat aan een uitleveringsverzoek van een staat die een sterker aanknopingspunt voor jurisdictie heeft niet is voldaan?

Slotsom

76. Op bovenstaande gronden meen ik, anders dan kennelijk het Hof, dat een dagvaarding ter zake van de in de Beschikking bedoelde feiten uit 1982 die zou zijn gegrond op de artikelen 287 e.v. en/of 300 e.v. Sr in samenhang met art. 5 van de eerst in 1989 in werking getreden Uitvoeringswet folteringverdrag bij gebreke van strafrechtsmacht slechts zou kunnen leiden tot niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie in de strafvervolgning.

Middel IV

77. Schending van het recht, in het bijzonder schending en/of verkeerde toepassing van art. 70 Sr, doordat het Hof heeft miskend dat met betrekking tot de onderwerpelijke feiten uit 1982, voorzover opleverende mishandeling zoals strafbaar gesteld in art. 300 e.v. Sr, het recht tot strafvordering is verjaard.

Toelichting

78. Ter inleiding van deze toelichting zij opgemerkt dat de vooral in Europees-continente landen bestaande regel(104) dat ook ernstige delicten, zij het na langdurig tijdsverloop, verjaren niet berust op de enkele gedachte dat de door een delict veroorzaakte maatschappelijke onrust in het algemeen door verloop van tijd uitdooft, maar er onder meer ook toe strekt dat verdachten worden gevrijwaard van een proces dat als gevolg van de na lange duur verminderde betrouwbaarheid van herinneringen en verklaringen van getuigen niet meer als fair zou kunnen worden aangemerkt. Vgl. de beschouwingen hieromtrent van Van Dorst,(105) Rüter(106) en Kooijmans,(107) en de opmerking in Noyon/Langemeijer/Remmeling(108) dat na verloop van lange tijd ook de verdediging, in het bijzonder door middel van getuigen, onmogelijk kan worden. Hierdoor dient de verjaring ook ter bescherming van de rechtszekerheid.(109) Jescheck schreef hierover:(110)

"Die Strafverfolgungsverjährung beruht aber nicht nur auf dem Wegfall des Strafbedürfnisses, sondern auch auf der prozessualen Erfahrungstatsache, daß mit wachsendem zeitlichen Abstand des Strafverfahrens von der Tatbegehung die Beweisschwierigkeiten mehr und mehr zunehmen, so daß die Gefahr von Fehlurteilen immer größer wird."

79. Voor eventuele slachtoffers en nabestaanden brengt een verjaringsregeling enerzijds mee dat gewenste berechting van daders na verloop van tijd niet meer kan plaatsvinden, anderzijds dat daarmee ook de kans wordt beperkt op wellicht frustrerende vrijspraken wegens gebrek aan voldoende nog betrouwbaar bewijsmateriaal. Evident nadeel van zo'n regeling, in het bijzonder in verband met foltering, is dat wanneer het feit eenmaal is verjaard een folteraar zich zonder vrees voor strafvervolgning vrij kan bewegen, hetgeen tot voor het slachtoffer pijnlijke confrontaties kan leiden.

Verjaring naar Nederlands recht

80. Op moord is bij art. 289 Sr als zwaarste straf levenslange gevangenisstraf gesteld. Ingevolge art. 70, onder 5°, Sr verjaart het recht tot strafvordering ter zake van moord in achttien jaren. Voorover de feiten waarop de Beschikking betrekking heeft, begaan in december 1982, moord opleveren was dat recht derhalve ten tijde van de Beschikking nog niet verjaard. Zoals echter uit het bij middel III opgemerkte voortvloeit bestaat ten aanzien van moord in casu geen strafrechtsmacht.

81. Art. 1, derde lid, Uitvoeringswet folteringverdrag voorziet met betrekking tot foltering de dood ten gevolge hebbende eveneens in een strafmaximum van levenslange gevangenisstraf, waaraan art. 70, onder 5°, Sr een verjaringstermijn verbindt van achttien jaren, maar zoals - nog afgezien van het gebrek aan strafrechtsmacht - uit het bij middel I opgemerkte voortvloeit zijn de in die Uitvoeringswet vervatte strafbepalingen in casu niet toepasbaar.

82. Voorzover de in de Beschikking bedoelde feiten mishandeling opleveren, geldt, benevens het bij middel III opgemerkte, het volgende.

83. Indien zich ten aanzien van mishandeling (art. 300 Sr) of van mishandeling met voorbedachten rade (art. 301 Sr) een wettelijke strafverzwarringsgrond voordoet bedraagt het toepasselijke strafmaximum meer dan drie jaren; art. 70 Sr verbindt daaraan een verjaringstermijn van twaalf jaren. Indien het de wettelijk zwaarste variant van mishandeling betreft, zware mishandeling met voorbedachten rade, de dood tengevolge hebbende, bedraagt het strafmaximum vijftien jaren (art. 303, tweede lid, Sr). De bij dat strafmaximum behorende verjaringstermijn bedroeg ten tijde van de feiten, in december 1982, twaalf jaren; bij wetswijziging in 1989,(111) dus voordat het recht tot strafvordering dienaangaande was verjaard, is de duur van die verjaringstermijn op vijftien jaar gesteld.

84. De Uitvoeringswet folteringverdrag, in werking getreden op 20 januari 1989, heeft de wettelijke verjaringsregeling niet gewijzigd.(112) Wel werd bij die Wet, met betrekking tot mishandeling die beantwoordt aan de in art. 1, eerste lid, van die Wet vervatte delictsomschrijving, indien de mishandeling de dood ten gevolge heeft, het strafmaximum gesteld op levenslange gevangenisstraf. Zoals reeds opgemerkt verjaart volgens art. 70, onder 5°, Sr het recht tot strafvordering met betrekking tot misdrijven waarop levenslange gevangenisstraf is gesteld in achttien jaren.

85. Dit leidt tot de vraag of met betrekking tot de in 1982 begane mishandeling, voorzover thans foltering opleverende, de langere verjaringstermijn van achttien jaren is gaan gelden. Kan een wet die door verhoging van een strafmaximum een langere verjaringstermijn van toepassing maakt in zoverre terugwerkend worden toegepast?(113) Die vraag moet mijns inziens ontkennend worden beantwoord.

86. Aangezien de bij de Uitvoeringswet folteringverdrag bepaalde verhoging van het strafmaximum tot levenslange gevangenisstraf blijkt geeft van een gewijzigd inzicht van de wetgever in de strafwaardigheid van feiten als de onderhavige die vóór de wetswijziging zijn begaan(114) (dat is het geldende criterium voor toepasselijkheid van art. 1, tweede lid, Sr(115)) meen ik, mede in het licht van de wetsgeschiedenis(116) - en met Noyon/Langemeijer/Remmelink(117), Van Dorst(118) en Knigge(119) - dat het voorschrift van art. 1, tweede lid, Sr meebrengt dat dan de voor de verdachte gunstigste bepalingen moeten worden toegepast, niet alleen voor wat betreft het toepasselijke strafmaximum maar ook voor wat betreft de bij art. 70 Sr daarvan afhankelijk gestelde verjaringstermijn.(120)

87. Ten aanzien van mishandeling, zoals strafbaar gesteld in het Wetboek van Strafrecht, indien begaan in december 1982, is derhalve, ook voorzover die mishandeling thans foltering oplevert, volgens de Nederlandse verjaringsregeling het recht tot strafvordering uiterlijk in december 1997 door verjaring tenietgegaan.(121)

Internationaal recht

88. De vraag die thans moet worden beantwoord is of de Nederlandse verjaringsregeling in zoverre wellicht buiten toepassing moet blijven wegens strijd met het internationale recht.

89. Zou enig verdrag waarbij Nederland partij is de onverjaarbaarheid van de onderwerpelijke feiten meebrengen, dan zou, gelet op art. 94 Grondwet, art. 70 Sr daarvoor in casu moeten wijken. Een zodanig in werking zijnd verdrag is er echter niet.(122) De vraag blijft daarom over of, gelijk het Hof kennelijk heeft aangenomen, een regel van ongeschreven volkenrecht die onverjaarbaarheid voorschrijft. Is het wellicht zo dat het ius cogens karakter van het folterverbod de verjaring van het recht tot strafvervolging met betrekking tot foltering uitsluit?

Ius cogens

90. Art. 53 Weens verdragenverdrag luidt:

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 having the same character.

91. Kooijmans schrijft over het begrip ius cogens onder meer:(123)

"De laatste decennia is (...) het inzicht doorgebroken, dat er bepaalde normen zijn die van zo doorslaggevend belang zijn voor de bescherming van de belangen van de internationale gemeenschap als geheel dat iedere staat erdoor gebonden wordt ongeacht zijn instemming en dat daarvan nimmer mag worden afgeweken. Men noemt zulke normen regels van dwingend recht of ius cogens. Volgens art. 53 van het Weens Verdragenverdrag zijn verdragen die in strijd zijn met een norm van dwingend recht van rechtswege nietig.

Er bestaat nogal verschil van mening over de vraag welke regels van internationaal recht dit dwingende karakter hebben. Er tekent zich echter een duidelijke communis opinio af ten aanzien van bijvoorbeeld het verbod van agressie, van volkerenmoord (genocide), van foltering, van rassendiscriminatie, van slavernij en van kolonialisme. (...)

Ook al wordt duidelijk dat er zich binnen de internationale rechtsorde een zekere gelaagdheid van normen aftekent, waarbij sommige normen een hogere status hebben dan andere, en dat staten zich niet aan de hogere normen kunnen onttrekken, toch moet de nodige voorzichtigheid betracht worden. Het bestaan van een norm van ius cogens (...) mag niet te snel worden aangenomen, gezien het nog steeds dominante beginsel dat een staat internationaal slechts verplicht wordt krachtens zijn instemming."

