

**28 337**

## **Regels met betrekking tot ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht (Wet internationale misdrijven)**

### **MEMORIE VAN ANTWOORD**

Ontvangen 12 mei 2003

De regering stelt met voldoening vast dat de aan het woord zijnde fracties het onderhavige wetsvoorstel steunen. Zij dankt de desbetreffende fracties voor de mooie woorden die zij in het voorlopig verslag uitspreken over het voorstel en de toelichting. De regering hoopt dat ook deze memorie van antwoord een bevredigend en helder antwoord geeft op de resterende vragen, en voorts dat een voorspoedige afronding van de behandeling mogelijk zal zijn. De beantwoording van de vragen geschiedt door de Minister van Justitie mede namens de Ministers van Defensie en Buitenlandse Zaken.

### **1. Algemeen**

De leden van de fractie van het CDA vragen de regering in te gaan op de vraag, welke waarde de Nederlandse rechter bij de berechting van internationale misdrijven kan toekennen aan de jurisprudentie van eventueel toekomstige bijzondere tribunalen, en aan de bij het Statuut van het Internationaal Strafhof (in het vervolg: het Statuut) behorende Elements of Crimes. De regering wijst er allereerst op, dat de oprichting van het Internationaal Strafhof inderdaad niet betekent dat er in de toekomst nooit meer bijzondere tribunalen in het leven kunnen worden geroepen. Nu het onderhavige wetsvoorstel betrekking heeft op internationale misdrijven, zal bij de interpretatie en toepassing van de delictsomschrijvingen van die misdrijven steeds ook de daaraan door andere dan de Nederlandse rechter gegeven interpretatie van belang kunnen zijn. Dat betreft niet alleen de jurisprudentie van de tribunalen voor Joegoslavië en Rwanda, alsmede het Internationaal Strafhof, maar eventueel ook die van in de toekomst nog op te richten tribunalen. Niets belet de Nederlandse rechter verder om ook rekening te houden met rechtspraak van andere nationale rechters. Wat de Elements of Crimes betreft geldt in dit verband dat zij voor de Nederlandse rechter mede bron van oriëntatie zullen kunnen zijn (zie ook pp. 5–6 van de memorie van toelichting bij het voorstel, Kamerstukken II 2001/02, 28 337, nr. 3; de Elements zijn o.a. te vinden op <http://www.icc-cpi.int/basicdocs/elements.php>). Hierbij zij aangetekend dat de Elements of Crimes voor het Internationaal Strafhof niet meer (maar ook niet minder) zijn dan hulpmiddelen bij de interpre-

tatie en toepassing van de delictsomschrijvingen in het Statuut (artikel 9, eerste lid, Statuut).

## 2. Inhoud wetsvoorstel

### *Strafrechtelijke immuniteiten*

De leden van de CDA-fractie vragen zich af of het niet van toepassing zijn van immuniteiten indien de verdachte heeft gehandeld «in a private capacity» wel terug te vinden is in artikel 16 van het wetsvoorstel. Zij hebben de indruk dat artikel 16 het arrest van het Internationaal Gerechtshof in de zaak van Congo tegen België niet volgt. Daarnaast vragen zij zich af waarom artikel 16 zo strikt is omschreven en niet is overwogen het zo te formuleren dat immuniteiten worden gerespecteerd tenzij het internationale recht een immuniteit niet of niet langer erkent. Met de CDA-fractie is de regering van mening dat het juist is aansluiting te zoeken bij de jurisprudentie van het Internationaal Gerechtshof. De regering heeft dat ook gedaan in het wetsvoorstel, zowel wat betreft de categorieën personen die immuniteit genieten als wat betreft de reikwijdte van de immuniteit. Daarbij heeft de regering zoveel mogelijk duidelijkheid willen scheppen en heeft zij niet willen volstaan met een algemene verwijzing naar de in het volkenrecht erkende immuniteiten, zulks teneinde de Nederlandse rechter in voorkomend geval de noodzakelijke houvast te geven. Tegelijk moet de regering erkennen dat de rechtsontwikkeling op het terrein van de immuniteiten, in het bijzonder de afbakening van handelen «in a private capacity», nog gaande lijkt te zijn. Met het oog daarop is in het laatste gedeelte van artikel 16, onderdeel a, een algemene verwijzing opgenomen naar het volkenrechtelijk gewoonterecht. Op deze wijze kan de Nederlandse rechter rekening houden met eventuele verdere relevante ontwikkelingen in het volkenrecht. Artikel 16 doet overigens volledig recht aan de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof in de zaak van Congo tegen België. Het handelen «in a private capacity» waarvoor geen immuniteit geldt, valt immers niet onder dit laatste gedeelte van artikel 16, onderdeel a, noch onder de overige onderdelen van artikel 16.

De leden van de CDA-fractie wijzen erop, dat in de praktijk een grijze zone kan bestaan tussen handelingen verricht «in a private capacity» en handelingen die in functie zijn verricht, en noemt daarbij een aantal voorbeelden, waaronder de mogelijkheid dat leden van een regering de leiding hebben over privaatrechtelijke rechtspersonen.

De regering is het eens met de leden van de CDA-fractie dat een grijze zone bestaat tussen officiële en privéhandelingen. Zij is het daarom ook eens met deze leden dat het begrip privéhandelingen ruim moet worden uitgelegd, teneinde een onwenselijk beroep op immuniteit tegen te gaan. De toekomstige rechtsontwikkeling zal laten zien hoeveel ruimte hiervoor is. Duidelijk is echter ook dat het Internationaal Gerechtshof in zijn eerder genoemde arrest de deur hiervoor niet wijd open heeft willen zetten. Het volgende zij nog opgemerkt over de door deze leden gegeven voorbeelden waarbij regeringsleden leiding geven aan (privaatrechtelijke of publiekrechtelijke) rechtspersonen waarmee internationale misdrijven worden gepleegd. Voorop staat dat hier centraal staat de *individuele* strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bijvoorbeeld een regeringsleider en niet de eventuele strafrechtelijke aansprakelijkheid van een *publiekrechtelijke* rechtspersoon (zie over dit vraagstuk het antwoord hierna op de vraag van deze leden naar de vervolgbaarheid van de staat). Is het handelen van de bedoelde regeringsleider te kwalificeren als deelneming aan een internationaal misdrijf (bijv. uitlokking) of wellicht te brengen onder de aansprakelijkheid van een meerdere in de zin van artikel 9 van het voorstel, dan is de vraag of deze persoon hiervoor vervolgd kan worden of dat zijn volkenrechtelijke immuniteit hieraan in de weg staat. In

dat verband rijst de vraag of het handelen van de regeringsleider plaatsvond in de uitoefening van zijn ambt of «in a private capacity». Het gaat met andere woorden om de hoedanigheid waarin de *individuele* regeringsleider handelde, níet om de hoedanigheid van de eventuele rechtspersonen waarvan hij bij zijn handelen gebruik maakte. Wel kan het feit dat hij gebruik maakte van een civielrechtelijke rechtspersoon een aanwijzing zijn dat ook zijn eigen handelen privaats van aard was, maar dat hoeft niet.

De leden van de VVD-fractie vragen naar een precisering van het begrip «private capacity», dit ook in relatie tot «non-official acts». De leden van de fracties van SGP en CU vragen zich eveneens af wat het precies betekent dat daden «in a private capacity» zijn verricht, en daarnaast waarom de regering een ruime uitleg wil geven aan dit begrip.

