

(D)

Aan: Mr J. de Wijkerslooth
Van: ██████████
Datum: 13 maart 2001
Inzake: aangifte Z.

1. De brief van Ton Maan komt er als volgt uit te zien. Ik paste de redactie enigszins aan ten opzichte van de cassatievoordracht:
 - a. ik verwijderde iedere referentie aan de beschikking van het Hof Amsterdam in de zaak Bouterse de dato 20 november 2000; ik noem Bouterse ook nergens;
 - b. het college van PPG's werd "ik" (de OvJ) die sprekend ingevoerd wordt via tussenvoegingen als "naar mijn mening" en "ik oordeel";
 - c. in de cassatievoordracht wordt verwezen naar de mogelijkheid om het wettelijk systeem te veranderen tav de legaliteitsidee; dat heb ik verwijderd, want dat lijkt erop dat de OvJ ook betreurt dat hij Z. niet kan vervolgen en dat hij de wetgever oproept daaraan iets te doen;
 - d. het slot werd aangepast cfm instructie; wat de beslissing van de PG bij de HR inhoudt wordt slechts vaag aangeduid.

Ik voeg het floppy bij om het in de juist format te doen gieten door Ton Maan; de brief komt tenslotte van de arrondissementsparket A'dam (en niet van het college); ██████████ weet dat zij na fiatting door jou het tekst moet E-mailen; code 130301.ZOR aan Maan.

CONCEPT

Aan: Mr. B.Boehler
(enz)

WelEdelGestrenge Vrouwe,

Naar aanleiding van uw aangifte van 12 januari 2001 deel ik u mede dat naar mijn oordeel het Openbaar Ministerie terzake van het door u genoemde feitencomplex -- deelneming aan foltering en misdrijven tegen de menselijkheid begaan door de leden van de regering van Argentinië tussen 1976 en 1983 -- nimmer strafrechtelijke rechtsmacht heeft gehad wegens het ontbreken van toereikende jurisdictie als bedoeld in de artikelen 2 tot en met 7 van het Wetboek van Strafrecht. Aan dit oordeel liggen de volgende overwegingen ten grondslag die ik per alinea genummerd heb.

1.1.1. U neemt kennelijk aan -- gelet op de bewoordingen van uw aangifte -- dat het in uw aangifte omschreven feitencomplex, indien bewezen, dient te worden beschouwd als misdrijven tegen de menselijkheid/foltering naar internationaal recht, mede omdat zij zijn begaan op een systematische manier volgens een tevoren beraamd plan. Voorts gaat u er van uit dat (1) deze feiten rechtstreeks volgens internationaal gewoonterecht strafbare

misdrijven waren op het moment van het begaan ervan, (2) dat dit gewoonterecht leidde tot de directe strafrechtelijke aansprakelijkheid van ieder van de door u genoemde leden van de Argentijnse regering voor zich en afzonderlijk en voorts (3) dat dit recht thans de staat der Nederlanden direct legitimeert tot de uitoefening van universele rechtsmacht terzake van de nationale staat niettegenstaande het feit dat "foltering" en "misdrijven tegen de menselijkheid" in de door u in uw aangifte genoemde periode naar Nederlands strafrecht niet waren erkend als zelfstandige strafbare feiten in enige in de nationale -- Nederlandse -- wet vervatte delictomschrijving.

1.1.2. Op basis van deze uitgangspunten bent u kennelijk van mening dat de te dezen de uit het strafrechtelijk en strafvorderlijk legaliteitsbeginsel -- zoals verwoord in de artt. 1 Sr, 1 Sv en 16 GW -- voortvloeiende beperkingen met betrekking tot de uitoefening van jurisdictie en strafbaarheid terzake van "foltering" en "crimes against humanity" niet toepasselijk zijn. Uw aangifte berust immers -- mede -- op de premisse dat Nederland gerechtigd is met terugwerkende kracht jurisdictie te claimen over het door u in uw aangifte gedefinieerde feitencomplex ongeacht de strafbaarheid van dat complex op het moment van het begaan ervan naar enige Nederlandse wettelijke bepaling.