92. Opmerkingen van dezelfde strekking zijn gemaakt door Brownlie(124), door Malanczuk,(125) en door Jennings & Watts.(126)

93. Een nadeel van de aldus geschetste ontwikkeling lijkt me te zijn dat geen duidelijke criteria vaststaan aan de hand waarvan kan worden bepaald of een norm de status van ius cogens heeft of niet,(127) terwijl ook de consequenties van die status niet vaststaan, waardoor de rechtszekerheid in het gedrang komt. Vooral in verband met strafzaken, waar autoriteiten zowel als justitiabelen behoren te kunnen weten waar ze aan toe zijn, weegt dat zwaar.(128)

94. Bij het hierna volgende wordt er van uitgegaan dat ook ongeschreven ius cogens bij onverenigbaarheid met de wet deze laatste verdringt, zulks in afwijking van wat overigens naar gangbare opvatting voortvloeit uit art. 94 Grondwet.(129)

Art. 99, tweede lid, RO

95. Voorafgaande aan behandeling van de vraag of het Hof onder 5.2 van de Beschikking terecht heeft aangenomen dat misdrijven tegen de menselijkheid niet verjaren, dient aandacht te worden gegeven aan art. 99, tweede lid, RO, hetwelk luidt:

Feiten waaruit het gelden of niet gelden van een regel van gewoonterecht wordt afgeleid, worden voorzover zij bewijs behoeven, alleen op grond van de bestreden uitspraak als vaststaande aangenomen.

96. De Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet van 20 juni 1963, Stb. 1963, 272, waarbij dit artikellid in de wet is gekomen, houdt onder meer in:(130)

"De ontworpen bepaling schept niet (...) een volstrekte gebondenheid van de Hoge Raad aan hetgeen in de bestreden uitspraak omtrent de feiten, waaruit het bestaan van een regel van gewoonterecht wordt afgeleid, is vastgesteld. Zij laat de mogelijkheid open, dat de Hoge Raad, oordelende dat geen bewijsvoering nodig is, op grond van algemene bekendheid of algemene ervaringskennis de vaststelling van de lagere rechter corrigeert. Ook kan in cassatie een beroep op nieuwe feiten tot staving of betwisting van een regel van gewoonterecht met vrucht worden gedaan, indien de Hoge Raad zonder bewijsvoering het vaststaan daarvan zal kunnen aannemen."

97. In het hierna volgende zal bij de bespreking van de vraag of het Hof terecht het bestaan van een regel van volkenrechtelijk gewoonterecht heeft aangenomen hoofdzakelijk steun worden gezocht in bronnen van algemene bekendheid.(131)

Onverjaarbaarheid naar ius cogens?

98. Aangenomen kan worden dat het recht om niet te worden gefolterd, zoals neergelegd in art. 5 van de Universele verklaring van de rechten van de mens en in art. 3 EVRM en in art. 7 IVBPR,(132) deel uitmaakt van volkenrechtelijk gewoonterecht en dat daaraan de status van ius cogens toekomt.(133) (134)

99. Voor het bestaan van een regel van ongeschreven volkenrecht die onverjaarbaarheid van het recht tot strafvordering met betrekking tot foltering voorschrijft zie ik echter onvoldoende aanwijzing. Het VN-Folteringverdrag zelf sluit verjaring niet uit. De UN-Convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity⁽¹³⁵⁾ strekt zich niet uit tot foltering (behoudens voorzover opleverende een war crime of een crime against humanity); evenmin het Europees Verdrag betreffende de niet-toepasselijkheid van verjaring ter zake van misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven.⁽¹³⁶⁾ Het Europees uitleveringsverdrag (met aanvullende protocollen), volgens art. 10 waarvan verjaring een absolute weigeringsgrond oplevert, maakt geen uitzondering voor foltering. Ook recentere uitleveringsverdragen waarbij Nederland partij is, zoals die met de Verenigde Staten, met Canada en met Australië, doen dat niet. Het Statuut van het Permanente Internationale Strafgerechtshof, tenslotte, waarvan art. 29 inhoudt:

"The crimes within the jurisdiction of the Court shall not be subject to any statute of limitation.",

heeft evenmin betrekking op foltering, tenzij deze, gelet op de omstandigheden, zou vallen onder art. 6 (Genocide), art. 7 (Crimes against humanity) of art. 8 (War crimes) van dat Statuut.

100. Weliswaar houdt het vonnis van de Trial Chamber van het Joegoslaviëtribunaal in de zaak Furund(ija een wat aarzelend geformuleerd obiter dictum in, luidende:

"It would seem that other consequences [van het ius cogens karakter van het folterverbod] include the fact that torture may not be covered by a statute of limitations (...)."⁽¹³⁷⁾ maar die enkele overweging kan mijns inziens de Nederlandse wettelijke verjaringsregeling niet opzij zetten.

101. Voorts kan worden gewezen op de praktijk van onze nabuurstaten, voorzover die een algemene verjaringsregeling kennen:

102. België heeft de verjaarbaarheid uitgesloten van genocide, misdaden tegen de mensheid en ernstige inbreuken op de Verdragen (1949) en Protocollen (1977) van Genève;⁽¹³⁸⁾ niet die van foltering voorzover die daaronder niet valt.

103. Duitsland heeft de verjaring slechts uitgesloten ter zake van Völkermord en van Mord.⁽¹³⁹⁾

104. Frankrijk heeft onverjaarbaar gesteld het recht tot strafvordering ten aanzien van crimes contre l'humanité (inclusief genocide)(140) maar niet overigens ten aanzien van foltering.

105. Op grond van dit alles moet naar ik meen worden geoordeeld dat geen regel van ongeschreven volkenrecht, laat staan van ius cogens, verjaring van het recht tot strafvordering inzake foltering verbiedt.

106. Tenslotte moet de vraag aan de orde worden gesteld of het in § 5.2 van de Beschikking besloten oordeel juist is dat, indien zou blijken dat de onderwerpelijke feiten moeten worden aangemerkt als crimes against humanity, zulks zou meebrengen dat de Nederlandse regels met betrekking tot verjaring in zoverre buiten toepassing moeten blijven.

107. De eerste strafbaarstelling van crimes against humanity is geschied bij het Handvest van het Internationale Militaire Tribunaal te Neurenberg, dat kort na de tweede wereldoorlog de major war criminals heeft berecht. Over verjaring hield dat Handvest niets in.(141) Daarna heeft in Duitsland een aantal processen plaatsgehad voor geallieerde gerechten op grond van Control Council Law No. 10. In die regeling werd met betrekking tot de delicten waarop die regeling betrekking had, waaronder crimes against humanity, verjaring uitgesloten. In diverse staten zijn na de tweede wereldoorlog strafprocessen ter zake van crimes against humanity gevoerd in nationale fora, in Nederland op grond van art. 27a BBS. Toen in een aantal staten de desbetreffende feiten dreigden te verjaren zijn uiteenlopende wettelijke maatregelen genomen. In Duitsland, bijvoorbeeld, verlengde men de verjaringstermijnen voor schendingen van het oorlogsrecht. In Frankrijk werd bij Wet van 26 december 1964 bepaald dat les crimes contre l'humanité, zoals omschreven in het Handvest van het Internationale Militaire Tribunaal van Neurenberg, 'par leur nature' niet verjaarden.(142) In Nederland is bij de Wet van 8 april 1971, Stb. 210, bepaald dat ernstige misdrijven tegen de menselijkheid en ernstige schendingen van de wetten en gebruiken van de oorlog niet verjaren. (Voor wat betreft de misdrijven tegen de menselijkheid die niet tevens een schending van de wetten en gebruiken van de oorlog opleveren had dit alleen betrekking op feiten uit de tweede wereldoorlog; de strafbaarstelling in art. 27a BBS van misdrijven tegen de menselijkheid is daartoe beperkt.)

De UN-Convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity (1968) verplicht de aangesloten staten onder meer voor crimes against humanity de verjaring uit te sluiten. Slechts 44 staten hebben die Conventie echter geratificeerd; als belangrijk bezwaar van dat verdrag werd namelijk beschouwd dat reeds verlopen verjaringstermijnen moesten worden heropend.(143) Ook het (nog niet in werking getreden) Europees Verdrag betreffende de niet-toepasselijkheid van verjaring ter zake van misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven (1974) houdt een zodanige verplichting in.(144) Bij art. II van dat verdrag wordt reeds voltooide verjaring wel gerespecteerd; op onverjaarbaarheid van nature wijst dat niet.

Afgezien van wat zojuist werd vermeld omtrent feiten uit de tweede wereldoorlog heeft van

onze nabuurstaten niet Duitsland maar hebben wel België en Frankrijk de verjaring van crimes against humanity bij wet uitgesloten, Frankrijk in 1992 en België in 1999.

108. Het Statuut van het Permanente Internationale Gerechtshof sluit bij art. 29 verjaring van onder andere crimes against humanity uit, en het laat zich aanzien dat veel staten daarin aanleiding zullen vinden om in hun nationale wetgeving dat voorbeeld te volgen.

109. Tenslotte kan nog worden gewezen op het rapport van Louis Joinet aan de Verenigde Naties inzake de Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (1997).(145) Dit rapport houdt het voorstel in om bij wijze van 'broad strategic framework for action against impunity' onder andere als principe te aanvaarden:(146)

"Prescriptions shall not apply to serious crimes under international law, which are by their nature imprescriptible."

Het rapport is "noted" door de Commission of Human Rights van de Verenigde Naties, en staten is verzocht te rapporteren omtrent genomen stappen ter bestrijding van mensenrechtenschendingen.(147) In geen van de binnengekomen reacties, zoals weergegeven door de Secretaris-Generaal,(148) is op de voorgestelde onverjaarbaarheid ingegaan.

110. Uit deze opsomming valt af te leiden dat de opvatting in sterke mate veld heeft gewonnen dat crimes against humanity niet behoren te verjaren. Dat brengt mee dat staten die deze opvatting delen hun verjaringsregels zo nodig moeten aanpassen.

Dat de niet-verjaarbaarheid van crimes against humanity een bindende regel van internationaal gewoonterecht of zelfs van ius cogens zou zijn,(149) vloeit uit deze opsomming echter niet voort.

