



Commissie van advies inzake
volkenrechtelijke vraagstukken

Advies over de consequenties op de lange termijn van het oprichten van een alternatief tribunaal om de misdaad van agressie te berechten en andere mogelijkheden om de Russische president Poetin te berechten

Advies 45, 24 januari 2024



Leden Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken



Voorzitter	Prof. mr. dr. C. (Cedric) Ryngaert
Vicevoorzitter	Mr. dr. R. (Rosanne) van Alebeek
Leden	Prof. mr. dr. D.A. (Daniëlla) Dam-de Jong Mr. dr. G.R. (Guido) den Dekker Mr. dr. B. (Bibi) van Ginkel Mr. dr. A.J.J. (André) de Hoogh Mr. dr. R.S.J. (Rutsel) Martha Mr. A.E. (Annebeth) Rosenboom Prof. mr. dr. E. (Elies) van Sliedregt Prof. mr. dr. J.M.F. (Jan) Wouters
Secretaris	K.E. (Kirsten) van Loo LLM

Dit advies is tot stand gekomen met dank aan prof. mr. dr. J.E. (Janne) Nijman, lid van de Adviesraad Internationale Vraagstukken (AIV) en voorzitter van de Commissie Mensenrechten van de AIV.

Postbus 20061
2500 EB Den Haag
T: 070 - 348 5011
E: cavv@minbuza.nl



Inhoudsopgave



Introductie	4
— 1 Welke mogelijkheden biedt het internationaal recht om de Russische misdaden in Oekraïne te vervolgen?	5
— 2 Welke verschillende alternatieven zijn er om de Russische president Poetin te vervolgen?	6
— 3 Wat is de mogelijke toegevoegde waarde of noodzaak van een alternatief tribunaal inzake het misdrijf agressie?	6
— 4 Wat is het nut en de noodzaak om het Statuut van Rome te amenderen op artikel 15 <i>bis</i> zodat het Internationaal Strafhof ook rechtsmacht kan uitoefenen over betrokken individuen t.a.v. agressie gepleegd door een staat die geen partij is bij het Statuut, maar op het grondgebied van een staat die dat wel is?	8
— 5 Wat zijn de consequenties voor de internationale rechtsorde van het oprichten van een agressie-tribunaal (in welke vorm dan ook)? Wat zijn de verwachte effecten op het functioneren van het Internationaal Strafhof in het bijzonder?	10
Afsluiting en advies	11
Eindnoten	12
Lijst van afkortingen	15



Introductie



inhoud

Op 17 oktober 2023 heeft de Tweede Kamer advies gevraagd aan de Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken (CAVV) inzake de consequenties op de lange termijn van het oprichten van een alternatief tribunaal om de misdaad van agressie te berechten en andere mogelijkheden om de Russische president Poetin te berechten. Meer in het bijzonder verzoekt de Tweede Kamer de CAVV:

- (1) een beschrijving van de verschillende alternatieven rond de mogelijkheden die het internationaal recht biedt om de Russische misdaden in Oekraïne te vervolgen;
- (2) een beschrijving van de verschillende alternatieven om president Poetin te vervolgen;
- (3) duiding van de mogelijke toegevoegde waarde of noodzaak van een alternatief tribunaal inzake de misdaad van agressie;
- (4) duiding van het nut en de noodzaak om het Statuut van Rome te amenderen op artikel 15*bis* zodat het Internationaal Strafhof ook rechtsmacht kan uitoefenen over agressie gepleegd door een staat die geen partij is bij het Statuut, maar op het grondgebied van een staat die dat wel is.
- (5) analyse van de consequenties op de internationale rechtsorde van het oprichten van een agressie-tribunaal (in welke vorm dan ook) met een specifieke focus op de verwachte effecten op het functioneren van het Internationaal Strafhof in het bijzonder.

De CAVV houdt de volgorde van deze vragen aan in dit advies. Zij bouwt daarbij verder op haar advies nr. 40 uit 2022 over uitdagingen bij de berechting van het misdrijf agressie (rechtsmacht en immuniteiten).