1.1.3. Ik kan deze premisse niet delen. Noch de geschiedenis van de totstandkoming van het in art. 1 Sr neergelegde nulla poenabeginsel, noch die betreffende de totstandkoming van het in art. 1 Sv verwoorde strafvorderlijke legaliteitsbeginsel noch die aangaande de constitutionele waarborg als verwoord in art. 16 GW bieden steun aan deze veronderstelling -- kennelijk voortvloeiend uit een rechtsopvatting betreffende de directe doorwerking binnen de Nederlandse rechtssfeer van zogeheten "declaratoir volkenrecht". Integendeel. De beperkingsnorm voor de uitoefening van strafrechtelijke rechtsmacht en enige strafvorderlijke bevoegdheid blijft onverkort dat strafbaarheid slechts kan worden aangenomen uit kracht van een voor het begane feit bestaande wettelijke strafbepaling als bedoeld in het eerste lid van art. 1 Sr. Weliswaar kent Nederland de mogelijkheid -- ingevolge art. 93 GW -- dat bepaalde verdragsbepalingen direct verbindende werking hebben in de Nederlandse rechtssfeer, maar deze mogelijkheid heeft geen betrekking op bepalingen waarbij strafbaarstellingen worden gedefinieerd, ook niet wanneer deze eventueel een declaratoire werking zouden hebben, waarbij dezerzijds uitdrukkelijk in het midden blijft wat de criteria zijn om deze "declaratoire werking" vast te stellen en welk nationaal orgaan daartoe bevoegd zou zijn.

1.2. Immers, Nederland hanteert ten aanzien van in het volkenrecht gedefinieerde strafbaarstellingen een absoluut *dualistische* benadering¹. Dat houdt in beginsel in:

¹ In deze context worden de termen "dualistisch" versus "monistisch" gebezigd in de klassieke zin waarin C.W. van der Pot en A.M. Donner deze gebruiken in hun Handboek van het Nederlandse Staatsrecht, 1983, pp 461-462. Beklemtoond worde, dat Nederland, in deze zin, voor wat betreft de rechtstreekse werking van verdragsrecht betreft, aangemerkt kan worden als gematigd monistisch, behoudens, voor voorzover

(1) dat uit het internationale recht stammende materiële delictsoomschrijvingen in de Nederlandse rechtssfeer de bijzondere persoon alleen kunnen verbinden, wanneer deze omschrijvingen, te zamen met de bijbehorende strafbedreigingen, op het moment van het begaan van het strafbare feit, bijwege van een nationale wet in formele zin waren getransformeerd als strafbaarstellingen;

(2) dat de uit het internationale recht stammende materiële bepalingen omtrent de heerschappij van het strafrecht, waarop de extraterritoriale strafmacht van Nederland terzake van die feiten berust, eveneens op het moment van het begaan van het strafbare feit, bijwege van zo'n nationale wet in de nationale rechtssfeer waren getransformeerd.

1.3. De beperkingsnorm, geformuleerd onder 1.2.(1) vloeit, ook bij de huidige stand van het volkenrecht, nog altijd rechtstreeks voort uit het in art. 16 GW neergelegde nulla poena-beginsel. Naar Nederlands recht kan geen feit strafbaar zijn dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling. Uit de wetsgeschiedenis van het artikel vloeit voort dat deze waarborgnorm ook geldt indien de strafbaarstelling direct voortvloeit uit het dwingend volkenrecht of *ius cogens*.