De regering kan de gevraagde precisering niet geven. De toekomstige rechtsontwikkeling zal moeten aangeven hoe eng of ruim dit begrip wordt geïnterpreteerd. Zoals in de memorie van toelichting is aangegeven, heeft het Internationaal Gerechtshof ervoor gekozen een beperkte invulling te geven van de daden waarvoor geen immuniteit geldt ten overstaan van de vreemde nationale rechter. Het gekozen begrip «private capacity» maakt dit duidelijk. Daarmee heeft het Hof nadrukkelijk aangegeven dat het gaat om handelingen verricht als privépersoon, die als het ware volstrekt losstaan van handelingen verricht in functie. Indien de term «non-official acts» zou zijn gekozen, zou wellicht iets meer ruimte hebben bestaan bepaalde handelingen te kwalificeren als handelingen die niet in het kader van de functie zijn verricht, en waarvoor derhalve geen immuniteit geldt. Overigens komt het de regering voor dat de term «non-official acts» ook juister zou zijn aangezien zij preciezer aansluit bij de bestaansgrond voor immuniteiten: deze zijn gerelateerd aan de functie («official acts»), in de genoemde gevallen geldt geen immuniteit voor «non-official acts». De regering is van oordeel dat aan het begrip «private capacity» een ruime uitleg moet worden gegeven. Zoals aangegeven in de memorie van toelichting is het immuniteitsrecht de laatste jaren in beweging, en zijn in toenemende mate beperkingen erkend op de immuniteit voor bepaalde categorieën personen. Daarbij past, binnen het gekozen vrij enge begrip «private capacity» een zo ruim mogelijke uitleg van de mogelijkheden om een beroep op immuniteit niet te honoreren. De leden van de VVD-fractie vragen zich af of het onderscheid tussen handelingen verricht in functie en in privé-hoedanigheid zich tot elkaar verhouden in het geval van «failed states» of «rogue states».

Allereerst meent de regering dat een verschil bestaat tussen «failed states» en «rogue states». «Failed states» is een term die vrij algemeen internationaal gebezigd wordt. Voor «failed states» is meestal kenmerkend dat het staatsgezag geheel of grotendeels ontbreekt. Voorzover er bij dergelijke staten geen regering is, zijn er ook geen regeringsleden die immuniteit genieten voor de vreemde nationale rechter. Dat alles geldt niet voor «rogue states» (schurkenstaten). Deze term wordt sinds enige jaren vooral door de VS gehanteerd, bijv. in 2002 in de National Security Strategy waarin Irak en Noord-Korea als zodanig worden aangeduid. «Rogue states» hebben doorgaans wel een regering. Deze opereert op een wijze die aanleiding heeft gegeven tot de aanduiding «schurkenstaten», doch dit gegeven is op zichzelf irrelevant voor het bestaan van immuniteit. Een zittende minister van Buitenlandse Zaken van een «rogue state» heeft evengoed aanspraak op immuniteit als zijn collega's van andere staten.

De leden van de fracties van SGP en CU vragen om een toelichting op opmerkingen van de Minister van Justitie over het getuigenverhoor en de verplichting om onder dwang te antwoorden gemaakt tijdens het wetgevingsoverleg van 16 december 2002. Deze opmerkingen maakte de Minister in een discussie met de voorzitter van de vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer over de vraag of het al dan niet mogelijk is

om actief informatie te verzamelen omtrent een bepaald vermoeden van een internationaal misdrijf voor het geval de verdachte zich ooit naar Nederland zou begeven zodat de rechtsmacht zou ontstaan om hem te vervolgen. De Minister maakte duidelijk dat er onder het onderhavige wetsvoorstel, zolang er geen rechtsmacht is om een vervolging in te stellen, ook geen bevoegdheid is om in die zaak opsporingsbevoegdheden uit te oefenen en in het bijzonder dwangmiddelen toe te passen. Zolang dat het geval is, is een gedwongen getuigenverhoor onder ede bij de rechter-commissaris derhalve niet mogelijk. Wel achtte de Minister het denkbaar dat iemand bereid zou zijn vrijwillig bijvoorbeeld bij de politie een verklaring af te leggen omtrent een gepleegd internationaal misdrijf waarvan de verdachte zich niet in Nederland bevindt. Naar aanleiding van de vraag van deze leden in hoeverre het aanleggen van een dossier is toegestaan zonder dat er een directe relatie is met opsporing, zij het volgende opgemerkt. Zoals eerder aangegeven geldt dat, zolang er geen rechtsmacht is, geen opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen kunnen worden toegepast. Reeds hierom zullen politie en OM geen onderzoek doen in zaken waarin de verdachte zich niet hier bevindt. In beginsel zal er in zulke zaken dan ook niet (kunnen) worden overgegaan tot het aanleggen van een dossier.

#### *Reikwijdte wetsvoorstel*

De leden van de CDA-fractie vragen een reactie op de vraag of ook de staat als verdachte van enig misdrijf onder deze wet zou kunnen worden vervolgd, mede in het licht van de aanbevelingen van de Commissie-Roelvink. Aangenomen wordt dat onder het huidig recht de Nederlandse staat als rechtspersoon niet vervolgbaar is voor enig strafbaar feit. De voorstellen van de Commissie-Roelvink zijn wat betreft het onderwerp van dit wetsvoorstel minder relevant. In de eerste plaats heeft de Commissie voorgesteld om de immuniteit van de staat te handhaven en hooguit zelfstandige onderdelen van de staat vervolgbaar te maken voor overtredingen van de ordeningswetgeving. Voorts is de Commissie ten aanzien van in de sfeer van een publiekrechtelijke rechtspersoon gepleegde commune delicten, zoals dood door schuld, vernieling of diefstal, van mening dat strafrechtelijk optreden niet op de rechtspersoon gericht dient te zijn maar op de verantwoordelijke functionarissen en bestuurders. Zou deze lijn worden doorgetrokken naar de internationale misdrijven, dan zou de staat als rechtspersoon onvervolgbaar blijven voor zo'n internationaal misdrijf. Overigens is het advies van de Commissie-Roelvink voorwerp van studie en is het aan het volgende kabinet om daarover een standpunt te bepalen (zie ook het antwoord op kamervragen van het lid Teeven, Aangangsel Handelingen II 2002/03, nr. 931).

Wat betreft de vraag van de leden van de SGP- en CU-fracties over de rol van de Elements of Crimes bij de definitie van genocide kan de regering aangeven dat die Elements daarbij op zich geen rol hebben gespeeld nu de definitie in het Statuut en in het wetsvoorstel identiek is aan die in de Genocideconventie en de Uitvoeringswet daarvan. Overigens is de redactie van de Elements of Crimes er niet op gericht, bij te dragen aan de praktische invulling van de bestanddelen «nationaal», «etnisch», «raciaal» of «religieus», maar veeleer het Strafhof een leidraad te geven bij de interpretatie van de verschillende vormen van genocide (door het doden van leden van de groep, hun zwaar lichamelijk letsel toebrengen enz.) die ten aanzien van deze groepen zouden kunnen worden gepleegd. In de nota naar aanleiding van het verslag aan de Tweede Kamer heeft de regering nog wel enkele opmerkingen gemaakt over de invulling van de bedoelde bestanddelen, welke opmerkingen zij hier herhaalt. Een gemeenschappelijke karakteristiek van de vier groeperingen is dat het ertoe behoren in het algemeen geen gevolg is van een keuze, maar van geboorte. Leden van deze groeperingen zijn vaak ook makkelijk te

herkennen en vormen zo een aparte, duidelijk aanwijsbare gemeenschap. Het genocideverdrag bevat geen uitwerking van deze groeperingen. Pogingen om tot een internationaal aanvaarde definitie te komen zijn tot nu toe mislukt, o.a. vanwege onoverbrugbare meningsverschillen over zo'n definitie. Niettemin kan gezegd worden dat een nationale groep een groep is waarvan de leden hun oorsprong hebben in één land terwijl ze in een ander land wonen. Een nationale groep kent in het algemeen veel onderlinge samenhang en is herkenbaar door zijn gemeenschappelijke geschiedenis, taal, plaats van oorsprong en gewoontes.