Russische misdrijven in Oekraïne, of meer algemeen internationale misdrijven die in de oorlog tussen Rusland en Oekraïne worden gepleegd (door welke partij ook), kunnen zowel door het Internationaal Strafhof (ISH) als nationale rechtbanken strafrechtelijk worden onderzocht. Agressie is bij uitstek een misdrijf dat door een internationaal hof wordt berecht. Het ISH heeft echter geen rechtsmacht over de door Rusland gepleegde agressie jegens Oekraïne.

Hoewel Rusland noch Oekraïne partij zijn bij het Statuut van Rome van het ISH, heeft Oekraïne in 2014 en 2015 twee verklaringen afgelegd in overeenstemming met artikel 12, lid 3 van het Statuut waarin het de rechtsmacht van het ISH aanvaardt ten aanzien van misdrijven gepleegd op zijn grondgebied sinds 21 november 2013. Op 2 maart 2022 heeft de Aanklager van het ISH een onderzoek geopend met betrekking tot mogelijke oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de menselijkheid of genocide gepleegd in Oekraïne sinds 21 november 2013. Op 17 maart 2023 heeft het ISH (de Kamer van vooronderzoek) aanhoudingsbevelen uitgevaardigd tegen Vladimir Poetin, president van de Russische Federatie, alsook tegen Maria Lvova-Belova, kinderombudsman van de Russische Federatie.¹ Het ISH was van oordeel dat er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat deze verdachten verantwoordelijkheid dragen voor het onrechtmatig deporteren en overbrengen van kinderen uit bezette Oekraïense gebieden naar Rusland, wat als een oorlogsmisdrijf geldt. Het is niet uitgesloten dat er aanhoudingsbevelen (geheim dan wel openbaar) tegen andere personen alsmede voor nog andere misdrijven zullen volgen.

Het ISH kan alle oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de menselijkheid en daden van genocide vervolgen die in Oekraïne zijn gepleegd. Echter, zoals de CAVV reeds aangaf in advies nr. 40, kan het ISH geen rechtsmacht uitoefenen met betrekking tot de door Rusland gepleegde agressie tegen Oekraïne.² De regels ten aanzien van rechtsmacht over agressie wijken af van het systeem dat geldt voor de andere misdrijven waarover het ISH rechtsmacht heeft. Het misdrijf

agressie kan alleen berecht worden wanneer de staat die verantwoordelijk is voor de agressie partij is bij het Statuut, daarnaast separaat de rechtsmacht van het Hof over agressie heeft aanvaard³ dan wel geen opt-outverklaring heeft neergelegd bij de griffie⁴, of wanneer de Veiligheidsraad de situatie aangeeft bij de Aanklager.⁵ De CAVV wees er in advies nr. 40 op dat, omdat Rusland geen partij is bij het Statuut van Rome en omdat doorverwijzing door de VN Veiligheidsraad op een Russisch veto zal stuiten, berechting door het ISH van de personen die verantwoordelijk zijn voor het Russische besluit om over te gaan tot agressieve oorlogsvoering geen reële optie is. Om deze personen te berechten zou eventueel een apart tribunaal kunnen worden opgericht, waarover meer in paragraaf 3.

In Oekraïne gepleegde misdrijven kunnen uiteraard ook door Oekraïne zelf worden berecht. Oekraïense aanklagers en onderzoekers hebben intussen al talloze oorlogsmisdrijven gedocumenteerd die beweerdelijk zijn gepleegd door Russische troepen in Oekraïne; ook zijn al meerdere personen door Oekraïense rechtbanken vervolgd voor oorlogsmisdrijven en agressie.⁶

Verder kunnen andere landen dan Oekraïne, op basis van het beginsel van het (actief of passief) personaliteitsbeginsel of het universaliteitsbeginsel, in Oekraïne gepleegde internationale misdrijven berechten. Zo zou Rusland president Poetin kunnen vervolgen op basis van het actief personaliteitsbeginsel (nationaliteitsbeginsel) of het (subjectieve) territorialiteitsbeginsel, al acht de CAVV die kans, om evidente redenen, vooralsnog klein. Verschillende staten zijn verder een onderzoek naar in Oekraïne gepleegde misdrijven gestart op basis van het universaliteitsbeginsel.⁷ De meeste staten (waaronder Nederland) vereisen in dat geval wel dat de verdachte op het grondgebied aanwezig is, *voordat* rechtsmacht kan worden uitgeoefend.