Immers, de regering vond het nodig om bij de grondwetsherziening van 1983 te voorzien in een aparte overgangsbepaling bij Additioneel artikel IX teneinde te bereiken dat art. 27a BBS² niet zou conflicteren met het nieuwe art. 16 GW. Art. 27a BBS bepaalt dat "misdrijven tegen de menselijkheid" als omschreven in het Handvest van het Internationaal Tribunaal van Neurenberg van 1945, naar Nederlands recht strafbaar zijn, ook al waren deze delicten niet als strafbare feiten gedefinieerd krachtens een Nederlands wettelijk voorschrift op het moment van het begaan ervan. In zoverre bevat het BBS exceptioneel recht, omdat het derogeert aan het materiële legaliteitsbeginsel³. Deze bijzondere bepaling was volgens de regering nodig, omdat deze feiten, op het moment dat zij begaan werden, naar Nederlands recht niet als strafbare feiten erkend waren bijwege van wet in formele zin als bedoeld in art. 1.1 Sr⁴. Als de regering van oordeel was geweest dat bepalingen, *herkomstig uit het materiële ius cogens -- waartoe het Neurenbergse Handvest ontwijfelbaar behoort naar Nederlands recht zonder tussenkomst van de wetgever in formele zin zouden kunnen werken*, was deze Additionele bepaling IX niet nodig geweest. De strekking

het strafbaarstellingen betreft, omdat de wetgever via de artt. 1.1. Sr en 16 GW in zoverre een waterscheiding heeft opgetrokken tussen nationaal en internationaal recht.

² Besluit van 22 december 1943, Stbl. D 61, aangevuld bij wet van 10 juli 1947, Stbl. H 233; daaromtrent: M.H.Kodertisch, *Herstelwetgeving, 's-Gravenhage/Batavia 1946*, pp 65 VV.

³ Zie Bijzondere Raad van Cassatie, 12 januari 1949, NJ 1949, 87 m.o. BVAR; zie G.Knigge, *Verandering van wetgeving*, Arnhem, 1984, pp 193-198 en J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer 2000, p. 96.

⁴ Bijlage Handelingen II, 1975-1976, 13 872, nr 3 p. 51 nr 4 p. 99.

van het BBS is geweest voor de bij dat Besluit omschreven misdrijven het bij art. 1.1. Sr omschreven nulla poena-beginsel opzij te zetten⁵.

Ongetwijfeld had de wetgever, voor wat betreft de direct uit het dwingend ongeschreven volkenrecht of het strafrechtelijke verdragsrecht voortvloeiende delictsommschrijvingen, de nationale rechtssfeer kunnen openstellen voor de rechtstreekse werking van dat internationale strafrecht. Het is mogelijk dat hij zulks gaat doen in het kader van de implementatie van zijn verplichtingen voortvloeiend uit de goedkeuring van het op 17 juli 1998 tot standgekomen Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof (zie: Kamerstukken II, 200-2001, 27484 (R 1669)). Tot op heden is dat in ieder geval nog niet gebeurd. Naar mijn oordeel dient het de wetgever en niet de (nationale) rechter te zijn die het strafrechtelijk en strafvorderlijk legaliteitsbeginsel in zoverre nuanceert en (eventueel) zelfs terzijde stelt.

1.4. De wetgever heeft tot op heden niet willen weten van de rechtstreekse doorwerking in de Nederlandse rechtsorde ten behoeve van het internationale publieke recht, voorzover het gaat om in het ius cogens gedefinieerde strafbare feiten. Natuurlijk kan men opwerpen dat hier de Nederlandse wetgever gaandeweg toch van een opvallende asymmetrie is gaan gewagen. En wel sedert het moment dat de Nederlandse Grondwet een bepaling over zogeheten "self executing" internationaal recht is gaan bevatten, waardoor de nationale rechtssfeer als het ware is opengesteld voor internationaal recht. Die openstelling is echter beperkt en eenzijdig. Slechts als die rechtsreeks doorwerking leidt tot een *rechtspositieverbetering* van degene die in de Nederlandse rechtssfeer verkeert, is er tegen die nationale rechtsafstand geen constitutioneel of wettelijk bezwaar. Ik verwijs u naar de gangbare interpretatie met betrekking tot art. 93 GW, waarin "bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud eenieder kunnen verbinden" rechtstreeks verbindende werking hebben nadat zij zijn bekend gemaakt⁶. Ik verwijs in dit verband naar het bekende arrest van de Hoge Raad in de zaak-Short (30 maart 1990, NJ 91, 249) en de

⁵ Zie: D. van Eck, Het Misdrijf van hulp aan den vijand, Utrecht/Nijmegen, 1945, pp 86-89.