111. Ik stem dan ook niet in met de door de militaire rechtbank te Rome in zijn uitspraak van 22 juli 1997 in de geruchtmakende zaak Priebke (zij het "ad abundantiam" en "niet bepalend voor het nemen van de beslissing", aangezien de militaire rechtbank oordeelde dat de aan Priebke verweten feiten wegens de daarop gestelde levenslange gevangenisstraf reeds volgens de nationale regeling dienaangaande niet verjaren) gegeven overweging dat niet-verjaarbaarheid van oorlogsmisdrijven en van crimes against humanity het karakter van ius cogens heeft.(150) De militaire rechtbank heeft dit oordeel gebaseerd op de eerdergenoemde UN-Convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity (1968), deze ziende als "het eindpunt van een langzaam doch voortdurend proces van internationalisering (...) gericht op het steeds efficiënter onderdrukken van de

overtredingen van oorlogsnormen en -wetten", en voorts op de in de IVe Conventie van Genève (1949), inzake de Bescherming van burgers in oorlogstijd, neergelegde verplichting tot het strafrechtelijk vervolgen van grave breaches daarvan. Tenslotte heeft de militaire rechtbank de onverjaarbaarheid van "delicta iuris gentium" verbonden met "de onmogelijkheid dat een staat die daar slachtoffer van is geweest met het verstrijken van de tijd de eis tot straffen zal laten varen". Deze factoren, deels gebaseerd op de ook door Italië niet geratificeerde(151) UN-Convention van 1968 en deels betrekking hebbende op oorlogsmisdrijven, acht ik onvoldoende voor het aannemen van absolute, aan nationale regelingen derogerende, onverjaarbaarheid van crimes against humanity mede met betrekking tot, zoals in casu, strafvervolgning door een derde staat met toepassing van universele strafrechtsmacht.

Slotsom

112. Al het bovenstaande leidt tot de slotsom dat met betrekking tot de feiten waarop de Beschikking betrekking heeft, voorzover opleverende mishandeling zoals strafbaar gesteld bij art. 300 e.v. Sr, het recht tot strafvordering reeds ten tijde van de Beschikking was verjaard.

Middel V

113. Schending van het recht, in het bijzonder schending en/of verkeerde toepassing van hetzij art. 5 Uitvoeringswet folteringverdrag, hetzij art. 8 Wetboek van Strafrecht en art. 5 VN-Folteringverdrag, door te oordelen, in de Beschikking onder 5.4, dat zolang Bouterse zich niet in Nederland bevindt diens berechting hier te lande voorzover de slachtoffers niet de Nederlandse nationaliteit hadden niettemin toelaatbaar is.

Toelichting

114. In de onderhavige zaak kan ervan worden uitgegaan dat Bouterse geen Nederlander is en dat de feiten niet in Nederland hebben plaatsgehad.

115. Voorzover de slachtoffers Nederlander waren(152) kan de strafvervolgning worden gezien als een toepassing van het passief nationaliteitsbeginsel(153) en heeft Nederland een duidelijk aanknopingspunt;(154) berechting bij verstek zou in zoverre, voorzover ik zie, niet in strijd zijn met het volkenrecht. De Nederlandse wet voorziet weliswaar niet in strafrechtsmacht op grond van het passief nationaliteitsbeginsel, dat neemt niet weg dat voorzover de slachtoffers

Nederlander waren de strafvervolgung volkenrechtelijk gezien als toepassing van dat beginsel kan worden opgevat. Het navolgende heeft betrekking op de door het Hof bevolen strafvervolgung voorzover de slachtoffers géén Nederlander waren.

116. Indien de slachtoffers niet de Nederlandse nationaliteit hadden, is het dan volkenrechtelijk toelaatbaar, Bouterse (bij verstek) te berechten terwijl hij niet in Nederland verkeert? Bij de bespreking van de vraag ga ik uit van de eerdergemelde heersende leer dat universele strafrechtsmacht slechts mag worden uitgeoefend voorzover het volkenrecht daartoe machtigt.

117. Het tweede lid van artikel 5 van het VN-Folteringverdrag, hetwelk iedere staat die partij is bij het verdrag opdraagt ter zake van het misdrijf foltering universele strafrechtsmacht te vestigen, doet dat slechts met betrekking tot cases where the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction.

118. Het derde lid doet de in het tweede lid gestelde voorwaarde niet teniet maar doelt kennelijk op mogelijke andere aanknopingspunten voor jurisdictie dan de in het eerste lid genoemde.(155)

119. Dat het derde lid die voorwaarde niet teniet doet volgt tevens uit de bedoeling van het verdrag, zoals die valt af te leiden uit de travaux préparatoires. Burgers & Danelius schrijven daarover:

"The principle is that the torturer shall not find a safe-haven where he is out of reach of the criminal jurisdiction of any State, but the State where he is found shall have a choice between punishing the offender itself or extraditing him to another State which will punish him (...)(156)

In the frequent situations where a regime under which torture was practised is overthrown, and the new regime in the country is anxious to bring the torturers to justice, it would be more difficult for the perpetrators to escape the consequences of their acts by fleeing to another country."(157)

Kort samengevat is die bedoeling niet dat staten verdachten van foltering zullen vervolgen waar deze zich ook maar bevinden, maar dat zij een op hun grondgebied aangetroffen verdachte van foltering zullen vervolgen waar deze ook maar het feit zou hebben begaan.

120. De in art. 7 van het Verdrag neergelegde verplichting om, tenzij de betrokkene wordt uitgeleverd, diens zaak in handen te stellen van de vervolgingsautoriteiten - aut dedere aut judicare - betreft dan ook slechts de

"State Party in the territory under whose jurisdiction a person alleged to have committed any offence referred to in article 4 is found".

121. De conclusie moet zijn dat het Verdrag niet machtigt tot berechting van een vreemdeling wegens een in den vreemde begaan feit indien deze zich in het buitenland bevindt.

122. Hierin staat het VN-Folteringverdrag niet alleen. Een aanzienlijk aantal verdragen houdt de verplichting in tot het vestigen van strafrechtsmacht met betrekking tot feiten door vreemdelingen in den vreemde begaan, doch zonder daarbij berechting bij verstek toe te staan. Dat verbaast niet, want door zo'n zaak te berechten bij verstek zou een staat licht voor de voeten kunnen lopen van de vervolgingsautoriteiten van een andere staat, waar de verdachte wel aanwezig is en een strafvervolgning daardoor aan minder handicaps onderhevig is.(158) De hier volgende opsomming(159) pretendeert geen volledigheid.

123. Art. 9 van het Verdrag ter bestrijding van valsemunterij(160) luidt:

Foreigners who have committed abroad any offence referred to in Article 3, and who are in the territory(161) of a country whose internal legislation recognises as a general rule the principle of the prosecution of offences committed abroad, should be punishable in the same way as if the offence had been committed in the territory of that country.

The obligation to take proceedings is subject to the condition that extradition has been requested and that the country to which application is made cannot hand over the person accused for some reason which has no connection with the offence.

Het gemeenschappelijke artikel 49/50/129/146 van de Conventies van Genève van 1949, waarbij de staten zich hebben verplicht tot het met betrekking tot zogenoemde grave breaches van die Conventies vestigen van universele strafrechtsmacht, houdt tevens de verplichting in voor een staat 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, (...) hand such persons over for trial to another High Contracting Party concerned (...). In de ook hier gestelde keuze, aut dedere aut judicare, ligt als uitgangspunt besloten dat men de verdachte in handen heeft, anders is overdragen immers niet mogelijk. Het gezaghebbende Rode Kruis Commentaar houdt dienaangaande dan ook in:(162)

"As soon as a Contracting Party realizes that there is on its territory(163) a person who has committed such a breach, its duty is to ensure that the person concerned is arrested and prosecuted with all speed."

Ook art. 4, tweede lid, van het Haagse vliegtuigkapingsverdrag, van 1970,(164) hetwelk verplicht tot het vestigen van strafrechtsmacht ongeacht de plaats van het delict en de nationaliteit van de verdachte, houdt de clause in 'in the case where the alleged offender is present in its territory'. Datzelfde geldt voor art. 5, tweede lid, van het verdrag van Montreal van 1971.(165)

Art. 6 Europees verdrag tot bestrijding van terrorisme,(166) waarbij de deelnemende staten op zich hebben genomen met betrekking tot terroristische daden strafrechtsmacht te vestigen ongeacht de plaats van het feit en de nationaliteit van de verdachte, houdt eveneens de beperking in: 'in the case where the suspected offender is present in its territory'. Datzelfde geldt voor art. 3, tweede lid van de VN-Conventie ter voorkoming van misdrijven tegen internationaal beschermde personen,(167) en voor art. 3, tweede lid, van het Internationaal verdrag tegen het nemen van gijzelaars.(168)

Art. 36, tweede lid onder a. sub (iv), van het Gewijzigd Enkelvoudig verdrag inzake verdovende middelen(169) houdt een dienovereenkomstige beperking in; evenzo art. 22, tweede lid onder (iv) van het Verdrag inzake psychotropische stoffen;(170) evenzo art. 4, tweede lid, van het Verdrag van Wenen van 1988 tegen de sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen.(171)

124. De Trial Chamber van het Joegoslaviëtribunaal is in zijn beschouwingen in zijn vonnis inzake Furund(172) eveneens uitgegaan van de beperking van universele strafrechtsmacht tot "individuals accused of torture, who are present in the territory under its jurisdiction". Aldus ook Lord Millet in de uitspraak van het House of Lords met betrekking tot de uitlevering van Pinochet.(173)

125. Een blik op de praktijk op dit punt van een aantal staten die evenals Nederland met berechting bij verstek min of meer vertrouwd zijn levert het volgende beeld op.

126. België:

Ingevolge art. 12 van Hoofdstuk II (Strafvordering wegens misdaden buiten het grondgebied van het Rijk gepleegd) van de Voorafgaande Titel van het Belgische Wetboek van straffordering heeft - behoudens enkele hier niet ter zake doende uitzonderingen - de vervolging van misdrijven waarvan sprake is in dat hoofdstuk alleen plaats wanneer de verdachte in België wordt gevonden. Er zijn met betrekking tot schending van het oorlogsrecht of met betrekking tot foltering geen speciale bepalingen die aan dit voorschrift derogeren.(174)

127. Duitsland:

Duitsland kent aan berechting bij verstek in het algemeen reeds een bescheidener plaats toe dan Nederland. § 230, eerste lid, StPO luidt: "Gegen einen ausgebliebenen Angeklagten findet eine Hauptverhandlung nicht statt." § 231a StPO houdt een uitzondering in met betrekking tot personen die door eigen schuld medisch gezien verhandlungsunfähig zijn, en de §§ 232 en 233 StPO houden uitzonderingen in voor delicten waarvoor geen vrijheidsstraf respectievelijk geen vrijheidsstraf van meer dan zes maanden wordt opgelegd. Geen uitzondering geldt voor strafvervolgning op grond van het universaliteitsbeginsel.