In advies nr. 40 gaf de CAVV reeds aan dat verschillende visies bestaan over het uitoefenen van rechtsmacht over het misdrijf agressie op nationaal niveau. Het kabinet heeft gesteld, daarin overigens steunend op de CAVV, dat er meerdere gronden zijn voor de uitoefening van rechtsmacht - met inbegrip van territoriale en



inhoud



universele rechtsmacht - over internationale misdrijven, waaronder het misdrijf agressie.⁸ Op basis van dit standpunt zouden Oekraïne en andere landen ook rechtsmacht over agressie kunnen uitoefenen. Overigens bestaat in Nederland op basis van de Wet Internationale Misdrijven universele rechtsmacht over agressie (voor zover de verdachte op het grondgebied aanwezig is).⁹

— 2

Welke verschillende alternatieven zijn er om de Russische president Poetin te vervolgen?

Zoals in paragraaf 1 uiteengezet, heeft het ISH reeds een aanhoudingsbevel tegen president Poetin uitgevaardigd. Voor het ISH is een beroep op immuniteit niet mogelijk.¹⁰ De beroepskamer van het ISH heeft in 2019 geoordeeld dat deze regel ook geldt voor staatshoofden van staten die geen partij zijn bij het Statuut van het ISH, omdat de regel van internationaal-gewoonterechtelijke aard is.¹¹ De CAVV was in advies nr. 40 niet overtuigd van het gewoonterechtelijke bestaan van deze regel.¹² Het is echter onwaarschijnlijk dat het ISH terug zal komen op zijn beslissing. Het ISH kan derhalve rechtsmacht uitoefenen over president Poetin, wat ook blijkt uit de uitvaardiging van het aanhoudingsbevel tegen hem. Aangezien *in absentia* rechtszaken niet mogelijk zijn voor het ISH, is het echter maar de vraag of Poetin ooit voor het ISH berecht zal worden. Daarvoor is vereist dat hij door een staat wordt aangehouden en overgedragen aan het ISH, indien hij niet vrijwillig verschijnt.¹³

In beginsel kan president Poetin *niet* voor nationale rechtbanken, van Oekraïne dan wel een ander land, worden vervolgd. Dat volgt uit de beslissing van het Internationaal Gerechtshof (IGH) in de zaak *Arrest Warrant*, waarin het Hof stelde dat zittende staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken onschendbaar zijn en absolute persoonlijke immuniteit genieten van de strafrechtelijke jurisdictie van buitenlandse staten, ook als het vervolging van internationale misdrijven betreft.¹⁴ Zodra Poetin geen president meer is, kan hij mogelijk wél vervolgd worden voor de rechtbanken van een andere staat omdat hij in dat geval geen persoonlijke

immuniteit geniet. In advies nr. 43 uit 2023 heeft de CAVV gesteld dat functionele immuniteit van buitenlandse staatsfunctionarissen niet van toepassing is op misdrijven onder internationaal recht waarvoor individuele aansprakelijkheid en universele rechtsmacht onder internationaal gewoonterecht aanvaard zijn,¹⁵ al heeft de CAVV in advies nr. 40 in 2022 ook gesignaleerd dat universele jurisdictie over agressie controversieel is.¹⁶ De International Law Commission (ILC) neemt (voorlopig) de positie in dat functionele immuniteit niet van toepassing zou moeten zijn op internationale misdrijven, zij het dat er binnen de ILC hierover onenigheid bestaat en de ILC de uitzondering op immuniteit kennelijk niet van toepassing acht op het misdrijf agressie.¹⁷ Een en ander zou in ieder geval *kunnen* betekenen dat Poetin (na afloop van zijn ambtstermijn) geen beroep op functionele immuniteit toekomt in geval van vervolging voor besluiten die tot internationale misdrijven hebben geleid.

Voor het misdrijf agressie zou Poetin ook voor een internationaal of hybride (nationaal/internationaal) tribunaal kunnen worden berecht. Een aantal, vooral westerse landen denkt na over de oprichting van een dergelijk tribunaal. Paragraaf 3 gaat hierop verder in.

— 3

Wat is de mogelijke toegevoegde waarde of noodzaak van een alternatief tribunaal inzake het misdrijf agressie?