⁶ Zie bijvoorbeeld Van der Pot-Donner, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, bewerkt door L. Prakke, J.L. de Reede en G.J.M. van Wissen, dertiende druk, Zwolle, 1995, pp 216-217; aldaar ook uitgebreide jurisprudentie. De directe werking heeft betrekking slechts op de materiële bepalingen uit EVRM en IVBPR voorzover deze waarborgnormen bevatten. Academisch gesproken zou het EG-recht plichten kunnen vestigen zonder tussenkomende wetstransformatie (vgl. HvJ EG 15 juli 1964 (Costa-ENEL), Jur. 1964, p 1199 en 9 maart 1978 (Simmenthal) Jur. 1978, p. 629 maar uit de voortdurende transformatieve implementatie, voor Nederland, van EG-rechtsvoorschriften die rechtsplichten beogen te vestigen ten laste van individuen, bijvoorbeeld naar aanleiding van het Factortame Ltd-arrest (Jur. 1990, p. 2433; vgl ook Francovich dd 19 november 1991, Jur. 1991, p. 5357) blijkt wel dat de plichtvestigende werking zonder die tussenkomst van de nationale wetgever in wezen een weinig realistisch denkbeeld is.

strafrechtelijke uitwerking daarvan in HR 11 september 1990, NJ 91, 250, beiden met noten van A.H.J.Swart. Tevens verwijs ik nog naar HR 10 november 1989, NJ 1991, 248 met noot van P.H.Kooijmans betreffende de "kruisraketten-zaak". Op basis van dit grondwetsartikel noemt Nederland zich in het algemeen staatsrechtelijk "monistisch": het opent de nationale rechtssfeer voor het internationale (verdrags)recht⁷. Het beschouwt "het recht" dat verbindende werking kan hebben als *monolithisch*, recht uit één stuk, ongeacht de bron waaruit de rechtsregel voortvloeit, mits de bron maar door Nederland is erkend. Dan moet het wél gaan om rechtsregels die voor de burger afdwingbare waarborgnormen opleveren. Dat wil zeggen: normen met een rechtsbeschermende strekking die hij kan opwerpen tegen de overheid die deze rechtswaarborgen niet naar behoren heeft willen implementeren via (nationale) wetgeving. Beperkt tot die casus nemen de dogmatiek en de rechtspraak dat monisme als uitgangspunt aan⁸. Maar niet in het omgekeerde geval. De Nederlandse rechtssfeer staat niet open voor direct werkende strafvorderlijke bepalingen of strafbaarstellingen uit een verdrag, waaraan de burger rechtstreeks, zonder wettelijke tussenkomst, onderworpen is op basis van het ongeschreven volkenrecht. Inzoverre fungeert art. 16 GW als een "lex specialis" die, voorzover het "direct werkend strafrecht" zou aanbelangen, derogeert aan de voorziening betreffende "self executing" verdrags- en volkenrecht neergelegd in art. 93 GW. Ware dat anders, dan zou de waarborgnorm ex art. 15 GW, vooral gelet op de vaagheid van juist het strafrechtelijke "ius cogens" betreffende zeer ernstige delicten vrijwel illusoir zijn.