Een etnische groep is een groep die binnen een grotere samenleving een aparte positie bekleedt – en onderling samenhangt – wegens gemeenschappelijke banden van voorouderschap, taal, nationaliteit en cultuur.

Een raciale groep is een van de groeperingen waarin de menselijke soort is onderverdeeld; zij zijn geclassificeerd volgens eigenschappen die genetisch zijn overgebracht. De aanduiding religieuze groep refereert aan mensen die gezamenlijk een bepaalde religie aanhangen. (Zie D.D. Ntanda Nsereko, *Genocide: A Crime Against Mankind*, in Kirk-McDonald & Swaak-Goldman (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts* p. 117, 131–32 (2000); *Prosecutor v. Akayesu*, case no. ICTR-96-4-T, 2 sept. 1998, pp. 209–210).

Waar het gaat om de rol van de Elements en de rechtspraak van de ad hoc-tribunalen bij de praktische invulling door de rechter van bestanddelen van de delictsomschrijving van genocide kan de regering verwijzen naar de beantwoording van de eerste vragen van de CDA-fractie.

#### *Toepassing wetsvoorstel*

De leden van de CDA-fractie vragen zich af welke betekenis uitspraken van internationale of regionale organisaties kunnen hebben bij de beslissing dat een gewapend conflict bestaat. De regering is van mening dat zulke uitspraken uiteraard een belangrijke indicatie vormen van hoe de internationale gemeenschap een conflict beschouwt. Niettemin zijn zulke uitspraken niet definitief en moet de behandelende instantie daarover zelf een beslissing nemen. De enige uitzondering op deze stelling zou kunnen zijn uitspraken van de Veiligheidsraad onder hoofdstuk VII van het VN Handvest.

De leden van de CDA-fractie vragen zich af of de FARC in Colombia kan kwalificeren als een organisatie waarvan handelingen onder de werking van artikel 6 zouden kunnen worden gebracht. De regering blijft van mening dat al dan niet gewapende handelingen van groeperingen in het kader van georganiseerde misdaad niet snel kunnen kwalificeren als een niet-internationaal gewapend conflict. Met betrekking tot de situatie in Colombia, acht de regering het voorts niet verstandig om over specifieke situaties thans haar mening te geven.

#### *Strafbepalingen*

De leden van de CDA-fractie stellen een aantal vragen over de toepassing van het opzet bij de internationale misdrijven.

Deze leden maken een terechte kanttekening bij de opmerkingen in de memorie van toelichting over de leer van het voorwaardelijk opzet in relatie tot met name het bestanddeel «kennis van de aanval» in artikel 4, eerste lid, aanhef, van het voorstel. Zij hebben gelijk dat de leer van het voorwaardelijk opzet vooral ziet op de te verwachten gevolgen van het handelen van de verdachte en niet, zoals in dit geval, op een situatie of context waarin het handelen van de verdachte zou hebben plaatsgevonden. Wat de regering in de toelichting vooral tot uitdrukking heeft willen brengen is dat bij termen als «kennis» of «weten(schap)» nog verschillende gradaties van weten mogelijk zijn. Waar de ondergrens

precies ligt, zal mede van het type delict afhangen en of die ondergrens in een bepaald geval is gehaald, staat uiteindelijk ter beoordeling van de rechter. Over het bestanddeel «kennis van de aanval» in de omschrijving van misdrijven tegen de menselijkheid merken de Elements of Crimes op dat deze eis niet zo moet worden uitgelegd dat bewijs nodig zou zijn «that the perpetrator had knowledge of all characteristics of the attack or the precise details of the plan or policy of the State or organization» (Introduction to Article 7, Crimes against humanity, paragraaf 2). Volledige, positieve wetenschap is dus niet vereist.

Overigens kan de regering zich voorstellen dat bij het bestanddeel «in de wetenschap» in artikel 5, tweede lid, onder c, onder 2° en 3°, van het voorstel wel voorwaardelijk opzet kan worden toegepast, omdat het daar gaat om een gevolg van het handelen van de verdachte, namelijk «buitensporig verlies van mensenlevens enz.».

Naar aanleiding van hun vraag naar de verhouding tussen het begrip «wetenschap» in artikel 5 en «kennis» in artikel 4, zij opgemerkt dat het hier om inwisselbare termen gaat. Het terminologische verschil berust op een verschil in de Nederlandse vertaling van de «bronverdragen». Artikel 4 van het voorstel is gebaseerd op artikel 7 van het Statuut van het Internationaal Strafhof, dat in de aanhef van het eerste lid (maar ook elders) spreekt van «(with) knowledge (of)». Artikel 5, tweede lid, onder c, van het voorstel, dat in de onderdelen 2, 3 en 5 spreekt van «in de wetenschap», is gebaseerd op artikel 85, derde lid, van Aanvullend Protocol (I) bij de Verdragen van Genève. Ook laatstgenoemde verdragsbepaling spreekt in de Engelse versie van «(in the) knowledge (of)», maar dit is in de Nederlandse vertaling in het Tractatenblad vertaald als «in de wetenschap».

Naar aanleiding van de vraag van deze leden in welke mate de begrippen wetenschap en kennis objectieve criteria meebrengen, dan wel een subjectief karakter hebben, zij opgemerkt dat hier gaat om wat doorgaans worden genoemd subjectieve bestanddelen van het delict. Het gaat hierbij dus primair om wat de verdachte wist, wilde, bedoelde. Niettemin kunnen bij de toepassing van deze bestanddelen door de rechter objectieve elementen een rol spelen. Zo past de Nederlandse rechter bij het bewijs van opzet (bijvoorbeeld bij de constructie van het voorwaardelijk opzet) wel algemene ervaringsregels toe. Een dergelijk objectief element blijkt bijvoorbeeld ook uit het Statuut, dat in artikel 30, tweede en derde lid, spreekt van bewustheid dat een bepaald gevolg «will occur in the ordinary course of events».

Het verband dat de vragenstellers leggen met artikel 33, eerste lid, Statuut, waarin zijn neergelegd de voorwaarden voor aansprakelijkheid-uitsluiting op grond van het bevel van een meerdere, is naar de mening van de regering niet juist. Het betreft hier een klassieke schulduitsluitingsgrond, waarvoor onvoldoende is dat de verdachte niet wist dat (zoals in dit geval) het bevel onrechtmatig was gegeven maar ook is vereist dat de verdachte dat *niet behoefde* te weten. Artikel 33, eerste lid, Statuut heeft derhalve niet alleen betrekking op (afwezigheid van) opzet/weten maar ook op (afwezigheid van) schuld of culpa. In artikel 11, tweede lid, van het voorstel wordt dit tot uitdrukking gebracht in de zinsnede «indien het bevel door de ondergeschikte *te goeder trouw* als bevoegd gegeven werd beschouwd». Deze terminologie is ontleend aan artikel 43, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht. Anders dan deze leden meent de regering dat hiermee de schulduitsluitingsgrond van artikel 33, eerste lid, volledig in het voorstel is geïncorporeerd.