De CAVV heeft de onmogelijkheid van het ISH om rechtsmacht over agressie uit te oefenen in geval van de agressie van Rusland tegen Oekraïne als een 'lacune' omschreven.¹⁸ Ook het kabinet is van oordeel dat er inzake berechting van agressie een lacune bestaat ten aanzien van de situatie in Oekraïne; het kabinet geeft daarbij aan zich ervoor in te zetten 'om andere mogelijkheden van berechting van het misdrijf agressie te verkennen, bijvoorbeeld via een speciaal agressie-tribunaal.'¹⁹

Hoewel het ISH andere in Oekraïne begane misdrijven (met name oorlogsmisdrijven) kan vervolgen en reeds vervolgt, heeft een vervolging van de Russische agressie tegen Oekraïne door een alternatief tribunaal belangrijke toegevoegde waarde. Met name geeft de oprichting van een



inhoud



dergelijk tribunaal het signaal af dat het verbod op het gebruik van geweld in de tussenstatelijke betrekkingen, zoals neergelegd in artikel 2, lid 4 van het Handvest van de Verenigde Naties, niet ongestraft geschonden kan worden. Vervolging van agressie – een ernstige schending van artikel 2, lid 4 - verstevigt dit geweldsverbod en kan een afschrikkend effect hebben op toekomstige vormen van agressie. Vervolging van agressie dwingt de agressor er ook toe rekenschap af te leggen voor allerlei leed dat niet als zodanig als een ander internationaal misdrijf kwalificeert, bijvoorbeeld het leed (dood, verwonding) berokkend aan Oekraïense strijders (die legitieme doelwitten zijn op basis van het internationaal humanitair recht).²⁰

De CAVV is zich er van bewust dat – met name westerse - pleitbezorgers van een speciaal agressietribunaal voor Rusland zich blootstellen aan beschuldigingen van hypocrisie, nu eerdere vermeende daden van agressie, zoals onder meer gepleegd door westerse mogendheden, niet werden vervolgd. Dat deze daden in het verleden niet werden vervolgd, betekent voor de CAVV echter niet dat straffeloosheid voor het misdrijf agressie de norm zou moeten zijn. Integendeel, zeker nu er (sinds 2010) een duidelijke definitie van agressie bestaat in artikel 8bis van het ISH-Statuut, kan de oprichting van een agressietribunaal voor Rusland de weg bereiden voor een meer consistente vervolging van agressie, door welke staat ook begaan, alsook voor de verruiming van de rechtsmacht van het ISH over het misdrijf agressie (zie paragraaf 4). De oprichting van dit tribunaal kan derhalve een belangrijk precedent scheppen, in samenhang met amendering van het ISH-Statuut. Mocht het ISH ook in de toekomst geen rechtsmacht hebben over bepaalde daden agressie, ligt de oprichting van *ad hoc* tribunaal voor deze daden opnieuw in de rede. De CAVV wijst er wel op dat het voor de integriteit en geloofwaardigheid van het internationaal recht nodig is dat Nederland zich hard maakt voor vervolging van agressie door een *ad hoc* tribunaal ook als de agressor een bondgenoot is.

Een agressietribunaal kan de vorm aannemen van een volledig internationaal tribunaal dan wel een 'hybride' tribunaal, dat wil zeggen een tribunaal met zowel een internationale

als nationale component, dat wordt opgericht binnen de bestaande gerechtelijke structuur van een staat, dat uit internationale en nationale rechters en aanklagers bestaat, en internationaal recht toepast.²¹ De CAVV spreekt zich in dit advies niet uit over de precieze vorm van een agressietribunaal. Wel wijst ze erop, zoals uiteengezet in advies nr. 40, dat een internationaal tribunaal 'dat niet mede is opgericht door de thuisstaat van een verdachte en dat een hoofdstuk VII VN Handvest-basis ontbeert, de persoonlijke immuniteit van staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken moet respecteren.'²² De CAVV gaf in dat advies niettemin aan dat Nederland kan inzetten op de ontwikkeling van een nieuwe regel die bepaalt dat persoonlijke immuniteiten niet gelden voor (een grotere groep) internationale tribunaal, waarbij het belangrijk is ook in te zetten op een onderscheidende en beperkende definitie van 'internationaal tribunaal'.²³ Potentieel zou ook een hybride tribunaal als een internationaal tribunaal kunnen kwalificeren. Daarbij is wel vereist dat de relevante rechtspraktijk van staten ten faveure van deze rechtsontwikkeling voldoende uitgebreid, representatief en consistent is. Dit betekent concreet dat een grote meerderheid van de staten binnen de internationale gemeenschap deze ontwikkeling op juridische gronden dient te steunen.²⁴ Indien de rechtsontwikkeling haar beslag niet krijgt, blijft de persoonlijke immuniteit, van met name de Russische president, gelden. Dit neemt niet weg dat een agressietribunaal wel *andere* personen – die geen persoonlijke immuniteit genieten - kan vervolgen. In advies nr. 40 verwees de CAVV onder meer naar de assistent-voorzitter van de nationale veiligheidsraad, alsook (hoge) officieren in de strijdkrachten die betrokken zijn bij de planning, voorbereiding en coördinatie van de daad van agressie tegen Oekraïne.²⁵