1.5.1. Hetzelfde blijft onverkort gelden voor de beperkingsnorm, geformuleerd onder 1.2.(2). Uit het materiële legaliteitsbeginsel vloeit naar tegenwoordige rechtsopvatting evenzeer voort dat de Nederlandse rechtssfeer evenmin openstaat voor direct werkend verdragsjurisdictierecht, waardoor het individu met strafmachtsaanspraken geconfronteerd wordt die niet getransformeerd zijn, op het moment van het begaan van een strafbaar feit, in een formeel-wettelijke strafrechtelijk voorschrift, ook niet, als dat jurisdictierecht onderdeel uitmaakte van ius cogens. De Nederlandse wetgever kan van deze beperkingsnorm afwijken maar dan moet hij daarvan, ook in dit opzicht, *expressis verbis* gewagen. Ook indien het internationale jurisdictierecht de Nederlandse wetgever uitdrukkelijk machtigt om (ruime) extraterritoriale rechtsmacht te reserveren, dient deze wetgever blijkens een wettelijk voorschrift kenbaar te maken dat hij deze machtiging positief heeft willen implementeren in de Nederlandse rechtssfeer.

⁷ Zie: P.W.C. Akkermans, A.K. Koekoek (red.), de Grondwet, een artikelsgewijs commentaar, Zwolle 1992, p. 866.

⁸ Akkermans c.s. beargumenteren dit door naar de ontstaansgeschiedenis van art. 93 GW te verwijzen: het artikel is oorspronkelijk slechts ten behoeve van private personen opgenomen, Akkermans, a.w., p. 868. Bij verplichtingen zou de burger van het internationale rechtsvoorschrift altijd éérs behoorlijke kennis moeten kunnen dragen in de Nederlandse rechtstaal, weshalve transformatieve tussenkomst van de nationale wetgever onontkoombaar zou zijn.

1.5.2. Dit typisch dualistische systeem bestaat in mijn opvatting ook, indien de strafbaarstellingen uit het *ius cogens* door de nationale wetgever wel naar behoren zijn getransformeerd in delictomschrijvingen, zulks echter zonder de daarbij behorende -- in het *ius cogens* geformuleerde -- extraterritoriale rechtsmachtclaim om te zetten in een positieve jurisdictiebepaling. In een dergelijk geval pleegt de wetgever ten opzichte van de verdragsbepaling die verplichtte tot het claimen van toereikende extraterritoriale rechtsmacht stellig wanprestatie, maar dit leidt er niet toe dat de rechter bevoegd is via jurisprudentie het door hem geconstateerde jurisdictionele gat te dichten en derhalve rechtsmacht aan te nemen rechtstreeks op basis van het *ius cogens*. Dit is het stelsel, dat neergelegd is in het bekende "Ahlbrecht-arrest" (NJ 1947, 87) en daaraan dien ik mij te houden.

Deze uitwerking van het *nulla poena*-beginsel, voor wat betreft het Nederlandse jurisdictierecht, was niet zonder betwisting. Oudere Nederlandse schrijvers nemen zondermeer als vanzelfsprekend aan, dat het materiële legaliteitsbeginsel geen betrekking heeft op de rechtsmachtvoorwaarden. Zie: D. Hazewinkel-Suringa/J.Remmeling, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, 1975, pp 457, 461 en 505. Remmelink meent in 1996, dat het uit het *nulla poena*-beginsel voortvloeiende analogieverbod niet toepasselijk is op het in art. 3 Sr neergelegde vlagbeginsel⁹. Anderen volgen hem hierin¹⁰, zoals, recentelijk, De Hullu¹¹. Van Dorst is van mening dat het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel niet slaat op rechtsmachtregelingen¹². Wolswijk geeft aan, dat pleitbaar is dat het *nulla poena*-beginsel ook de strafmachtsvoorwaarden omvat en verwijst daartoe ondermeer naar Duitsland¹³. Bij de Grondwetswijziging 1983 is de kwestie niet aan de orde geweest. Kelk meent dat het *nulla poena*-beginsel, gelet op zijn rechtsbeschermende dimensie, alleen maar analogie, voor wat betreft de niet-vervolgbaarheid, ten gunste van de justitiabele toestaat¹⁴. *Uit de zaak Knesevic (HR 11 november 1997 NJ 1998 Nr 463) volgt dat de formele wetgever een volkenrechtelijke machtiging tot het claimen van*

⁹ scl. in zijn laatste bewerking van D. Hazewinkel-Suringa's *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, p 519.