#### *Complementariteitsbeginsel*

De fractie van het CDA vraagt de regering, kort samengevat, of een verdachte in het licht van het *lex mitior*-beginsel niet ook ten overstaan van de nationale rechter een beroep zou kunnen doen op eventuele voor

hem gunstiger bepalingen uit het Statuut van het Strafhof. Naar het oordeel van de regering zou dat evenwel slechts het geval zijn, wanneer de verdachte aan het Statuut een recht zou kunnen ontleen om door het Strafhof in plaats van door de Nederlandse autoriteiten vervolgd te worden. Nu dat niet het geval is omdat slechts het Strafhof bepaalt welke zaken het in behandeling neemt, en het Statuut ook anderszins niet bepaalt dat de nationale rechtsgang voor misdrijven uit het Statuut aan de voor het Strafhof geschreven eisen en waarborgen zou dienen te voldoen, komt de verdachte voor de Nederlandse rechter geen beroep op de rechten uit het Statuut toe.

De leden van de fracties van de SGP en de CU stellen de regering een aantal vragen over de verhouding tussen het wetsvoorstel en het Statuut van het Strafhof en de rol van het complementariteitsbeginsel. Hun veronderstelling dat de woorden «complementary to national criminal jurisdictions» eerst en vooral benadrukken dat het Internationaal Strafhof, anders dan de ad hoc tribunalen, niet het primaat heeft ten opzichte van de nationale rechtsgang, deelt de regering. Wanneer het Statuut echter derhalve uitgaat van het primaat van de nationale rechtspleging, dan is het uiteraard ook nodig dat op nationaal niveau rechtsmacht en strafbaarstellingen in overeenstemming met het Statuut zijn, zodat het complementariteitsbeginsel impliciet noopt tot aanpassing van nationaal materieel strafrecht aan dat uit het Statuut. In dit verband kan de regering de veronderstelling van deze leden, dat het complementariteitsbeginsel niet de enige aanleiding is geweest voor het opstellen van het onderhavige wetsvoorstel, overigens bevestigen. Zoals al werd aangegeven in de op 8 december 2000 aan de Tweede Kamer aangeboden wetgevingsnotitie (Kamerstukken II 2000/01, 26 262 nr. 9) is het inderdaad tevens de bedoeling geweest deze gelegenheid aan te grijpen voor het opvullen van het strafbaarheids gat dat de Nederlandse wetgeving op het punt van de misdrijven tegen de menselijkheid kent.

#### *Uitleg van de Grondwet door de rechter*

De leden van de PvdA-fractie vragen een nadere uitleg bij de uitspraak van de minister van justitie, die tijdens het Wetgevingsoverleg met de Tweede Kamer op 18 december 2002 zei, het als lid van het kabinet niet voor zijn verantwoording te willen nemen wanneer de wetgever willens en wetens tegen een uitdrukkelijke uitleg van de Grondwet door de rechter in zou gaan. Op zichzelf is het juist dat bij de uitleg van de Grondwet de wetgever tot andere conclusies kan komen dan de rechter. De *enkele* uitspraak van de Hoge Raad in de zaak van de Decembermoorden kan dan ook niet aan de wetgever de bevoegdheid ontnemen om artikel 1 Sr zodanig te wijzigen, of in het voorliggende wetsvoorstel zodanige bepalingen op te nemen, dat aan de onderhavige strafbepalingen terugwerkende kracht wordt gegeven. Het gaat in dit geval evenwel om een op zichzelf duidelijke grondwetsbepaling, namelijk artikel 16: Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling (volgens de Hoge Raad inhoudend «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»). Met een uitvoerig toegelicht beroep op de geschiedenis van deze bepaling en van artikel 94 Grondwet komt de Hoge Raad tot de conclusie dat het verbod van artikel 16 Grondwet slechts 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. Volgens de Hoge Raad is er echter geen verdrag of besluit van een volkenrechtelijke organisatie inhoudende een verplichting om het strafbaar feit waarom het in het arrest ging – namelijk foltering –, met terugwerkende kracht strafbaar te achten. De regering voegt hieraan toe

dat haar ook geen verdrag of besluit van een volkenrechtelijke organisatie bekend is welk verdrag of besluit zou verplichten tot strafbaarstelling met terugwerkende kracht van de overige in het wetsvoorstel vervatte internationale misdrijven. Onder deze omstandigheden ziet de regering geen ruimte om, in strijd met de uitdrukkelijke uitleg van artikel 16 Grondwet door de Hoge Raad, de wet te wijzigen zodanig dat aan de strafbaarstelling van internationale misdrijven terugwerkende kracht zou worden verleend.

De leden van deze fractie vragen de regering voorts, nader uiteen te zetten waarom, in weerwil van artikel 93 GW, strafbaarstellingen uit verdragen niet in aanmerking komen om direct in de Nederlandse rechtsorde door te werken. De regering meent dat in deze context aan het strafrecht met zijn sterk jegens het individu ingrijpende karakter, principieel een bijzondere positie toekomt. Zoals de Minister van Justitie tijdens het wetgevings-overleg opmerkte wordt de strafwet, gelet op fundamentele beginselen van rechtszekerheid, doorgaans restrictief uitgelegd en mag er geen onduidelijkheid bestaan over de bepalingen van straf(proces)recht. Dit is de reden dat voor strafbaarstellingen een expliciet legaliteitsbeginsel is opgenomen in artikel 16 GW, dat in zoverre derogeert aan artikel 93, en dat artikel 89, tweede lid, GW bepaalt: De wet bepaalt de op te leggen straffen. Daarnaast is het vanuit een meer praktisch perspectief zo, dat strafbaarstellingsverplichtingen in verdragen zich feitelijk niet voor rechtsprekende toepassing door de nationale rechter lenen. Ze zijn anders geformuleerd en minder direct toepasbaar geredigeerd dan echte strafbaarstellingen naar nationaal recht, hebben met name veelal een ongebruikelijke terminologie en zijn doorgaans niet voorzien van een door openbaar ministerie en rechter toe te passen strafmaat.