De kans dat eventuele Russische verdachten ook daadwerkelijk zullen verschijnen voor een hybride tribunaal is (vooralsnog) klein. Het oprichten van een dergelijk tribunaal is echter niet louter een daad van politieke symboliek: het uitvaardigen van een aanhoudingsbevel kan immers de internationale bewegingsruimte van verdachten beperken, aangezien zij landen zullen willen vermijden die hen mogelijk aanhouden en



inhoud



overdragen aan het tribunaal.²⁶ Verder is het niet uitgesloten²⁷ dat verdachten in hun afwezigheid (*in absentia*) worden berecht voor een hybride tribunaal.²⁸

— 4

Wat is het nut en de noodzaak om het Statuut van Rome te amenderen op artikel 15bis zodat het Internationaal Strafhof ook rechtsmacht kan uitoefenen over betrokken individuen t.a.v. agressie gepleegd door een staat die geen partij is bij het Statuut, maar op het grondgebied van een staat die dat wel is?

Voor oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de menselijkheid en genocide geldt dat staten die partij zijn bij het ISH automatisch rechtsmacht aanvaarden.²⁹ Het ISH heeft rechtsmacht wanneer het misdrijf is gepleegd door een onderdaan van een staat die partij is bij het Statuut, dan wel wanneer het misdrijf is gepleegd op het grondgebied van een staat die partij is bij het Statuut.³⁰ Dit laatste betekent dat wanneer misdrijven zijn gepleegd door onderdanen van een staat die geen partij is bij het Statuut op het territorium van een staat die wel partij is, het ISH rechtsmacht heeft. Kortom, de regeling heeft derdenwerking voor betrokken individuen.

In de aanloop naar de Herzieningsconferentie in Kampala in 2010 konden staten het niet eens worden over toepasselijkheid van deze ‘reguliere’ rechtsmachtsregeling op het misdrijf agressie. De Assembly of States Parties (ASP) besloot uiteindelijk voor agressie op een aantal punten van de reguliere regeling af te wijken.

Allereerst is genoemde derdenwerking uitgesloten voor agressie in artikel 15bis, lid 5 van het Statuut.³¹

Ten tweede is een opt-outmogelijkheid gecreëerd voor staten die partij zijn bij het ISH in artikel 15bis, lid 4. Door het neerleggen van een verklaring bij de griffie kan een staat die partij is bij het Statuut vooraf verklaren dat hij rechtsmacht van het ISH over agressie niet aanvaardt. Met name vanwege de onduidelijkheid over de strekking van territoriale rechtsmacht over agressie (rechtsmacht van de agressorstaat of (ook) van de slachtofferstaat?) en

het belang van het wel of niet ratificeren³² van de agressie-amendementen (vergt rechtsmacht van het ISH ratificatie door zowel de agressorstaat of (ook) de slachtofferstaat?) besloten de staten in Kampala tot deze opt-outmogelijkheid.