¹⁰ J.M.van Bemmelen/W.F.C. van Hattum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht*, dl I, Arnhem/'s-Gravenhage 1953 pp 80-81 en A.C.'t Hart, *Het nulla poena-beginsel*, opgenomen in *Grondrechten*, Commentaar op Hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet, aangeboden aan Mr H.J.M.Jeukens, Nijmegen 1982, p 338.

¹¹ *Materieel strafrecht, Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer 2000, p. 95.

¹² A.J.A. Van Dorst, *De verjaring van het recht tot strafvordering*, Arnhem 1984, p. 104.

¹³ Zie zijn: *Locus delicti en rechtsmacht*, Deventer 1998, p 82 vv.

¹⁴ C.Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Amsterdam 1998, p 95.

extraterritoriale rechtsmacht moet "vertalen" in een wettelijke bepaling, hetgeen de wetgever blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet Oorlogsstrafrecht Nederland (WOS) ten aanzien van het universaliteitsbeginsel als neergelegd in de zogeheten vier "Rode Kruisconventies" bleek gedaan te hebben¹⁵. Blijkens rechtsoverwegingen 5.2. en 5.3. van dat arrest acht de Hoge Raad noodzakelijk dat, voor wat betreft deze transformatie, blijkt van de "bedoeling" van de wetgever -- zij het dan dat die bedoeling soms ongelukkig of onduidelijk uitgedrukt kan zijn -- om van de uit het internationale recht of volkenrecht voortvloeiende machtiging tot het claimen van extraterritoriale rechtsmacht gebruik te maken middels een wettelijke bepaling in die zin. Deze eis zou de Hoge Raad niet hebben kunnen stellen, indien hij het legaliteitsbeginsel als neergelegd in art. 1.1. Sr niet toepasselijk had geacht op het jurisdictierecht, óók in gevallen waarin een delictomschrijving opgenomen is in het *ius cogens*, dat uitdrukkelijk machtigt tot het claimen van extraterritoriale rechtsmacht op basis van de universaliteitsclaim, zoals bij de vier 1949 Rode Kruisconventies¹⁶. Zonder positiefrechtelijke bepaling in het formele wettelijk recht, waarbij de volkenrechtelijke machtiging nationaalrechtelijk is getransformeerd gaat het dus kennelijk niet. Iets anders is, of het legaliteitsbeginsel zou medebrengen, dat deze transformatieve jurisdictiebepaling restrictief moet worden uitgelegd. Die consequentie verbindt de Hoge Raad niet aan het legaliteitsbeginsel.

1.6. Mocht tot voor kort deze ruime interpretatie van het *nulla poena*-beginsel betwistbaar zijn in gevallen dat een strafbaarheid op zichzelf voortvloeit uit *ius cogens*, in het Statuut van het International Criminal Court (hierna: ICC) is aangenomen dat het uit het *nulla poena*-beginsel voortvloeiende non-retroactiviteitsgebod ook mede de strafmachtsvoorwaarden omvat in die gevallen. Alleen in gevallen dat een Strafhof rechtsmacht kan uitoefenen over bijzondere personen, omdat het Hof hiërarchisch bovengeschied is aan nationale jurisdicties -- zoals bij de Neurenbergse tribunalen, het tribunaal van Tokio, het ICTY en het R'wanda-tribunaal -- geldt deze beperkingsnorm niet. A fortiori geldt deze norm dus voor nationale jurisdicties.

Zonder enige twijfel formuleert het ICC-Statuut (ICCS), definiërend in de artt. 5-8 ICCS de "hard core-crimes" waarover het Hof direct rechtsmacht mag uitoefenen zonder dat deze strafbaarstellingen getransformeerd behoeven te zijn in *nationale* wetgeving substantief *ius cogens*¹⁷. Tot deze delicten behoren

¹⁵ Omtrent de verschillende interpretaties van de wetsgeschiedenis van de WOS: R. van Raaij, Proefproces zaak K, Trema 1997 no 6a (augustus) pp 17-21.