Het Bundesgerichtshof heeft ten aanzien van toepassing van strafrechtsmacht volgens het Weltrechtsprinzip bovendien geoordeeld:(175)

"Ferner bedarf es - über den Wortlaut der Vorschrift hinaus - eines legitimierenden Anknüpfungspunktes im Einzelfall, der einen unmittelbaren Bezug der Strafverfolgung zum Inland herstellt; nur dann ist die Anwendung innerstaatlicher (deutscher) Strafgewalt auf die Auslandstat eines Ausländers gerechtfertigt. Fehlt ein derartiger Inlandsbezug, verstößt die Strafverfolgung gegen das Nichteinmischungsprinzip, das aus der völkerrechtlich gebotenen Beachtung der Souveränität anderer Staaten folgt."

In twee zaken(176) was naar het oordeel van het BGH aan die eis voldaan, in aanmerking genomen dat het Völkermord, genocide, betrof en dat de verdachten in Duitsland waren geworteld en in Duitsland waren aangehouden. In een andere zaak, eveneens genocide betreffende, werd geoordeeld dat de enkele aanwezigheid van het slachtoffer op Duits grondgebied geen voldoende aanknopingspunt bood.(177)

128. Frankrijk:

Frankrijk heeft onder meer met betrekking tot torture als bedoeld in het VN-Folteringverdrag, bij art. 689-2 jo. art. 689-1 Code de Procédure Pénale, universele strafrechtsmacht gevestigd met de uitdrukkelijke voorwaarde dat de te vervolgen persoon zich in Frankrijk bevindt.(178)

129. Griekenland:

Het Griekse strafprocesrecht voorziet niet in behandeling bij verstek van strafzaken m.b.t. delicten - waaronder foltering - waarop een strafmaximum van meer dan vijf jaar gevangenisstraf is gesteld. (179)

130. Italië:

Tenzij de foltering is begaan tegen een Italiaans burger kan een vreemdeling niet wegens in het buitenland begane foltering worden vervolgd indien hij zich niet op Italiaans grondgebied bevindt.(180)

131. In dit verband kan ook nog melding worden gemaakt van de desbetreffende regelingen in Australië en in Canada:

132. Australië:

De War Crimes Act 1945, zoals gewijzigd bij de War Crimes Amendment Act 1988, verleent jurisdictie met betrekking tot door een destijds buitenlander in het buitenland begane oorlogsmisdrijven, doch, ingevolge Section 11, slechts voorzover de beschuldigde ten tijde van de beschuldiging Australiër dan wel Australisch ingezetene is.(181)

133. Canada:

Bij Section 7(3.71) sub (b) van de Criminal Code of Canada is aangaande oorlogsmisdrijven en crimes against humanity universele jurisdictie gevestigd met als voorwaarde dat de betrokkene aanwezig is in Canada.(182)

134. Voor wat betreft de literatuur over dit onderwerp valt op te merken dat reeds Hugo de Groot, die als de vader van het universaliteitsbeginsel en van het adagium aut dedere aut judicare kan worden beschouwd, uitging van berechting door de staat waar de verdachte verblijft. Hij schreef:(183)

"(...) since the organization of states, it is agreed that the crimes of individuals, in so far as they properly concern the community to which they belong, should be left to the states themselves and their rulers, to be punished or condoned at their discretion. But so comprehensive a right has not been granted to states and their rulers in the case of crimes which in some way affect human society, and which it is the right of other states and their rulers to follow up (...). (...) it follows that the state in which he who has been found guilty dwells(184) ought to do one of two things. When appealed to it should either punish the guilty person as he deserves, or it should entrust him to the discretion of the party making the appeal."

135. Hetzelfde standpunt werd ingenomen door een wat jongere aartsvader van het internationale strafrecht, Donnedieu de Vabres:(185)

"Le système de l'universalité du droit de punir implique, bien évidemment, une organisation, une subordination des compétences; et le judex deprehensionis n'interviendra que si le judex delicti ni le juge national de l'inculpé n'ont été saisis avant lui. Il suit de là, en premier lieu, que la présence volontaire de l'inculpé sur le territoire est la condition primordiale de la saisine du juge."

136. Ook in de recentere literatuur over dit onderwerp - ik noem Feller,(186) Lombois,(187) Oehler,(188) Jennings & Watts(189) en Stern(190) - wordt ervan uitgegaan dat naar internationaal recht de uitoefening door een staat van strafrechtsmacht op grond van het universaliteitsbeginsel slechts is toegestaan met betrekking tot verdachten die op zijn grondgebied aanwezig zijn.

137. Een overeenkomstige vraag als in casu met betrekking tot foltering is in het geding met betrekking tot genocide in de thans bij het Internationale Gerechtshof van de Verenigde Naties aanhangige zaak Congo tegen België.(191) Belgische autoriteiten hebben een internationaal aanhoudingsbevel uitgevaardigd met betrekking tot de zich niet in België bevindende Yerodia, toen deze minister van buitenlandse zaken was van de Democratische Republiek Congo, op verdenking dat Yerodia zich te Congo schuldig heeft gemaakt aan aanzetten tot genocide. Congo komt daartegen op en neemt het standpunt in dat het uitvaardigen van dit aanhoudingsbevel een schending van het volkenrecht oplevert. De door het Internationaal Gerechtshof in die zaak te geven uitspraak kan van groot belang zijn voor de volkenrechtelijke omlijning van de bevoegdheid van staten tot het uitoefenen van strafrechtsmacht met betrekking tot door vreemdelingen in den vreemde begane feiten.

Slotsom

138. Op grond van verdrag, rechtspraak, statenpraktijk en literatuur, als bovenvermeld, meen ik - vooruitlopende op wat het Internationale Gerechtshof hierover zal gaan zeggen - dat naar de huidige stand van het volkenrecht Bouterse, tenzij hij tevoren aan Nederland is uitgeleverd dan wel hier vrijwillig is verschenen, ter zake van foltering van niet-Nederlanders niet zonder strijd met het volkenrecht zal kunnen worden gedagvaard voor de Nederlandse rechter.

139. Het voorgaande brengt mee dat het Hof hetzij art. 5 Uitvoeringswet folteringverdrag heeft geschonden, hetzij art. 8 Sr en art. 5 VN-Folteringverdrag.

140. Naar de letter houdt art. 5 Uitvoeringswet folteringverdrag niet als voorwaarde voor berechting door de Nederlandse rechter in dat de verdachte zich op Nederlands grondgebied moet bevinden. Verdragsconforme uitleg is echter mogelijk. Voor een uitleg waarbij die voorwaarde toch wordt gesteld is ook in de wetsgeschiedenis wel een aanknopingspunt te vinden. De Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot die Uitvoeringswet houdt immers onder meer in:(192)

"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."

141. Zou men echter vasthouden aan de letter van art. 5 Uitvoeringswet folteringverdrag dan is het art. 8 Wetboek van Strafrecht dat gelet op het voorgaande meebrengt dat, zolang Bouterse zich niet in Nederland bevindt, diens berechting door de Nederlandse rechter niet mogelijk is. Aan deze zienswijze is het voordeel verbonden dat buiten twijfel blijft dat, ook indien de verdachte zich niet in Nederland bevindt, wel opsporingsactiviteiten kunnen worden verricht. Een tweede voordeel is dat bij voortgaande ontwikkeling van het volkenrecht tekst en uitleg van art. 5 Uitvoeringswet folteringverdrag niet behoeven te worden gewijzigd. Het is dan ook deze zienswijze, die mij het meest passend voorkomt.

Waarnemend Advocaat-Generaal

1 Beschikking Hof Amsterdam 3 maart 2000, NJ 2000, 266, r.o. 2.2.

2 De Beschikking is gepubliceerd in NJ 2001, 51. Zij is besproken door G.A.M. Strijards in NJB 2000, blz. 2113-2119, en door Liesbeth Zegveld in MRT 2001, blz. 49 e.v.

3 De feiten zijn door het Hof samengevat in zijn beschikking van 30 september 1998.

4 Het Hof heeft als deskundige geraadpleegd Prof. C.J.R. Dugard, hoogleraar in het volkenrecht aan de Universiteit Leiden en Senior Council, Supreme Court of South-Africa.

5 De § 4.5.6 van het rapport van Prof. Dugard luidt: "Whether customary international law prohibited statutory limitations in respect of crimes against humanity in 1982 cannot be answered with absolute certainty. The 1968 Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity has not been widely ratified. However, the principal objection to this Convention in respect of crimes committed before 1968 is that it is retrospective. This consideration does not apply to crimes committed in 1982. In my opinion the 1968 Convention was, at least, declaratory of customary international law as it stood in 1968 with the result that crimes against humanity committed thereafter were imprescriptible. In their very nature such crimes, which have the character of a norm of jus cogens, are imprescriptible."

6 In zijn beschikking van 3 maart 2000 heeft het Hof onder 5.2 voorzover thans van belang overwogen: "Naar het oordeel van het hof moet voorshands worden aangenomen dat Bouterse ten tijde hier van belang in Surinaamse krijgsmacht was (...) zodat hij de hoedanigheid bezat die de Uitvoeringswet Folteringverdrag vereist. Voorts bestaat er een redelijk vermoeden dat de folteringen zijn begaan om de slachtoffers, die van hun vrijheid waren beroofd, vrees aan te jagen, te bestraffen en uit minachting voor hun aanspraken op menselijke waardigheid en/of dat, nog los van de fysieke folteringen, het opzet was gericht op het teweegbrengen van hevige angst of en andere vorm van ernstige geestelijke ontreddering als voormeld."

7 De bedoelde overwegingen van 's Hof's beschikking van 3 maart 2000 luiden:

"5.2.5 De slachtoffers zijn gedood. In het derde lid van artikel 1 van de uitvoeringswet is bepaald dat, indien het feit de dood tengevolge heeft, de schuldige wordt gestraft met de aldaar vermelde straffen. Deze bepaling lijkt ervan uit te gaan dat het opzet niet op de dood behoeft te zijn gericht en dat sluit derhalve wellicht toepassing van de Uitvoeringswet in het onderhavige geval uit indien het opzet van de daders primair op het doden was gericht.

5.2.1 Voor de beantwoording van de hier aan de orde zijnde feitelijke en juridische vragen zal verder onderzoek noodzakelijk zijn. Het hof sluit niet uit dat de strafrechter op grond van het vorenstaande tot de bevinding zal komen, dat de executie van de slachtoffers niet onder de werking van meergenoemde wet valt. Voorts kan niet worden uitgesloten dat verwondingen zijn toegebracht nadat de slachtoffers reeds waren gedood.