#### *Splitsing «opsporing» en «vervolging»*

De leden van de PvdA-fractie vragen een onderbouwing van de stelling dat het plegen van opsporingshandelingen, terwijl de betrokkene nog niet binnen de Nederlandse rechtsmacht is, strijd zou opleveren met grondrechten van de betrokkene. Voor zover de Minister van Justitie zich goed herinnert heeft hij niet gesproken van strijd met grondrechten maar van een inbreuk op grondrechten, en dat met name in de context van het toepassen van dwangmiddelen. Dwangmiddeltoepassing impliceert dat een inbreuk wordt gemaakt op een grondrecht van de betrokkene, welke inbreuk een rechtvaardiging behoeft. Het moge zo zijn dat, zoals de vragenstellers stellen, het verrichten van opsporingshandelingen die verder gaan dan het verzamelen van beschikbare informatie, dienstbaar kan zijn aan de vervolging in het geval dat later, onverwacht, een verdachte van een internationaal misdrijf op Nederlands grondgebied wordt aangetroffen. De vraag is echter of dit voldoende rechtvaardiging vormt voor inbreuken, door opsporingshandelingen, op de grondrechten van de betrokkene, met name voor het doorknippen van de band tussen enerzijds het bestaan van rechtsmacht en vervolgingsbevoegdheid en anderzijds de bevoegdheid tot opsporing. De regering is van oordeel dat hiervoor onvoldoende rechtvaardiging bestaat, nu het in de door de vragenstellers geschetste situatie heel onzeker is of de beoogde opsporingshandelingen ooit tot een strafvervolging zullen leiden. Op de vraag van de leden van deze fractie, hoe artikel 12 van het voorstel zich verhoudt tot artikel 4, eerste lid, onder h, waar in bepaalde omstandigheden vervolging op politieke gronden tot een misdrijf tegen de menselijkheid wordt verklaard, antwoordt de regering dat het hier twee volledig los van elkaar staande zaken betreft, met als enige overeenkomst dat beide verband houden met de politieke aard of juist het van rechtswege ontbreken daarvan. Artikel 12 maakt duidelijk dat de misdrijven uit dit wetsvoorstel, vanuit welk motief zij ook zijn gepleegd, niet worden beschouwd als politieke delicten in de zin van de



Uitleveringswet of de Wet overlevering inzake oorlogsmisdrijven. De politieke aard is in dit verband een uitleveringsrechtelijke weigeringsgrond, die moet worden uitgesloten om te voorkomen dat met succes een beroep zou worden gedaan op de politieke exceptie, die in deze beide wetten aan de uit- respectievelijk overlevering in de weg kan staan. Artikel 4, lid 1, onder h, heeft daarentegen (onder andere) betrekking op het vervolgen van een identificeerbare groep of collectiviteit op politieke gronden. De politieke aard is hier derhalve het motief voor het selecteren van de groep die wordt vervolgd. Weliswaar kunnen aan het plegen van dit misdrijf tegen de menselijkheid politieke motieven ten grondslag liggen, maar ook in dat geval zal artikel 12 eraan in de weg staan dat de politieke aard van die motieven een eventuele uit- of overlevering belemmert.

### **3. Artikelen**

#### *Artikel 1, eerste lid sub c*

Op de vraag van de leden van de CDA-fractie, of de toevoeging in artikel 1, eerste lid, onder c, na «deportatie» van de woorden «of onder dwang overbrengen» uitsluitend beoogt een synonieme omschrijving te geven, antwoordt de regering als volgt. Het wetsvoorstel heeft hier, met de woorden «deportatie of onder dwang overbrengen van een bevolking», letterlijk de in de Nederlandse vertaling van het Statuut gebruikte woorden voor het Engelstalige «deportation or forcible transfer of population» en het Franstalige «déportation ou transfert forcé de population» gebruikt. Daarbij houdt het Statuut de hand aan een onderscheid dat doorgaans in het internationaal recht wordt gemaakt. Dat onderscheid bestaat eruit dat «deportatie» («deportation») verwijst naar overbrenging over een nationale grens, en «verplaatsing» («transfer») naar overbrenging binnen nationale grenzen (zie ook O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, p. 134, margin no. 31).

#### *Artikel 1, eerste lid sub f*

De opzet bij het misdrijf van de gedwongen zwangerschap, waarnaar de leden van de CDA-fractie vragen, heeft naar de opvatting van de regering slechts aanwezig te zijn op het moment van de onrechtmatige gevangenhouding. Ook de tekst van het Statuut en de Elements of Crimes duiden daarop, en voorts is het logisch in het licht van het feit dat de persoon die het slachtoffer onrechtmatig gevangenhoudt (en dus het misdrijf tegen de menselijkheid pleegt) niet dezelfde behoort te zijn als degene die het slachtoffer zwanger heeft gemaakt en daarbij wellicht een geheel ander oogmerk had. Overigens is daarmee nog niet gezegd dat het ook altijd gemakkelijk te bewijzen zal zijn.

#### *Artikel 3, tweede lid*

De leden van deze fractie vragen verder nog, of het verspreiden van informatie via internet een vorm kan zijn waarin opruiing in de zin van artikel 3, tweede lid, kan plaatsvinden, ook wanneer dat gebeurt via zogenaamde nieuwsgroepen. Naar de mening van de regering is dat inderdaad het geval en kan op zich ook reeds van openbaarheid sprake zijn wanneer een toetredingshandeling nodig is om tot de informatie toegang te verkrijgen. Ter vergelijking wijst de regering erop dat het feit dat voor het verkrijgen van informatie uit een krant vaak een abonnement moet worden genomen, niet afdoet aan het openbare karakter van de via de krant verspreide informatie.

In reactie op de vraag van deze leden of een eenduidige uitleg van het

begrip «samenspanning» in artikel 3, tweede lid, van het voorstel te geven valt, wijst de regering erop dat hieronder, gelet op artikel 1, tweede lid van het voorstel, hetzelfde dient te worden verstaan als in het Wetboek van Strafrecht. Artikel 80 daarvan bepaalt, dat «samenspanning bestaat zodra twee of meer personen overeengekomen zijn om het misdrijf te plegen.» Een begin van uitvoering van laatstbedoeld misdrijf is niet vereist (zie Cleiren/Nijboer 2000, (T&C Sr), art. 80 Sr, aant. 2).

#### *Artikel 4*

De leden van de PvdA-fractie vragen zich af waarom in artikel 4 niet wordt gekozen voor de term «bevolking» in plaats van «burgerbevolking» in verband met aanvallen op militaire non-combattanten zoals die op het Pentagon op 11 september 2001. Zoals de leden van de PvdA-fractie erkennen, doet de regering met enig recht een beroep op het Statuut van het Strafhof, nu de regering aansluit bij de bewoording van artikel 7, eerste lid, van het Statuut. Zoals uitgelegd gedurende het wetgevings-overleg, is de regering van mening dat de voorgestelde wijziging niet nodig is. Militairen zijn niet per definitie uitgezonderd van de burgerbevolking omdat ze militairen zijn. Onder het begrip «aanval gericht tegen een burgerbevolking» in de omschrijving van misdrijven tegen de menselijkheid wordt tevens verstaan een aanval *primair* gericht tegen een burgerbevolking, waarvan tevens militairen het slachtoffer zijn. Indien men bijvoorbeeld de aanvallen van 11 september 2001 op doelen in de Verenigde Staten als misdrijven tegen de menselijkheid zou opvatten, zou ook de aanval op het Pentagon daaronder vallen. Die aanval was namelijk een onderdeel van een aantal aanvallen die primair gericht waren tegen de Amerikaanse burgerbevolking. Anders wordt het indien een aanval uitsluitend gericht is tegen militairen. Alsdan is geen sprake van misdrijven tegen de menselijkheid, maar mogelijk wel van oorlogsmisdrijven (internationaal dan wel niet-internationaal) of niet-strafbare oorlogshandelingen.

De leden van de PvdA-fractie vragen zich af waarom het Engelse «humanity» vertaald is als «menselijkheid». Tijdens het wetgevings-overleg in de Tweede Kamer heeft de regering aangegeven dit een taalkundige kwestie te vinden. «Van Dale» geeft bij zowel de term menselijkheid als bij mensheid de betekenissen van menselijke natuur en mensdom. Minister Donner gaf aan dat naar zijn mening «mensheid» een meer abstracte, zwaardere betekenis heeft en dat hij daarom een voorkeur had voor handhaving van de doorgaans gebruikte term «menselijkheid». Naar aanleiding van de vraag van de leden van de SGP- en de CU-fracties naar de omschrijving van «vervolgving» in artikel 4, eerste lid, zij opgemerkt dat deze systematisch bezien inderdaad wellicht beter aan het eind van het eerste lid had kunnen worden geplaatst, maar dat de regering hier de volgorde van artikel 7, eerste lid, van het Statuut heeft gevolgd.