¹⁶ Zie: O.M.Uhler, H. Coursier, F.Siordet, R. Boppe, C. Pilloud, R.J. Wilhelm, The Geneva Conventions of 12 August 1949, Commentary, Vol IV, Geneneva, 1958, pp 17-37. Voorts: R. van Elst, De zaak Darco Knezevic: rechtmacht over Joegoslavische en andere buitenlandse oorlogsmisdadigers, NJB 2 oktober 1998 afl. 35 pp 1587-1593.

¹⁷ Art. 5, eerste lid, ICCS, beschrijft de ICC jurisdictie als volgt: "---1. The

"crimes against humanity", waarvan "torture" een specimen is, blijkt art. 7 ICCS¹⁸. Universaliteitsclaims zijn hier stellig toegelaten. Niettemin hebben de founding fathers aangenomen, blijkt de artt. 11¹⁹ en 24²⁰ ICCS, dat, ook zijn deze feiten reeds gedefinieerd als strafbaar onder het volkenrecht vanaf 1994, het ICCS aan het strafhof slechts rechtsmacht gunt, uit te oefenen na de inwerkingtreding van het ICCS. Deze beperking naar de categorie personen, die aan de ICC-jurisdictie onderworpen kunnen worden, wordt, blijkt de geschiedenis van de totstandkoming van het ICCS geacht klakkeloos voort te vloeien uit het volkenrechtelijk nulla poena-beginsel, waarvan de artt. 1.1. Sr en 16 GW nationale derivaten zijn.

2.1. Het vorenstaande geldt evenzeer voorzover men aan zou nemen dat de in uw aangifte vervatte feiten "deelname aan foltering" mede of alleen "misdrijven tegen de menselijkheid" zouden opleveren in de zin welke u daaraan toekent blijkt de bewoordingen van uw aangifte.

2.2. Immers, bij de Wet Oorlogsstrafrecht Nederland (WOS) zijn "misdrijven tegen de menselijkheid" niet apart omschreven als strafbaar gestelde categorie. Daargelaten of de vier Rode Kruisconventies van 1949 daartoe in beginsel wel machtigden, de Nederlandse wetgever heeft daarvan tot op heden in ieder geval geen gebruik willen maken. Ik vermag niet in te zien dat de

jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Court has jurisdiction in accordance with this Statute with respect to the following crimes:

- (a) The Crime of genocide;
- (b) Crimes against humanity;
- (c) War crimes;
- (d) The crime of aggression." Zie: Christopher Hall, The jurisdiction of the Permanent International Criminal Court over Violations of Humanitarian Law, in Flavia Lattanzi (ed.) The International Criminal Court; Comments on the Draft Statute 19 (1998).

¹⁸ Art. 7 ICCS luidt, voorzover hier van belang: "---1. For the purposes of this Statute, "crime against humanity" means any of the following acts when committed as a part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack:

- (a) Murder;
- (b) etc.
- (f) Torture.
- (g) etc."

Zie: Machteld Boot/Rodney Dixon/Christopher K.Hall, Crimes against humanity, opgenomen in: O.Triffterer (ed.) Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article, Baden-Baden 1999, pp 117-172.

¹⁹ Art. 11, eerste lid, ICCS, luidt: "---1. The Court has jurisdiction only with respect to crimes committed after the entry into force of this Statute." Zie: Sharon A.Williams, Jurisdiction *ratione temporis*, opgenomen in: O.Triffterer, Commentary, a.w., pp 323-328.