5.2.2 Voorshands tekent het hof met betrekking tot het hiervoor overwogene echter aan dat het niet goed begrijpelijk zou zijn, indien rechtens zou moeten worden aangenomen dat een foltering die de dood ten gevolge heeft in de geschetste omstandigheden wél hier te lande kan worden bestraft, maar niet een moord die door een foltering is voorafgegaan."

8 De § 8.4.4 van het rapport van Prof. Dugard luidt: "The Convention against Torture is declaratory of existing customary law in so far as its prohibition, punishment and definition of crime are concerned. This applies particularly to the crime of torture in so far as it meets the requirements of the crime against humanity of which it was, and still is, an integral part. Thus it might persuasively be argued that the 1988 Torture Act could be applied retrospectively to cover conduct that was illegal under Dutch law before 1989 but was not criminalized under

the name or torture - such as assault, murder, etc."

9 Rechtsoverweging 8.4 van de Beschikking luidt: "Het hof acht het evenwel wenselijk dat de rechter die over deze zaak ten gronde zal oordelen de vrijheid behoudt het feit of de feiten naar eigen inzicht te kwalificeren. Daarom zal het bevel tot vervolging niet worden geclausuleerd ten aanzien van de precieze juridische grondslag waarop de vervolging zal dienen te geschieden."

10 Ik volsta met slechts te noemen: de Rode Kruis Conventies van Genève (1949), het Verdrag van Den Haag tot bestrijding van het wederrechtelijk in zijn macht brengen van luchtvaartuigen (1970), het verdrag van Montreal tot bestrijding van wederrechtelijke gedragingen gericht tegen de veiligheid van de burgerluchtvaart (1971), de VN-Conventie ter voorkoming van misdrijven tegen internationaal beschermde personen (1973) en het Internationaal verdrag tegen het nemen van gijzelaars (1979) en het VN-Folteringverdrag (1984).

11 Democratic Republic of the Congo v. Belgium, General List No. 121.

12 Bij beschikking van 11 november 1997, NJ 1998, 463, m.nt. 'tH, heeft Uw Raad buiten twijfel gesteld dat bij de Wet Oorlogsstrafrecht universele strafrechtmacht is gevestigd ter zake van feiten als bedoeld in de artikelen 8 en 9 van die Wet.

13 D.H. de Jong, Naar een common law-conceptie van legaliteit?, Delikt en Delinkwent 1999, blz. 687-690. M.A. Loth, Verloren zekerheid? Over vertrouwen en rechtszekerheid in het strafrecht, in: P.C. Bogert & T. Kooijmans (red.) Over de grens van het legaliteitsbeginsel, Rotterdam, 2000, blz. 79-95.

14 Wet van 29 september 1988, Stb. 1988, 478.

15 Trb. 1989, 20.

16 B.V.A. Röling, in zijn noot onder B.R.C. 12 januari 1949, NJ 1949, 87, inzake Rauter, wijst erop dat twee regels in het spel zijn: de eis van recht dat niemand gestraft worde voor iets dat niet als strafwaardig werd beschouwd tijdens het plegen, en de eis van een bepaalde liberale politiek dat niet gestraft mag worden als de wet niet vooraf die strafbaarheid heeft uitgestippeld.

17 "(...) iedere machtsuitoefening door of namens de overheid (waarvan toepassing van het materiële strafrecht een zeer ingrijpende is) behoort te zijn gebaseerd op geschreven gedragsregels. Dat dient mede de democratische legitimatie van de strafrechtspleging." J. de Hullu, Materieel strafrecht, Deventer, 2000, blz. 88.

18 Vgl. O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Baden-Baden, 1999, blz. 450-451, aant. 9-13 op art. 22 (Bruce Broomhall).

19 EHRM 22 november 1995 (C.R. v. U.K.), A 335-C, NJ 1997, 1, m.nt. Kn, (§ 32); EHRM 22 maart 2001 (Streletz, Kessler and Krenz v. Germany), (§ 50).

20 A.J.A. van Dorst, Enkele aspecten van artikel 1 Wetboek van Strafrecht, in: Macht en Onmacht van de Wetgever (KUB-bundel), Deventer, 1978, blz. 169-187 (blz. 173).

21 Vgl. de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Uitvoeringswet, Kamerstukken II, 1986-1987, 20042, nr. 3, blz. 2 en 7.

22 EHRM 9 februari 1995, Welch v. UK, A 307-A, NJ 1995, 606, m.nt. Kn. In overeenkomstige zin: EHRM 8 juni 1995, Jamil tegen Frankrijk, A 320, NJ 1996, 1, m.nt. Kn.

23 D.J. Harris, M. O'Boyle & C. Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, Londen/Dublin/Edinburgh, 1995, blz. 277. Ongeveer in dezelfde zin: J.A. Frowein & W. Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 2e druk, Kehl, 1996, blz. 326.

24 P. van Dijk en G.H.J. van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, derde druk, blz. 486.

25 Omtrent de wijziging, bij het opstellen van EVRM en IVBPR, van penal (strafbaar), uit art. 11(2) Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, in criminal (strafbaar of strafwaardig) zie K.J. Partsch, Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention, Berlijn, 1966, blz. 172.

26 Aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties bij Resolutie 3452 (XXX), 9 december 1975.

27 Ik laat terzijde dat de omschrijving van foltering in het Verdrag wat ruimer is dan in de Declaration. De verschillen worden uiteengezet in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Goedkeuringswet (Stb. 1988, 477): Kamerstukken II, 1985-1986, 19617(R1312) nr. 3, blz. 18.

28 Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate a.o., Ex Parte Pinochet Ugarte (No. 3), 24 March 1999, The Weekly Law Reports, Vol. 2, 1999, blz. 827-927. De uitspraak is tevens afgedrukt in International Legal Materials, 1999, blz. 581 e.v.

29 Zoals opgemerkt door Bassiouni: "General principles of law can seldom satisfy the minimum standards of specificity that legality requires."

M.Ch. Bassiouni, Crimes Against Humanity in International Criminal Law, Den Haag/Londen/Boston, 2e druk, 1999, blz. 169.

30 Vgl. art. 18 EVRM en art. 5, eerste lid, IVBPR.

31 M. Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, Kehl, 1993, blz. 281.

32 Vgl. G. Ginsburgs & V.N. Kudriavtsev, The Nuremberg Trial and International Law, Dordrecht/Boston/Londen, 1990, blz. 152. Uitvoerig: G. Schwarzenberger, International Law as applied by international courts and tribunals, Vol. II, Londen, 1968, blz. 485-495. Zie ook H.-H. Jescheck, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, Bonn, 1952, blz. 297; Telford Taylor, The Anatomy of the Nuremberg Trials, Boston, 1992, blz. 629, en (genuanceerd): B.V.A. Röling & A. Cassese, The Tokyo Trial and Beyond, Cambridge, 1993, blz. 65-70.

33 Rechtvaardiging van het met terugwerkende kracht strafbaar stellen van de crimes against

humanity uit de tweede wereldoorlog is wel gezocht in de methode en de grootschaligheid ervan, "until then unknown to mankind. To that extent they were the first of a kind. The absence of positive law foreseeing such crimes was, therefore, inevitable". M.Ch. Bassiouni, *Crimes Against Humanity*, o.c., blz. 167.

34 Vgl. art. 32 Weens verdragenverdrag, dat verwijst naar de voorbereidende werken ingeval de betekenis van een verdragsbepaling dubbelzinnig of duister is.

35 K.J. Partsch, *Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlijn, 1966, blz. 172-173.

36 P. Rolland in L.E. Pettiti, E. Decaux, P.H. Imbert (red.) *La Convention Européenne des droits de l'homme*, Parijs, 1995, blz. 299-300.

37 M.J. Bossuyt, *Guide to the "travaux préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht/Boston/Lancaster 1987, blz. 330-332.

38 Dit maakt begrijpelijk dat Duitsland bij ratificatie van het EVRM ten aanzien van het tweede lid van art. 7 een voorbehoud heeft gemaakt.

39 ECRM 18 september 1961, Application No. 1038/61, Yearbook 1961, blz. 324 e.v. (blz. 336).

40 P. van Dijk en G.H.J. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, derde druk, blz. 486. In dezelfde zin J.A. Frowein & W. Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2e druk, Kehl, 1996, blz. 327.

41 De Draft Code, door de International Law Commission aangeboden aan de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, is gepubliceerd in o.a. Ch. van den Wyngaert c.s., *International Criminal Law, A Collection of International and European Instruments*, 2nd rev. ed, Den Haag, 2000, blz. 215 e.v.

42 Trb. 2000, 120.

43 Niet ondenkbaar is bijvoorbeeld dat ooit ook de zorg voor het wereldmilieu tot die beginselen zal gaan behoren.

44 Appeals Chamber 20 februari 2001, Prosecutor v. Delali(and others ((elebi(i Case), § 173. Het betrof de strafbaarheid van schendingen van het gemeenschappelijke art. 3 van de Conventies van Genève.

45 O.c., blz. 488.

46 P. Rolland, l.c., blz. 301.

47 Om niet te hoeven kiezen tussen de vertalingen 'misdrijven tegen de mensheid' en 'misdrijven tegen de menselijkheid' gebruik ik de Engelse term.

48 Onbesproken kan thans blijven, aan de hand van welke criteria zou moeten worden vastgesteld of in casu van crimes against humanity sprake is.

49 "Tenslotte zij opgemerkt, dat de uitdrukking "wettelijke strafbepaling", evenals thans in artikel 1, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht het geval is, elke strafbepaling omvat, welke bij wet in materiële zin tot stand is gekomen." Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, 1975-1976, 13872, nrs. 1-5, blz. 51.

50 Kamerstukken II, 1975-1976, 13872, nr. 3, blz. 51; zie ook het Nader rapport aan de Koningin, blz. 100 (afgedrukt in Naar een nieuwe Grondwet, Deel 15). Zie daarover P.A.M. Mevis & T. Blom, in A.K. Koekkoek (red.), de Grondwet, derde druk, Deventer, 2000, blz. 212, aant. 4 op art. 16, en M.S. Groenhuijsen, Het Besluit Buitengewoon Strafrecht (1943) en het legaliteitsbeginsel in strafzaken, in: Corstens/Groenhuijsen (red.) Rede en Recht, Deventer, 2000, blz. 153-170 (blz. 166 e.v.).

51 Additioneel art. IX: "Artikel 16 is niet van toepassing ten aanzien van feiten, strafbaar gesteld krachtens het Besluit Buitengewoon Strafrecht."