De leden van de SGP- en de CU-fracties vragen zich af of een opzettelijk niet handelen ter aanmoediging of bevordering van misdrijven tegen de menselijkheid volstaat voor de eis dat een staat of organisatie een beleid voert gericht op het plegen van dergelijke misdrijven. De regering is van mening dat in uitzonderlijke gevallen zulk beleid kan worden geïmplementeerd door een opzettelijk niet handelen bedoeld ter aanmoediging of bevordering van zulke misdrijven. Echter het bestaan van een dergelijk beleid kan niet worden afgeleid uit de enkele afwezigheid van handelen door de staat of de organisatie (aldus ook de Elements of Crimes, Introduction to Article 7, Crimes against humanity, paragraaf 2).

#### *Artikel 4, eerste lid aanhef*

De leden van de CDA-fractie vroegen wat wordt verstaan onder «kennis

van de aanval» en of dat mede kennis van het wijdverbreide of stelselmatige karakter van de aanval omvat. Dit was een moeilijk punt gedurende de onderhandelingen over de Elements of Crimes. Uiteindelijk hebben de onderhandelaars voor een compromis gekozen: bij de specifieke misdrijven wordt gewezen naar kennis van het wijdverbreide of stelselmatige karakter van de aanval, terwijl in de introductie tot het hoofdstuk wordt verklaard dat dit niet betekent dat bewezen moet worden dat de dader kennis had van alle karakteristieken van de aanval of alle details van het beleid. Volgens de regering is het voldoende dat de dader op de hoogte is van de aanval gericht tegen de burgerbevolking. Het is niet nodig dat de dader kennis heeft van het wijdverbreide of stelselmatige karakter van de aanval. Niettemin zal in bijna alle gevallen het wijdverbreide of stelselmatige karakter duidelijk zijn en kennis daarvan gemakkelijk afleidbaar.

#### *Artikel 4, eerste lid onder i en artikel 4, tweede lid sub d*

De regering antwoordt positief op de vraag van leden van de CDA-fractie of onder gedwongen verdwijning van personen ook wordt verstaan het doen verdwijnen van personen.

De leden van de CDA-fractie vroegen zich af of bij het vervullen van de delictsomschrijving van gedwongen verdwijning van personen het ook voldoende is dat één persoon gedwongen verdwijnt. Zoals in de memorie van toelichting staat kan in de praktijk één enkele handeling worden vervolgd als een misdrijf tegen de menselijkheid mits die handeling maar deel uitmaakt van een wijdverbreid of stelselmatig plegen van handelingen. (MvT, p. 41). Dit is ook het geval voor het misdrijf van gedwongen verdwijning van personen onder artikel 4, eerste lid onder i en artikel 4, tweede lid, sub d, ondanks het gebruik van het meervoud «personen». De tekst van de wet is ontleend aan het Statuut van het Strafhof, dat ook het meervoud «personen» gebruikt. Niettemin maken de Elements of Crimes duidelijk dat een handeling tegen één persoon voldoende is.

#### *Artikel 5*

Naar aanleiding van de vraag van de fracties van SGP en CU merkt de regering op dat gekozen is voor een indeling die in eerste instantie is gebaseerd op het onderscheid tussen ernstige inbreuken en andere schendingen van het humanitair oorlogsrecht. Binnen deze indeling is weer gekozen voor een verder onderscheid naar de maximumstraf. Op deze wijze is gekozen voor een manier van onderscheiden tussen verschillende oorlogsmisdrijven, op basis van hun ernst, die reeds gehanteerd wordt in de Verdragen van Genève en Aanvullend Protocol (I) en waaraan ook de hand wordt gehouden in het Statuut van het Strafhof zelf. Het Duitse Völkerstrafgesetzbuch, dat op 30 juni 2002 in werking trad, onderscheidt tussen verschillende categorieën oorlogsmisdrijven op grond van, kort gezegd, het beschermde object. Een dergelijk onderscheid wordt niet gehanteerd in verdragen inzake het humanitair oorlogsrecht. Daarnaast wijst de regering er op dat het onderscheid zoals opgenomen in het Völkerstrafgesetzbuch niet in alle gevallen even duidelijk gemaakt kan worden. Een voorbeeld is het opzettelijk een aanval richten op personeel, betrokken bij humanitaire hulpverlening overeenkomstig het Handvest van de Verenigde Naties, zolang deze recht hebben op de bescherming die aan burgers wordt verleend krachtens het internationale recht inzake gewapende conflicten. In het Völkerstrafgesetzbuch wordt dit misdrijf geschaard onder de categorie «Kriegsverbrechen gegen humanitäre Operationen und Embleme» (§ 10 VStGB), hoewel dit misdrijf evenzogoed geschaard zou kunnen worden onder «Kriegsverbrechen gegen Personen» (§ 8 VStGB). Terecht merken deze leden op dat het onderscheid tussen artikel 5

(internationaal gewapend conflict) en artikel 6 (niet-internationaal gewapend conflict) met zich meebrengt dat de Nederlandse rechter per geval het karakter van het specifieke conflict zal moeten bepalen. De regering is van mening dat dit niet altijd een gemakkelijke taak zal zijn. Dit kan op zich echter geen reden zijn om een onderscheid tussen internationale en niet-internationale conflicten los te laten dat nog steeds een wezenlijk onderdeel is van het geldende humanitair oorlogsrecht. Bovendien zij opgemerkt dat dit de rechter niet zou ontslaan van de taak om vast te stellen of er sprake was van een gewapend conflict. De rechter zal bij het bepalen of een gewapend conflict een internationaal dan wel niet-internationaal karakter heeft gebruik kunnen maken van de aanknopingspunten die de regering heeft beschreven in de memorie van toelichting (pp. 12–13).

*Artikel 5, eerste lid, sub g*

De regering wijst de leden van de CDA-fractie erop, dat de definitiebepaling van Artikel 1, tweede lid, sub c betrekking heeft op het misdrijf tegen de menselijkheid «deportatie of onder dwang overbrengen van de bevolking» zoals strafbaar gesteld in artikel 4, eerste lid, onder d. De definitiebepaling heeft geen betrekking op het oorlogsmisdrijf in artikel 5, eerste lid, sub g. Dit laatste misdrijf vormt de nationale strafbaarstelling van de ernstige inbreuk van «onrechtmatige deportatie of overbrenging» in Artikel 147 van het vierde Verdrag van Genève. Het gebruik van het woord «wederrechtelijk» in plaats van «onrechtmatig», alsmede het gebruik van het woord «verplaatsing» in plaats van «overbrenging», behelst geen inhoudelijke wijziging doch werd taalkundig juist geacht. Opgemerkt zij dat de tekst van artikel 147 van het vierde Verdrag niet verwijst naar overbrenging onder dwang. Dit wil niet zeggen dat het element dwang geen rol speelt. Artikel 147 verwijst terug naar schendingen van artikel 45 en 49 van het vierde Verdrag van Genève. Artikel 49 ziet alleen op *gedwongen* overbrenging van groepen of individuele personen, terwijl artikel 45 een categorisch verbod bevat dat onafhankelijk is van enig element van dwang. Met andere woorden, artikel 147 omvat zowel een ernstige inbreuk van overbrenging waarvoor dwang is vereist, als één waarvoor geen dwang is vereist. In die gevallen die onder artikel 147 vallen waarin een dwangelement vereist is (omdat in die gevallen het verbod van artikel 49 is geschonden), dekt het woord «onrechtmatig» in artikel 5, eerste lid, sub g van het wetsvoorstel het dwangelement. Immers, in die gevallen is een verplaatsing *zonder* dwang niet onrechtmatig. Artikel 5, eerste lid, sub g, kan bijvoorbeeld vergeleken worden met § 2, lid 1, sub 6 van het Duitse Völkerstrafgesetzbuch. In dat laatste artikel wordt het element dwang gedekt door het woord «zwangsweise», dat echter ten onrechte van toepassing lijkt te zijn gemaakt op alle gevallen waarop artikel 147 ziet, dat wil zeggen zowel op de gevallen bedoeld in artikel 45 als 49 van het vierde Verdrag van Genève.