Ten derde is afstemming met de VN Veiligheidsraad vereist alvorens de Aanklager kan overgaan tot een *proprio motu* onderzoek. Er was in Kampala onenigheid over de rol van de VN Veiligheidsraad bij de verwijzing van een daad van agressie naar het ISH. Een aantal staten was van oordeel dat alleen de Veiligheidsraad een daad van agressie mag verwijzen naar het ISH.³³ Andere staten wilden niet dat de Veiligheidsraad zo’n ‘filterrol’ zou hebben, althans niet als enige. Uiteindelijk is de uitkomst van de onderhandelingen in Kampala geweest dat zowel de Veiligheidsraad als de verdragspartijen en de Aanklager *proprio motu* een situatie van agressie kunnen verwijzen naar het ISH. Wel geldt een extra drempel voor een verwijzing door een staat of de Aanklager *proprio motu*. Voordat het ISH rechtsmacht kan uitoefenen over agressie, dient de Kamer van vooronderzoek toestemming te geven.³⁴ Daarnaast dient de Aanklager zich ervan te vergewissen dat de VN Veiligheidsraad niet reeds een daad van agressie heeft vastgesteld.³⁵ Hiermee wordt de belangrijke rol van de VN Veiligheidsraad erkend met betrekking tot het in het VN Handvest neergelegde geweldsverbod.

De Kampala-aanpassingen van het Statuut zijn als een ‘package deal’ aangenomen en in werking getreden op 17 juli 2018.³⁶

Tot op heden is er discussie over de Kampala-amendementen en het rechtsmachtsregime voor agressie. Deze concentreert zich op de interpretatie van de opt-outregeling, neergelegd in artikel 15bis, lid 4 Statuut van Rome en de amendementenregeling van artikel 121, lid 5, tweede zin van het Statuut van Rome. Een groep staten hangt de ‘enge interpretatie’ aan. Deze houdt in dat zelfs zonder een opt-outverklaring het ISH geen rechtsmacht heeft over agressie. Pas wanneer zowel de staat wiens onderdaan agressie heeft gepleegd als de staat op wiens grondgebied agressie is gepleegd de Kampala-amendementen heeft geratificeerd, heeft het ISH rechtsmacht. Dus het ISH heeft geen rechtsmacht over agressie gepleegd door onderdanen van een



inhoud



staat als het Verenigd Koninkrijk, dat weliswaar geen opt-outverklaring heeft neergelegd, maar dat evenmin is overgegaan tot ratificatie van de Kampala-amendementen. Een andere (grotere) groep staten hangt de 'ruime interpretatie' aan. Deze houdt in dat zolang de agressor staat geen opt-outverklaring heeft neergelegd en de Kampala-amendementen zijn geratificeerd door óf de agressorstaat óf de slachtofferstaat, het ISH rechtsmacht heeft over agressie. Anders gezegd, non-ratificatie door de agressorstaat (die geen opt-outverklaring heeft neergelegd) kan rechtsmacht van het ISH over agressie niet blokkeren als de slachtofferstaat wel de Kampala-amendementen heeft geratificeerd.

Staten die de enge interpretatie aanhangen, persisteren in hun positie en wijzen op het klassieke verdragsrechtelijke principe van de 'consent to be bound'. In de ASP-resolutie die rechtsmacht over agressie activeert, wordt uiteindelijk de verklaring opgenomen dat 'in the case of a State referral or *proprio motu* investigation the Court shall not exercise its jurisdiction regarding a crime of aggression when committed by a national or on the territory of a State Party that has not ratified or accepted these amendments.'³⁷ Tegelijkertijd benadrukt de ASP in dezelfde verklaring dat rechters onafhankelijk zijn.³⁸ De eerste verklaring wordt gezien als een concessie aan de staten die de enge interpretatie aanhangen terwijl de daaropvolgende verklaring, over de onafhankelijkheid van rechters, wordt gezien als een gebaar naar de groep staten die de ruime interpretatie aanhangt. De CAVV meent dat deze discussie op het niveau van de ASP moet worden opgelost en niet aan de rechter moet worden overgelaten.