²⁰ Art. 24, eerste lid, ICCS luidt: "---1. No person shall be criminally responsible under this Statute for conduct prior to the entry into force of the statute." Zie: Raul C.Pangalangan, Non-retroactivity *ratione personae*, opgenomen in: O.Triffterer, commentary, a.w., pp 467-473.

huidige stand van het volkenrecht in dit opzicht de betekenis van het Nederlandse legaliteitsbeginsel -- in materiele en formele zin -- heeft gewijzigd of genuanceerd. De WOS concentreert zich slechts op "oorlogsmisdrijven" in eigenlijke zin, derhalve feiten begaan in een toestand van een gewapend conflict zoals gedefinieerd door de nationale wetgever. Nederland heeft rechtsmacht over deze feiten, voorzover zij de bestanddelen van oorlogsmisdrijven, foltering, genocide of commune misdrijven ingevolge het Wetboek van Strafrecht vertonen²¹. Ten aanzien van de personen waarop uw aangifte betrekking heeft is noch van "oorlogsmisdrijven" noch van "genocide" sprake. Gelet op art. 7 ICCS vertoont het Nederlandse recht dus, voor wat betreft "crimes against humanity" op dit moment een jurisdictioneel gat, in zoverre het volkenrecht Nederland wel machtigt terzake extraterritoriale jurisdictie te nemen. Het is niet aan de rechter om dit gat te dichten buiten een wettelijke voorziening om.

3.1. In de Uitvoeringswet Folteringsverdrag (inwerkingtreding dd 20 januari 1989) heeft de Nederlandse wetgever foltering zonder meer strafbaar gesteld. Nog daargelaten of het Folterverdrag als zodanig aangemerkt kan worden als een codificatie van *ius cogens*, met een bijbehorende universaliteitsclaim, in de door u genoemde periode was "foltering" als zodanig in Nederland niet strafbaar gesteld. Uit niets kan volgen dat, voor het uitoefenen van jurisdictie door een Nederlands gerecht, het dwingend volkenrechtelijk gewoonterecht ("customary international law") bij machte zou zijn de beletselen ex art. 1.1. Sr of 16 GW opzij te zetten. Van een "bedoeling van de wetgever" om dat bij de Uitvoeringswet Folteringsverdrag te doen is niet gebleken. Dat geldt evenzeer voor de erkenning middels art. 5 van die wet van het te dezen toepasselijke universaliteitsbeginsel.

3.2. Op deze gronden bestaat ten aanzien van "foltering" binnen de Nederlandse rechtssfeer geen toereikende rechtsmacht, weshalve eenzelfde slotsom als sub. 2.2. verwoord ten aanzien van "crimes against humanity" geïndiceerd is. Het feit dat een *supranationaal* gerecht als het ICTY niet aan de door mij opgesomde beperkingsnormen van het Nederlandse *nulla poena*-beginsel gebonden zou zijn is in dit verband naar mijn oordeel niet relevant.

Ik moge u erop wijzen dat het College van Procureurs-Generaal op vergelijkbare gronden de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden heeft verzocht een voordracht en vordering als bedoeld in art. 456 Sv in overweging te willen nemen in een strafzaak, waarbij eveneens terzake van een feitencomplex, dat in een aangifte werd gekwalificeerd als "deelname aan foltering althans misdrijven tegen de menselijkheid, begaan in 1982" werd aangenomen dat het volkenrecht rechtstreeks ertoe kan strekken terzake van zo'n complex met terugwerkende kracht extraterritoriale

²¹ Zie de antwoorden van de Minister van Justitie op de Kamervragen inzake Opsporingsonderzoeken in Nederland van oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid, Tweede Kamer, 1998-1999, 26 256, nr 5 p 5.

rechtsmacht te claimen ook al is daarvoor in geen wettelijke strafbepaling steun te vinden. De Procureur-Generaal bij de Hoge Raad heeft inmiddels besloten tot een voordracht en vordering als verzocht over te zullen gaan.

Ik wijs u op de mogelijkheid om terzake mijn beslissing om geen vervolging in te stellen terzake van de feiten waarop uw aangifte betrekking heeft ex art. 12 Sv een klacht in te dienen bij het Gerechtshof te Amsterdam.

Met de verschuldigde hoogachting,

(behandelend Officier)

(enz)

Het briefje wordt getekend door de behandelend officier.