*Artikel 5, eerste lid, sub h*

De leden van de CDA-fractie merken op dat hier wordt gesproken van gijzelaars in meervoud, en vragen of vervulling van de delictsomschrijving inderdaad vereist dat het meerdere personen betreft. Voor de vervulling van de delictsomschrijvingen in artikel 5, eerste lid, voor zover deze zien op misdrijven tegen een persoon, is slechts één slachtoffer vereist. Dit betekent dat een ruime bescherming wordt geboden aan beschermde personen, hetgeen ook in overeenstemming is met jurisprudentie van het Joegoslavië-Tribunaal (zie de uitspraak in Prosecutor v. Naletilic & Martinovic, Case No. IT-98-34-T, Judgement, Tr. Ch. I, 31 March 2003, m.n. para. 521). Wat betreft het specifieke geval van artikel 5, eerste lid, sub h, stelt de regering dat in deze de tekst van het Statuut is gevolgd, dat

spreekt van gijzelaars in meervoud. De Elements of Crimes maken echter duidelijk dat voor vervulling van de delictsomschrijving in het Statuut slechts één gijzelaar nodig is. De regering sluit zich bij deze uitleg aan waar het gaat om het overeenkomstige artikel in het onderhavige wetsvoorstel, dat wil zeggen artikel 5, eerste lid, sub h.

*Artikel 5, tweede lid, sub d*

Het bestanddeel van de delictsomschrijving «in strijd met de Verdragen van Genève en het aanvullend Protocol (I)» heeft ten eerste betrekking op artikel 5, tweede lid, sub d, onder 2. Het geeft aan dat de vraag of vertraging bij de repatriëring van krijgsgevangenen of burgers al dan niet ongerechtvaardigd is, beoordeeld dient te worden aan de hand van de criteria die de Verdragen van Genève en Aanvullend Protocol I zelf aanleggen. Immers, vertraging bij repatriëring is niet in alle gevallen onrechtmatig. Dit is slechts het geval indien deze vertraging in strijd is met artikelen 109 of 118 van het derde Verdrag van Genève of artikel 35 van het vierde Verdrag van Genève.

Daarnaast heeft het bestanddeel betrekking op artikel 5, tweede lid, sub d, onder 5. Het geeft aan dat de vraag of er in een specifiek geval sprake is van het ontnemen van het recht op een eerlijk proces en volgens de toepasselijke regels te worden berecht, dient te worden beoordeeld op grond van de specifieke criteria voor een eerlijk proces die in de Verdragen en Protocol I zijn aangelegd. Specifieke criteria daarvoor zijn neergelegd in de artikelen 99–108 van het derde Verdrag, de artikelen 71–57 en 126 van het vierde Verdrag, en 75, 130 en 147 van Protocol (I). De regering wijst er nog op dat het bestanddeel «in strijd met de Verdragen van Genève en het aanvullend Protocol (I)» niet vereist dat cumulatief sprake is van strijd met zowel de Verdragen van Genève als het Protocol. Strijd met een van beide is voldoende, zoals ook blijkt uit artikel 85, vierde lid, van aanvullend Protocol (I) waarop artikel 5, tweede lid, sub d, van het wetsvoorstel is gebaseerd (zie de transponeringstabel in de memorie van toelichting, p. 14).

*Artikel 5, derde lid, sub d*

Zoals aangegeven in de transponeringstabel in de memorie van toelichting (zie memorie van toelichting, p. 14) is deze delictsomschrijving nagenoeg letterlijk overgenomen uit artikel 23 (b) van het Haags Landoorlogreglement, alwaar het meervoud wordt gebruikt bij het doden of verwonden van personen. Niettemin is niet uitgesloten dat het doden of verwonden van één persoon onder de delictsomschrijving van dit oorlogsmisdrijf wordt gebracht, zoals ook de Elements of Crimes bij het corresponderende artikel 8, tweede lid, onder b, onder xi, Statuut («The perpetrator invited the confidence or belief of *one or more* persons that...»). Zie voor het gebruik van het meervoud ook de antwoorden op de vragen bij artikel 4, tweede lid, sub d, en 5, eerste lid, sub h, van het wetsvoorstel.

*Artikel 5, vierde en vijfde lid*

De delictsomschrijvingen waarop leden van de CDA-fractie doelen kunnen zowel van toepassing zijn op leidinggevende, als op uitvoerende personen. In een concreet geval hangt dit af van de telastegelegde handelingen en eventueel de deelnemingsvorm die te laste wordt gelegd (medeplegen, medeplichtigheid, uitlokking). Zo zal bijvoorbeeld in bepaalde gevallen een meerdere strafbaar kunnen zijn voor het geven van het bevel tot het richten van een aanval op burgerobjecten, terwijl een ondergeschikte strafbaar kan zijn voor het uitvoeren van dit bevel.

Benadrukt zij dat het in dit geval gaat om «gewone» aansprakelijkheid van de meerdere en niet om zogenaamde «command responsibility».

*Artikel 5, vijfde lid, sub d*

De regering vat de opmerking van de leden van de CDA-fractie, dat ook hier weer naast deportatie het verplaatsen van de gehele bevolking of een deel daarvan wordt genoemd, aldus op, dat wordt verwezen naar de overeenkomstige delictsomschrijving in artikel 5, tweede lid, sub d, onder 1. De regering vestigt de aandacht van deze leden op het verschil tussen deze bepalingen. Het verschil betreft het feit dat artikel 5, tweede lid, sub d, onder 1, ziet op een ernstige inbreuk van Aanvullend Protocol I. Dit houdt in dat de dader gebonden dient te zijn aan dit Protocol. Dit in tegenstelling tot artikel 5, vijfde lid, sub d, dat ziet op een schending van internationaal gewoonterecht.

*Artikel 5, vijfde lid, sub g, h en i*

Naar aanleiding van de vraag van deze leden in hoeverre opzet een bestanddeel is van deze delictsomschrijvingen, zij opgemerkt dat de terminologie («gebruik van») (mede) is ontleend aan artikel 8, tweede lid, onder b, onder XVII-XIX, van het Statuut en dat blijkens de totstandkomingsgeschiedenis opnemings van een speciaal opzetbestanddeel niet nodig werd geacht omdat de normale regels met betrekking tot opzet, zoals neergelegd in artikel 30 Statuut, van toepassing zijn (Roy S. Lee (ed.), *The Internatoinale Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, p. 178). Naar de mening van de regering betekent dit dat voor een veroordeling voor deze delicten ten minste voorwaardelijk opzet op het gebruik van gif, verstikkende gassen enz. is vereist. Dit wil zeggen dat de verdachte bewust de aanmerkelijke kans moet hebben aanvaard dat de door hem gebruikte wapens gif, verstikkende gassen e.d. betroffen.