52 Art. 3 BBS.

53 Vgl. M.C. Burkens c.s., Beginselen van de democratische rechtsstaat, Deventer, 1997, blz. 301 e.v.

54 Zie voor weergaven van diverse stelsels dienaangaande: Oppenheim's International Law, 9e druk (ed. R. Jennings & A. Watts), London, 1992, blz. 54-81; G. Dahm, 2e druk (J. Delbrück & R. Wolfrum), Völkerrecht, Band I/1, Berlin/New York, 1989, blz. 107-121.

55 Oppenheim's International Law, o.c., blz. 82-83.

56 Van Dijk & Van Hoof, o.c., blz. 17. In dezelfde zin tevens Dahm, o.c., blz. 101, en Akehurst's Modern Introduction to International Law, 7e druk (ed. P. Malanczuk), London/New York 1997, blz. 64-65.

57 Vgl. art. 91, derde lid, Grondwet.

58 Vgl. art. 38, eerste lid onder b, van het Statuut van het Internationale Gerechtshof van de Verenigde Naties: international custom, as evidence of a general practice accepted as law. Zie daaromtrent nader Oppenheim's International Law, 9e, (ed. Jennings & Watts), London, 1992, blz. 25-31.

59 Hierbij valt te wijzen op een opmerking van de regering in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet Oorlogsstrafrecht: "De Wetgever kan de toekomst niet volledig overzien. (...) Het is evenwel een eis van behoorlijk beleid voor de wetgever om zoveel doenlijk tijdig de feiten, die men strafbaar gesteld wil zien, en de straffen die men daartegen wil bedreigen, te formuleren. De wetgever mag van het beginsel, dat geen straf mag worden opgelegd dan uit kracht van een aan het strafbare feit voorafgegane wettelijke bepaling, slechts afwijken, indien de nood hem daartoe dwingt." Kamerstukken II, 1950-1951, 2258, nr. 3, blz. 3.

60 Vgl. P.H. Kooijmans c.s., Internationaal publiekrecht in vogelvlucht, 8e druk, Deventer, 2000, blz. 79; F.M.C. Vlemminx & M.G. Boekhorst in A.K. Koekkoek (red.), de Grondwet, derde druk, Deventer, 2000, blz. 477, aant. 13 op art. 94; J.W.A. Fleuren, T&C Grondwet,

Deventer, 1998, aant. 6 op art. 94; M.C. Burkens c.s., *Beginnelsen van de democratische rechtsstaat*, Deventer, 1997, blz. 304; C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel Recht*, 3e druk, Deventer, 1997, blz. 168; J.G. Brouwer, *Verdragsrecht in Nederland*, Zwolle, 1992, blz. 310-314; J. van Soest, *Rechterlijke toetsing aan ongeschreven internationaal recht*, in: *Non ex regula, Liber amicorum J. van der Hoeven*, Deventer, 1985, blz. 173-175.

61 In de Inleiding tot het Europees bestuursrecht (J.H. Jans c.s.), Nijmegen, 1999, blz. 151, wordt gesteld dat deze regel uitzondering lijdt met betrekking tot communautaire rechtsbeginselen. Tot die beginselen behoort het rechtszekerheidsbeginsel; vgl. HvJ EG 8 juni 2000 nr. C-396/98 (*Schlo(stra)(e)*), § 44.

62 HR 6 maart 1959, NJ 1962, 2, m.nt. DJV.

63 Kamerstukken II, 1977-1978, 15049 (R1100), nr. 3, blz. 12/13. Zie ook het Nader rapport aan de Koningin, blz. 23, de Nota naar aanleiding van het eindverslag, 1979-1980, nr. 10, blz. 10/11, de Memorie van Antwoord (Eerste Kamer) 1980-1981, nr. 19, blz. 1-2, en Handelingen Eerste Kamer, 1980-1981, blz. 241 (afgedrukt in *Naar een nieuwe Grondwet*, Deel 26).

64 Vgl. (niet ten aanzien van strafbaarstelling maar ten aanzien van huiszoeking) HR 9 januari 1998, AB 1999, 149 m.nt. ThGD, NJ 1998, 724, m.nt. Sch. Zie ook (t.a.v. art. 13 EVRM) HR 18 februari 1986, NJ 1987, 62.

65 Vgl. Haentjens & Swart in: Swart & Klip (ed.) *International Criminal Law in the Netherlands*, Freiburg, 1997, blz. 27-28.

66 Afgezien van art. 27a Buitengewoon Besluit Strafrecht; de daarin vervatte strafbaarstelling van misdrijven tegen de menselijkheid geldt ingevolge art. van dat Besluit slechts feiten "gedurende den tijd van den huidige oorlog voor 15 mei 1945 begaan".

67 Vermoedelijk zal daarin spoedig verandering komen bij de implementatie van het Statuut van het Permanente Internationale Strafgerechtshof. Een wetsvoorstel tot goedkeuring is op 7 november 2000 aan het Parlement aangeboden (27484(R1669)).

68 R.R. Baxter, *The municipal and international law basis of jurisdiction over war crimes*, in: M.Ch. Bassiouni & V.P. Nanda, *A treatise on International Criminal Law*, Springfield, 1973, blz. 65-80.

69 M.Ch. Bassiouni, *International Criminal Law* (second edition), New York 1999, blz. 243 e.v. (Canada), 306 (Australië), 325 e.v. (U.K.) en 331 e.v. (U.S.A.).

70 *Nuliarimma v. Thompson*, [1999] FCA 1192 (1 september 1999), §§ 32 en 54-58. Rechter Merkel kwam tot een andere uitkomst (§ 186).

71 Ook art. 1 van het VN-Folteringverdrag, waarop art. 1 van de Uitvoeringswet is gebaseerd, biedt voor de door het Hof aan de laatstgenoemde bepaling gegeven uitleg geen aanknopingspunt.

72 Indien de doodslag of moord een schending oplevert van de wetten en gebruiken van de oorlog geldt wel universele strafrechtsmacht, ingevolge art. 3, onder 1°, Wet Oorlogsstrafrecht.

73 Zie daaromtrent ook het vorige middel.

74 *Plewa v. Chief adjudication officer* [1994] 3 Weekly Law Reports 317 (blz. 322 D-F). De zaak betrof de afschaffing van een speciale strafuitsluitingsgrond die was vervat in section 119 Social Security Act 1975. Die afschaffing werd niet terugwerkend toegepast.

75 Kamerstukken II, 1986-1987, 20042, B, blz. 6.

76 Cursivering toegevoegd.

77 Zie m.b.t. universele jurisdictie i.h.b. de Memorie van toelichting, Kamertukken II, 1986-1987, 20042, nr. 3, blz. 4-6.

78 Akehurst's *Modern Introduction to International Law*, 7e druk (ed. P. Malanczuk), London/New York 1997, blz. 112; G. Dahm, 2e druk (J. Delbrück & R. Wolfrum), *Völkerrecht*, Band I/1, Berlin/New York, 1989, blz. 320-322; P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, 8e druk, Deventer, 2000, blz. 56; D. Oehler, *Internationales Strafrecht*, 2e druk, Köln/Berlin/Bonn/München, 1983, blz. 148 (§ 148); Oppenheim's *International Law*, 9e druk, (ed. Jennings & Watts), London, 1992, blz. 468; Brigitte Stern, *Better Interpretation and Enforcement of Universal Jurisdiction*, in: Chr.C. Joyner (ed.) *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights, proceedings of the Syracuse Conference 17-21 September 1998*, blz. 175-188; G.A.M Strijards, *Internationaal strafrecht, strafrechtsmacht*, Arnhem, 1984, blz. 159 en 165-166.

79 "Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable." Permanent Court of International Justice, 7 september 1927, PCIJ Reports Series A, nr. 10, blz. 19.

80 De preambule van het Verdrag houdt onder meer in: "Having regard also to the Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture (...) adopted by the General Assembly on 9 December 1975".

81 Vgl. Burgers & Danelius, o.c., blz. 58, 60, 72, 78-80.

82 Anders de door het Hof geraadpleegde deskundige, Prof. Dugard; vide § 5.7.7 en § 8.4.4 van zijn rapport.

83 Vgl. A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, 2000, blz. 142.

Zie voorts HR 4 februari 1986, NJ 1986, 672 m.nt. ThWvV. (Ook voor uitleveringsverdragen geldt de genoemde regel, ook al kan een uitleveringsverzoek betrekking hebben op feiten vóór de inwerkingtreding van het verdrag begaan. Vgl. HR 2 april 1985, NJ 1985, 890 m.nt. AHJS, r.o. 5.3: De handeling waarop het aankomt voor de beantwoording van de vraag of aan het uitleveringsverdrag bindende kracht toekomt, is het indienen van het verzoek tot uitlevering.)

84 De vraag of, ten aanzien van foltering, wettelijke vestiging van jurisdictie met

terugwerkende kracht in strijd zou zijn met het legaliteitsbeginsel kan hier onbesproken blijven. H.Ch. Ingelse (De rol van het Comité in de ontwikkeling van het VN-Verdrag tegen Foltering, diss. Maastricht, 1999, blz. 274-275) beantwoordt die vraag ontkennend. Anders echter J.J.E. Schutte, *Enforcement measures in international criminal law*, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 52 (1981), blz. 441-453 (blz. 451).

85 Wetten die strafrechtsmacht vestigen met terugwerkende kracht komen wel voor; vgl. m.b.t. oorlogsmisdrijven en crimes against humanity art. 4 jo. art. 27a Buitengewoon Besluit Strafrecht. Een ander voorbeeld vormt Section 7(3.71) van de Criminal Code van Canada; die bepaling verleent strafrechtsmacht uitdrukkelijk met betrekking tot crimes against humanity die hebben plaatsgevonden vóór haar inwerkingtreding. Zie hieromtrent Chr. A. Amerasinghe, *The Canadian Experience*, in: M.Ch. Bassiouni, *International Criminal Law* (second edition), New York 1999, blz. 243 e.v. Hetzelfde geldt voor de Britse War Crimes Act 1991, art. 1(1)(a), met betrekking tot war crimes; zie daarover Jane L. Garwood-Cutler, in: Bassiouni, *International Criminal Law* 2d, blz. 325-329. De Australische War Crimes Amendment Act 1988 verleent eveneens jurisdictie, met terugwerkende kracht, voor feiten uit de tweede wereldoorlog; zie G. Triggs, *Australia's War Crimes Trials: All Pity Choked*, in: T.L.H. McCormack & G.J. Simpson, *The Law of War Crimes*, Den Haag/Londen/Boston, 1997, blz. 123-149, en *Polyukovich v. Commonwealth of Australia*, 14 augustus 1991, 91 *International Law Reports*, blz. 1 e.v. (i.h.b. blz. 8 en 157). De statuten van het Joegoslaviëtribunaal en van het Rwandatribunaal verlenen aan die tribunaal jurisdictie met terugwerkende kracht. Al deze ex post facto bepalingen vallen onder de exceptie, eng uitgelegd, van het tweede lid van art. 15 IVBPR. Art. 11(1) van het Statuut voor een Permanent Internationaal Strafgerechtshof werkt niet terug: "The Court has jurisdiction only with respect to crimes committed after the entry into force of this Statute." (Aldus ook art. 24(1).)