Het afwijkende en beperkte rechtsmachtsregime dat sinds de aangenomen amendementen geldt voor agressie wordt als knellend ervaren en staat ter discussie sinds de oorlog in Oekraïne. Belangenorganisaties en denktanks stellen voor een nieuw artikel 15bis, lid 4 en lid 5 aan te nemen dat via een verwijzing naar artikel 12 aansluit bij de reguliere regeling van het Statuut van Rome.³⁹ In feite wordt voorgesteld laatstgenoemde regeling te kopiëren en deze in te voegen, ter vervanging van de leden 4 en 5 van de huidige bepaling.⁴⁰ Zowel het Global Institute for the Prevention of Aggression (GIPA)⁴¹

als Parliamentarians for Global Action⁴² stellen voor om artikel 15bis, lid 5, dat 'derdenwerking' voor niet-verdragspartijen uitsluit, te schrappen. Ten behoeve van een gelijkschakeling van agressie met de andere misdrijven is het gewenst deze bepaling te verwijderen. Het ISH heeft ondertussen ervaring met het uitoefenen van rechtsmacht over onderdanen van staten die geen partij zijn bij het Statuut. Van belang is wel dat het voorstel van amendering de status quo respecteert van staten die rechtsmacht over agressie niet hebben geaccepteerd.⁴³

Verruiming en harmonisatie van de rechtsmachtsregeling over agressie is belangrijk voor de opdracht van het ISH, om 'een einde te maken aan de straffeloosheid van de daders van deze misdrijven en daardoor bij te dragen aan het voorkomen van dergelijke misdrijven.'⁴⁴ Deze opdracht ziet op *alle* misdrijven. Wijziging van de huidige beperkte rechtsmachtsregeling die geldt voor agressie is van belang om agressie, lange tijd 'the odd one out', op gelijke voet te behandelen met oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de menselijkheid en genocide. Nederland doet dat door universele rechtsmacht te vestigen over agressie.

Agressie is een 'leadership crime', een misdrijf dat doorgaans zal worden gepleegd als onderdeel van officieel beleid. De CAVV meent dat het ISH voor agressie niet zozeer een 'last resort court', maar een 'preferred court' dient te zijn.

Harmonisatie van de rechtsmachtsregeling in het Statuut van Rome neemt ook het probleem van onenigheid over de betekenis van artikel 15bis, lid 4 weg. In feite codificeert het de 'ruime interpretatie' terwijl de opt-outmogelijkheid wordt weggenomen. Het ISH heeft daarmee rechtsmacht over agressie als de slachtofferstaat partij is bij het Statuut en deze de Kampala-amendementen heeft geratificeerd of aanvaard, dan wel via een afzonderlijke verklaring rechtsmacht van het ISH over agressie heeft aanvaard.⁴⁵

Het voorgaande in acht nemend, meent de CAVV dat het nut en de noodzaak van aanpassing van artikel 15bis gevonden kan worden in de omstandigheid dat het agressie gelijkschakelt aan de andere internationale misdrijven en



inhoud



onigheid over de huidige rechtsmachtsregeling voor agressie beëindigt.

— 5

Wat zijn de consequenties voor de internationale rechtsorde van het oprichten van een agressietribunaal (in welke vorm dan ook)? Wat zijn de verwachte effecten op het functioneren van het Internationaal Strafhof in het bijzonder?

Zoals de CAVV reeds in advies nr. 40 duidelijk heeft gemaakt, zal het oprichten van een agressietribunaal (in welke vorm dan ook) de aloude kritiek van selectieve toepassing van het recht mogelijk versterken.⁴⁶ Daarnaast kan oprichting van een agressietribunaal worden gezien als een ondermijning van het ISH en een verdere fragmentatie van de internationale strafrechtspleging. Dat de 22e vergadering van de ASP die op 4 december 2023 in New York van start is gegaan, in het teken staat van *uniforme* handhaving van het recht is tekenend.

De CAVV meent dat het steunen van een initiatief tot oprichting van een agressietribunaal gepaard dient te gaan met het steunen van voorstellen tot amendering van de rechtsmachtsregeling voor agressie bij het ISH. Deze amendering zal vervolging van president Poetin niet per se mogelijk maken bij het ISH vanwege artikel 24, lid 1 van het Statuut (verbod van terugwerkende kracht).⁴⁷ Het speciale of hybride tribunaal benaderen als een tussenstap, een initiatief om een lacune te vullen in afwachting van volledige rechtsmacht van het ISH *naast* amendering (tweesporenbeleid), versterkt de legitimiteit van het agressietribunaal. Dit tweesporenbeleid versterkt ook het ISH dat uiteindelijk het meest geschikte instituut is voor de vervolging en berechting van het misdrijf agressie.