*Artikel 5, vijfde lid, sub m*

Op de vraag van de leden van de CDA-fractie de verhouding toe te lichten tussen de delictsomschrijving in artikel 5, vijfde lid, sub m, en de delictsomschrijving in artikel 5, tweede lid, sub c, onder 2, antwoordt de regering als volgt. Laatstgenoemde delictsomschrijving ziet op aanvallen die direct gericht zijn op de burgerbevolking als zodanig of op individuele burgers. Indien een dergelijk aanval een specifiek gevolg heeft, namelijk dat zij de dood of ernstig lichamelijk letsel met zich mee brengt dan wel de gezondheid ernstige schade toebrengt, én de dader gebonden is aan de Verdragen van Genève en Aanvullend Protocol I, is er sprake van een ernstige inbreuk op Aanvullend Protocol I, strafbaar gesteld in artikel 5, tweede lid, sub c, onder 1 van het onderhavige wetsvoorstel. Artikel 5, vijfde lid, sub m, ziet op dezelfde aanval *zonder* dat genoemd gevolg hoeft in te treden en zonder dat de dader gebonden is aan de Verdragen van Genève en Aanvullend Protocol I (met andere woorden: dit artikel ziet op schending van internationaal gewoonterecht), in welk geval er geen sprake is van een ernstige inbreuk.

Artikel 5, tweede lid, sub c, onder 2 ziet niet op aanvallen die specifiek zijn gericht op de burgerbevolking als zodanig of op individuele burgers, maar op aanvallen die de burgerbevolking of individuele burgers raken, voornamelijk omdat zij niet op een specifiek doel zijn gericht of kunnen worden gericht. Het gezaghebbende commentaar van het Internationaal Comité van het Rode Kruis op artikel 85 van het Aanvullend Protocol I spreekt in dit verband van aanvallen «affecting them incidentally».

#### *Artikel 5, zesde lid*

Naar aanleiding van de vraag van de leden van de CDA-fractie hoe zij de positie van een leidinggevende van een verdachte van één van de feiten genoemd in artikel 5, zesde lid, moeten beoordelen, merkt de regering op dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen aansprakelijkheid van een meerdere als «gewoon» dader en zijn aansprakelijkheid op grond van «command responsibility». Zoals ook uiteengezet in de memorie van toelichting omvat het eerstgenoemde geval bijvoorbeeld de meerdere als uitlokker of als doen-pleger (zie memorie van toelichting, p. 30). In dit geval is artikel 5, zesde lid, van toepassing op de meerdere indien aan één van de voorwaarden genoemd in dat lid is voldaan. In het laatstgenoemde geval, neergelegd in artikel 9 van het onderhavige wetsvoorstel, gaat het om een aansprakelijkheid sui generis, die niet ziet op aansprakelijkheid voor het delict zelf maar op aansprakelijkheid voor het niet voorkomen of bestraffen van een delict gepleegd door een ondergeschikte. Dit is op zichzelf een verbreding van de aansprakelijkheid van de meerdere. Dat geldt met name voor de culpoze variant van de aansprakelijkheid van de meerdere neergelegd in artikel 9, tweede lid, van het wetsvoorstel. De regering heeft gemeend dat het verschil in verwijtbaarheid tussen enerzijds aansprakelijkheid van de meerdere op basis van opzet en anderzijds aansprakelijkheid van de meerdere op basis van culpa tot uitdrukking dient te worden gebracht in de strafmaat (zie memorie van toelichting, p. 31).

#### *Artikel 6, derde lid*

Voor het antwoord op de vraag van de leden van de CDA-fractie betreffende artikel 6, derde lid, verwijst de regering naar het onderscheid tussen aansprakelijkheid van de meerdere als «gewoon» dader en zijn aansprakelijkheid op grond van «command responsibility», zoals uiteengezet in het antwoord op de voorgaande vraag. Denkbaar is dat een meerdere als gewoon dader (bijv. uitlokker, medepleger) de strafbare feiten genoemd in artikel 6, derde lid, pleegt en tevens valt onder de strafverzwaring op grond van artikel 6, vierde lid, jo. 5, zesde lid.

#### *Artikel 8*

De vraag van de leden van de fracties van SGP en CU of met de strafbaarstelling van foltering in artikel 8 jo. artikel 1, eerste lid, onder d en e, van het voorstel is voorzien in de strafbaarstelling van foltering als bedoeld in het VN-folteringverdrag van 1984, kan met een volmondig «ja» worden beantwoord. Zoals ook uit de definitie onder artikel 1, eerste lid, onder e volgt, kan ook de (incidentele) marteling van één persoon een strafbare foltering opleveren.

#### *Artikel 15*

Naar aanleiding van de vraag van de leden van de CDA-fractie of aan artikel 15 niet had moeten worden toegevoegd: behoudens artikel 12, derde lid, van de Wet Oorlogsstrafrecht (WOS), zij het volgende opgemerkt. Terecht wijzen deze leden erop dat door het onderhavige voorstel (artikel 17 onderdeel E) aan artikel 12, derde lid, WOS een bepaling wordt toegevoegd waardoor de regering de mogelijkheid krijgt om, na een vijandelijke bezetting van Nederlands grondgebied, de berechting van internationale misdrijven gepleegd tijdens de bezetting op te dragen aan de bijzondere gerechten (zie ook de memorie van toelichting op artikel 17). Dit is in afwijking van de regel van artikel 15 van het voorstel dat internationale misdrijven steeds naar de rechtbank te Den Haag gaan, met als enige uitzondering de berechting door de militaire

rechter (in Arnhem) van internationale misdrijven gepleegd door Nederlandse militairen en daarmee gelijk te stellen personen. Het ware waarschijnlijk duidelijker geweest als de uitzondering die artikel 12, derde lid, WOS op deze regel kan maken, in artikel 15 zelf tot uitdrukking was gebracht. Gelet op het zeer specifieke en uitzonderlijke karakter van de toepassing van artikel 12, derde lid, WOS kan er naar de mening van de regering echter nauwelijks misverstand over bestaan dat deze bepaling als een *lex specialis* moet gelden ten opzichte van artikel 15 van de voorgestelde Wet internationale misdrijven.

*Artikel 21, tweede lid*

De leden van de fracties van SGP en CU wijzen er terecht op dat bij de redactie van de overgangsbepaling van artikel 21, tweede lid, onvolgende rekening is gehouden met de mogelijkheid dat onder de Uitvoeringswet folteringverdrag gepleegde misdrijven *door minderjarigen* ten tijde van de inwerkingtreding van de Wet internationale misdrijven reeds verjaard zullen zijn. De opmerking van deze leden is dan ook reden voor de regering om bij de eerstvolgende gelegenheid in een ander wetsvoorstel een aanvulling van artikel 21, tweede lid, van de Wet internationale misdrijven mee te nemen («tenzij het feit op dat tijdstip reeds is verjaard»), waardoor wordt verzekerd dat ten aanzien van reeds verjaarde gevallen van foltering de vervolgingsbevoegdheid niet herleeft.

De Minister van Justitie,  
J. P. H. Donner