86 <http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/audi.html> respectievelijk <http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/audi.html>.

87 "La norma procesal en cuestión ni es sancionadora desfavorable ni es restrictiva de derechos individuales, por lo que su aplicación a efectos de enjuiciamiento penal de hechos anteriores a su vigencia no contraviene el artículo 9, apartado tres, de la Constitución Española. (...) La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito." ("De onderhavige processuele norm is noch straffend ten nadele van de betrokkene noch beperkt zij de rechten van de individu, zodat haar strafprocessuele toepassing op feiten begaan vóór haar inwerkingtreding niet strijdt met art. 9 lid 3 van de Spaanse Grondwet. (...) De rechtsmacht is voorwaarde voor het proces, niet voor het delict." Bij de vertaling kreeg ik hulp van M.I. Veldt.) Nader over deze uitspraken: Richard J. Wilson, *Prosecuting Pinochet: International Crimes in Spanish Domestic Law*, 21 *Human Rights Quarterly* 1999, blz. 927-979, i.h.b. blz. 950-952.

88 *Ex Parte Pinochet*(No. 3), 2 W.L.R., blz. 833 A; 876 F. Lord Millet had een afwijkende mening: blz. 912 B-F.

89 Aldus J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer, 2000, blz. 95, E.M.H. Hirsch Ballin, *De zaak-Pinochet*, *Ars Aequi* 2000, blz. 481 e.v. (488);

A.C. 't Hart in: *Grondrechten* (Jeukensbundel), Nijmegen, 1982, blz. 338, en W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse Strafrecht*, 5e druk, 1959, blz. 61.

90 J.J.E. Schutte, Enforcement measures in international criminal law, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 52 (1981), blz. 441-453 (blz. 451).

91 G. Knigge, *Verandering van wetgeving* (diss. Groningen), Arnhem, 1984, blz. 241, 370.

92 G.A.M. Strijards, Neerlands dualisme en zijn strafmacht, *NJB* 2000, blz. 2113-2119 (i.h.b. blz. 2116-2118). In zijn *Internationaal strafmachtsrecht*, Arnhem, 1984, blz. 46/47, nam deze auteur nog een tussenstandpunt in, later bestreden door H.D. Wolswijk, *Locus delicti en rechtsmacht* (diss. Utrecht), Deventer, 1998, blz. 82-84.

93 D. Oehler, *Internationales Strafrecht*, 2e, Köln/Berlin/Bonn/München, 1983, blz. 434.

94 G. Gribbohm, in: *Leipziger Kommentar*, 11e (1997), 'Vor § 3', randnummer 148.

95 NLR, aant. 1 op art. 1: "Verder zal men niet alleen moeten denken aan de bepalingen waarop de straf direct gegrond is (...) maar aan het geheel van regelingen waarzonder de vervolging niet in een bestraffing zou kunnen eindigen, geen strafbaarheid gevestigd zou worden."

96 R. Koering-Joulin & A. Huet, *Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française; Infractions commises à l'étranger*, in: *Jurisclasseur Procédure Pénale*, aant. 100 op art. 689-696 (1991).

97 Voor huidig gewoonterecht kan dat worden aangenomen; vgl. M.Ch. Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Den Haag/Londen/ Boston, 2e druk, 1999, blz. 240.

98 Vgl. de presumption of non-retrospectivity, uitgedrukt door het House of Lords in *Plewa v. Chief adjudication officer*, hiervoren geciteerd.

99 BRC 17 februari 1947, NJ 1947, 87 (Ahlbrecht I).

100 Cursivering toegevoegd.

101 Art. 8 jo. art. 3, onder 1°, *Wet Oorlogsstrafrecht*.

102 Art. 4 jo. art. 27a *Buitengewoon Besluit Strafrecht*.

103 Vgl. art. 90 en 91 *Grondwet*.

104 Common law staten kennen verjaring van het recht tot strafvordering in het algemeen niet.

105 A.J.A. van Dorst, *De verjaring van het recht tot strafvordering*, diss. K.U.B. 1985, blz. 29/30 en 82-93.

106 C.F. Rüter, *Enkele aspecten van de strafrechtelijke reactie op oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid*, diss. U.v.A. 1973, blz. 58-63.

107 P.H. Kooijmans, Op het grensgebied van internationaal en nationaal recht: de verjaring van internationale misdrijven, Preadvies CJV, 1968, blz. 30-31.

108 NLR, aant 2 op art. 70 Sr.

109 Vgl. Chris van den Wyngaert, Strafrecht en Strafprocesrecht in hoofdlijnen, Antwerpen/Apeldoorn, 1999, blz. 595. Dit wordt miskend door Bassiouni, die in dit verband slechts van mercy en van forgiveness spreekt. M.Ch. Bassiouni, Crimes Against Humanity in International Criminal Law, Den Haag/Londen/Boston, 2e druk, 1999, blz. 226.

110 H.-H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlijn, vierde druk, 1988, blz. 812/813.

111 Wet van 19 januari 1989, Stb. 7 (inzake ernstige verontreinigingen van het milieu). (Wettelijke verlenging van nog lopende verjaringstermijnen is op zichzelf genomen niet in strijd met art. 7 EVRM: EHRM 22 juni 2000 (Coëme e.a. c. Belgique).)

112 Wel werd in de wettelijke verjaringsregels ingegrepen bij de Wet van 8 april 1971, Stb. 210. Daarbij werd met betrekking tot onder andere oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid als bedoeld in art. 27a Besluit Buitengewoon Strafrecht, feiten die zich hadden voorgedaan "gedurende den tijd van den huidige oorlog", verjaring uitgesloten. De te dien aanzien tevoren geldende verjaringstermijn kwam daarmee te vervallen. De regering sprak de erkenning uit dat deze ingreep derogeerde aan art. 1, tweede lid, Sr (Kamerstukken II, 1968-1969, 10251, nr. 3, blz. 6). Zie hierover nader Van Dorst, o.c., blz. 141/142; Knigge, o.c., blz. 359/360.

113 Uitvoerig over deze materie: Van Dorst, De verjaring van het recht tot strafvordering, blz. 264-277.

114 Hierin verschilt de voorliggende kwestie van bijvoorbeeld de wijziging die de wetgever heeft aangebracht in het verjaringsregime van zedendelicten, bij de Wet van 7 juli 1994, Stb. 529.

115 Zie bijvoorbeeld HR 19 november 1996, NJ 1997, 167; HR 26 oktober 1999, NJ 2000, 240 m.nt. Kn.

116 Bij de bespreking in de Tweede Kamer van de Invoeringswet van het nieuwe Wetboek van Strafrecht bestond er overeenstemming over dat onder 'gunstigste bepalingen' in art. 1, tweede lid, Sr begrepen zijn die met betrekking tot de verjaring. H.J. Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van strafrecht, V (1886) blz. 456-458.

117 NLR, aant. 8 op art. 1 Sr (in fine); HSR, 15e druk, blz. 503.

118 Van Dorst, o.c., blz. 274-277.

119 G. Knigge, o.c., blz. 585.

120 HR 1 juli 1977, NJ 1977, 601 m.nt. ThWvV acht ik te dezen niet beslissend, omdat het daar executieverjaring betrof. Daarop heeft art. 1, tweede lid, Sr geen betrekking; dat artikellid spreekt immers van verdachte, niet van veroordeelde. Vgl. NLR, aant. 8 op art. 1 Sr.

121 Hierbij ga ik ervan uit dat tevoren geen vervolgingshandelingen hebben plaatsgehad waardoor de verjaring zou zijn gestuit. (Bij Beschikking Hof Amsterdam van 30 september 1998, in deze zaak gewezen, is vastgesteld dat de Officier van Justitie te Amsterdam bij brief van 13 mei 1997 aan klagers heeft laten weten te hebben beslist niet tot strafvervolgning van Bouterse ter zake van moord te zullen overgaan.)

122 Bij de UN-Convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity (1968) is Nederland geen partij; het Europees Verdrag betreffende de niet-toepasselijkheid van verjaring ter zake van misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven (1974), waarbij Nederland wel partij is, is nog niet in werking getreden.

123 P.H. Kooijmans, Internationaal publiekrecht in vogelvlucht, Deventer, 8e druk, 2000, blz. 17/18.

124 I. Brownlie, Principles of Public International Law, 5th, Oxford, 1998, blz. 514-517: "Many problems remain: more authority exists for the category of jus cogens than exists for its particular content".

125 Akehurst's Modern Introduction to International Law, o.c., blz. 57/58: "State practice and international decisions have indeed been cautious in accepting the relevance of the concept."

126 Oppenheim's International Law, 9e, Vol. I, (ed. Jennings & Watts), London, 1992, blz. 7/8.

127 Zie voor uitvoerige beschouwingen daarover: R. Kolb, The Formal Source of Jus Cogens in Public International Law, Zeitschrift für öffentliches Recht, 1998, blz. 69-105.

128 Deze zorg wordt gedeeld door Bassiouni, die meent dat de oplossing moet worden gezocht in codificatie van het internationale strafrecht. M.Ch. Bassiouni, International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes, 59 Law and Contemporary Problems (1996) blz. 63-74 (i.h.b. blz. 67 en 72).

129 Vgl. D.H.M Meuwissen, De Europese Conventie en het Nederlandse Recht, diss. U.v.A. 1968, blz. 212-213. Meuwissen merkt echter op: "Zulks heeft alléén zin, wanneer voor het individu een internationale beroepsmogelijkheid, c.q. aansprakelijkheid bestaat." en: "Het is echter duidelijk dat ook bij de verwerkelijking van dit jus cogens de medewerking van de nationale rechtsorde noodzakelijk blijft."

130 Kamerstukken II, 1950-1951, 2079, blz. 14. In dezelfde zin, uitvoeriger, de Memorie van Antwoord, 1962-1963, nr. 5, blz. 4, l.k.

131 Uitzonderingen vormen de gegevens omtrent Italië en Griekenland, vermeld bij Middel V.

132 Ingevolge art. 15 EVRM resp. art. 4 IVBPR zijn die twee verdragsbepalingen Notstandsfest.

133 Aldus uitvoerig het ICTY vonnis inzake Furund(ija, Trial Chamber, IT-95-17/1-T, 10 december 1998, § 134-156 (met in noot 170 verwijzing naar nationale rechtspraak).

134 Datzelfde valt trouwens aan te nemen voor het verbod van 'mass extermination, arbitrary killings and summary executions' L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens)* in *International Law*, Helsinki, 1988, blz. 514-519.

135 New York, 26 november 1968; afgedrukt in *Kamerstukken II*, 1968-1969, 10251, nr. 4., en in Christine Van den Wyngaert c.s. (ed.), *International Criminal Law*, Den Haag/Londen/Boston, 2000, blz. 399. Nederland is bij deze conventie geen partij.

136 25 januari 1974, *Trb.* 1979, 69. Dit Verdrag, waarbij slechts vier staten partij zijn, waaronder Nederland, is nog niet in werking getreden.

137 L.c., § 157.

138 Art. 8 van de Wet betreffende de bestraffing van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht (1993) zoals gewijzigd in 1999.

139 § 78, tweede lid, *StGB*.

140 Wet van 26 december 1964; thans Art. 213-5 *Code Pénal*.

141 In de Franse rechtspraak is daaraan de conclusie verbonden dat crimes contre l'humanité, zoals omschreven in art. 6(c) van het Handvest van het IMT te Neurenberg (derhalve: indien gepleegd vóór of tijdens de tweede wereldoorlog) niet verjaren. *Cour de cassation, Chambre criminelle*, 26 januari 1984, *Bull. crim.* 1984, No. 34 (inzake Klaus Barbie).

142 Toen in de bekende zaak Barbie aan het Franse *Cour de Cassation* werd gevraagd de onverjaarbaarheid van crimes contre l'humanité uit te breiden tot oorlogsmisdrijven overwoog de cassatierechter "qu'aucun principe de droit ayant une autorité supérieure à celle de la loi française ne permet de déclarer imprescriptibles les crimes de guerre". In geval van eendaadse samenloop van een oorlogsmisdrijf en een crime contre l'humanité geldt de onverjaarbaarheid echter voor beide delicten. *Cour de cassation, Chambre criminelle*, 20 december 1985, *Recueil Dalloz* 1986, blz. 500 e.v.

143 Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel m.b.t. verjaring van oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid, *Kamerstukken II*, 1968-1969, 10251, nr. 3, blz. 4.

144 Nederland en Roemenië zijn de enige staten die dat verdrag hebben geratificeerd. Ook België en Frankrijk hebben het verdrag ondertekend, maar die staten hebben het niet geratificeerd.

145 E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 October 1997 (Commission on Human Rights; Sub-commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 49th session).

146 Principle 24.

147 E/CN.4/RES/1998/53, 17 april 1998.

148 E/CN.4/1999/57, 13 januari 1999, en E/CN.4/2000/90, 23 december 1999.

149 Dat wordt voorgestaan door M.Ch. Bassiouni: *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Den Haag/Londen/Boston, 2e druk, 1999, blz. 227.

150 Deze uitspraak wordt genoemd in het rapport van de door het Hof geraadpleegde deskundige, prof. Dugard (§ 4.5.4). Zij is kort weergegeven door S. Marchisio in *Yearbook of International Humanitarian Law* (man. ed. A. McDonald), T.M.C. Asser Press, Den Haag, Vol. 1 (1998), blz. 351-352. Een vertaling van de desbetreffende passages uit het vonnis leg ik aan Uw Raad over. Zie voor een korte weergave van de wederwaardigheden in appèl en in cassatie o.c. blz. 345 en 2 YIHL (1999) blz. 386-387.

151 Telefonische informatie verstrekt door het Nederlandse Ministerie van Buitenlandse Zaken.

152 Bij Beschikking Hof Amsterdam 30 september 1998, NJ 2000, 266, is vastgesteld dat ten minste één der slachtoffers de Nederlandse nationaliteit bezat.

153 Vgl. VN-Folteringverdrag, art. 5, eerste lid aanhef en onder (c). Zie omtrent dit beginsel D. Oehler, o.c., blz. 413-427.

154 De Nederlandse wet voorziet niet in strafrechtsmacht op grond van het passief nationaliteitsbeginsel; de strafvervolgning zou dus moeten berusten op strafrechtsmacht uit anderen hoofde.

155 Voor Nederland valt bijvoorbeeld te denken aan art. 4 Wetboek van Militair Strafrecht.

156 Burgers & Danelius, o.c., blz. 36.

157 Burgers & Danelius, o.c., blz. 58.

158 Vgl. m.b.t. de onderhavige zaak: A.H. Klip, *Dubbele vervolging voor de decembermoorden?*, NJB 2000, blz. 2120-2121.

159 De desbetreffende bepalingen zijn weergegeven o.a. in M.Ch. Bassiouni en E.M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare*, Dordrecht/Boston/Londen 1995.

160 *International Convention for the Suppression of Counterfeiting Currency*, 20 april 1929, Stb. 1932, 130.

161 Cursivering toegevoegd.

162 J.S. Pictet c.s., *Commentary on the IVth Geneva Convention*, Genève, 1958, blz. 593.

163 Cursivering toegevoegd.

164 *Convention for the suppression of unlawful seizure of aircraft*, Den Haag, 16 december 1970, Trb. 1971, 50.

165 *Convention for the suppression of unlawful acts against the safety of civil aviation*, Montreal, 23 september 1971, Trb. 1973, 218.

166 European Convention of the suppression of terrorism, Straatsburg, 27 januari 1977, Trb. 1977, 63.

167 Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, New York, 14 december 1973, Trb. 1981, 69.

168 International Convention Against the Taking of Hostages, New York, 18 december 1979, Trb. 1981, 53.

169 Single Convention on narcotic drugs, 1961, as amended by the 1972 Protocol, Trb. 1987, 90.

170 Convention on Psychotropic Substances, 21 februari 1971, Trb. 1989, 129.

171 Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, Wenen, 20 december 1988, Trb. 1989, 97.

172 ICTY, Prosecutor v. Furund(ija, Trial Chamber, IT-95-17/1-T, 10 december 1998, § 156.

173 "The limiting factor that prevents the exercise of extraterritorial criminal jurisdiction from amounting to an unwarranted interference with the internal affairs of another state is that, for the trial to be fully effective, the accused must be present in the forum state." Ex Parte Pinochet (No. 3), 24 maart 1999, 2W.L.R. 1999, blz. 827 e.v. (910 A).

174 Chris van den Wyngaert, Strafrecht en Strafprocesrecht in hoofdlijnen, Antwerpen/Apeldoorn, 1999, blz. 138, 587.

175 BGH 13 februari 1994, Neue Zeitschrift für Strafrecht 1994, blz. 232. BGH 30 april 1999, NStZ 1999, blz. 396 (met kritische noot Ambos, Juristische Rundschau 2000, blz. 202 (met kritische noot Lagodny); beroep op het Bundesverfassungsgericht verworpen: BVerfG 12 december 2000, EuGRZ 2001, blz. 76.

176 Vermeld in de vorige noot.

177 BGH 11 december 1998, NStZ 1999, blz. 236.

178 Vgl. Cour de cassation, Chambre criminelle, 26 maart 1996, Bulletin des Arrêts, Chambre criminelle, No. 132; idem 6 januari 1998, Bull. cass. crim., No. 2. Kritisch over deze arresten: Brigitte Stern, American Journal of International Law, 1999, blz. 525-529.

179 Informatie ontvangen van Colonel Dimitrios Zafiropoulos, Hellenic National Defence General Staff.

180 Opgave van het Italiaanse ministerie van justitie, verkregen door tussenkomst van dr Elisabetta Manunza, werkzaam aan de K.U.B.

181 Section 11 is weergegeven in Polyukovich v. Commonwealth of Australia, 14 augustus 1991, 91 International Law Reports, blz. 1 e.v. (i.h.b. blz. 10, 66 en 160). Zie ook G. Triggs, Australia's War Crimes Trials: All Pity Choked, in: T.L.H. McCormack & G.J. Simpson, The

Law of War Crimes, Den Haag/Londen/Boston, 1997, blz. 123-149 (128).

182 Section 7(3.71) (b): "[if] at the time of the act or omission, Canada could, in conformity with international law, exercise jurisdiction over the person with respect to the act or omission on the basis of the person's presence in Canada and, subsequent to the time of the act or omission, the person is present in Canada." Vide *R. v. Finta*, Canada, Supreme Court, 24 March 1994, International Law Reports Vol. 104, blz. 284 e.v. (305): "Parliament's intention was to extend the arm of Canada's criminal law in order to be in a position to prosecute these extraterritorial acts if the alleged perpetrators were discovered in our midst."

183 *De jure belli ac pacis* (1625), Liber II, Caput XXI, para III-1,2, IV-1 (ed. F.W. Kelsey, New York, 1964).

184 *Cursivering toegevoegd*.

185M. Donnedieu de Vabres, *Le système de la répression universelle*, XVIII *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, 1923, blz. 549.

186 S.Z. Feller, *Jurisdiction over offenses with a foreign element*, in: M.Ch. Bassiouni & V.P. Nanda, *A treatise on International Criminal Law*, Springfield, 1973, blz. 5-64 (blz. 33).

187 C. Lombois, *Droit Pénal International*, 2e druk, Parijs, 1979, blz. 393/394 (§ 322).

188 D. Oehler, *Internationales Strafrecht*, 2e, Köln/Berlin/Bonn/München, 1983, blz. 532 (§ 878 en § 879).

189 *Oppenheim's International Law*, o.c., blz. 468.

190 B. Stern, *Better Interpretation and Enforcement of Universal Jurisdiction*, l.c., blz. 177.

191 *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*, General List No. 121.

192 *Kamerstukken II*, 1986-1987, 20042, nr. 3, blz. 6.