Er is scepsis met betrekking tot oprichting van een agressietribunaal. De Aanklager van het ISH meent dat staten zich vooral moeten richten op bestaande internationale hoven in plaats van een nieuw op te richten tribunaal.⁴⁸ Deze houding is te begrijpen tegen de achtergrond van het mogelijk negatieve effect van oprichting van een agressietribunaal op het ISH, met name het risico op verminderde (financiële) steun voor het Strafhof. Echter, zoals reeds

aangegeven, een mogelijk agressietribunaal kan ook als een tussenstap naar, of zelfs als een verlengstuk⁴⁹ van, het ISH worden gezien. Hoe dan ook, de CAVV benadrukt het belang van het maken van afspraken over samenwerking en een werkverdeling tussen een mogelijk op te richten agressietribunaal en het ISH.⁵⁰ Dit is essentieel om de unieke en belangrijke plaats van het ISH in het internationale strafrecht te waarborgen en bestendigen.

Tot slot benadrukt de CAVV dat het steunen van de amendering, en daarmee verruiming⁵¹ van de rechtsmachtsregeling over agressie in het Statuut van Rome consequenties kan hebben voor Nederland. Bij deelname aan operaties die niet als zelfverdediging in de zin van het VN Handvest zijn te kwalificeren, dan wel zonder machtiging van de VN Veiligheidsraad worden uitgevoerd, lopen Nederlandse overheidsfunctionarissen mogelijk een risico; ze kunnen worden vervolgd voor agressie. Het onderstreept eens te meer het belang van een adequaat volkenrechtelijk mandaat bij deelname aan militaire operaties.⁵²



inhoud



Afsluiting en advies



inhoud

In dit advies is de CAVV ingegaan op de mogelijkheden om de Russische president Poetin te berechten, alsook op de consequenties op de lange termijn van het oprichten van een alternatief tribunaal voor agressie, in het licht van het Statuut van Rome van het Internationaal Strafhof (ISH).

nieuwe regel die bepaalt dat persoonlijke immuniteiten niet gelden voor (een grotere groep) internationale tribunalen, maar om een regel van internationaal recht te wijzigen is steun, op juridische gronden, door een grote meerderheid van de statengemeenschap nodig.

De Tweede Kamer heeft vijf vragen aan de CAVV voorgelegd. Het advies van de CAVV kan als volgt worden samengevat:

1. In Oekraïne begane oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de menselijkheid of genocide kunnen zowel door het ISH als door individuele staten worden berecht, op basis van het territorialiteits-, personaliteits- of universaliteitsbeginsel. Het ISH heeft geen rechtsmacht over de door Rusland begane agressie tegen Oekraïne. Staten hebben dergelijke rechtsmacht wel, op basis van de genoemde beginselen.
2. De Russische president Poetin kan worden vervolgd voor het ISH, althans volgens het ISH zelf. Zolang Poetin staatshoofd is, kan hij niet vervolgd worden voor nationale rechtbanken. Na afloop van zijn ambtstermijn kan hij mogelijk wel vervolgd worden voor nationale rechtbanken.
3. De oprichting van een *ad hoc* agressietribunaal voor de Russische agressie verstevigt het interstatelijk geweldsverbod en kan de weg bereiden voor een meer consistente vervolging van agressie, door welke staat ook begaan, alsook voor de verruiming van de rechtsmacht van het ISH over het misdrijf agressie. Voor de integriteit en geloofwaardigheid van het internationaal recht is het wel nodig dat Nederland zich nu en in de toekomst ook hard maakt voor vervolging van agressie door een *ad hoc* agressietribunaal, ook als de agressor een bondgenoot is. Persoonlijke immuniteit vormt naar huidig internationaal recht een obstakel voor de vervolging van Poetin voor een dergelijk tribunaal. Nederland kan wel inzetten op de ontwikkeling van een
4. Aanpassing van artikel 15bis van het Statuut van Rome verruimt de mogelijkheid van het ISH om agressie te vervolgen en te berechten, en versterkt het mandaat van het ISH. Agressie wordt met deze wijzigingen gelijkgeschakeld aan de andere internationale misdrijven. Aanpassing van artikel 15bis beëindigt de onenigheid over de interpretatie van de huidige rechtsmachtsregeling voor agressie.
5. Het initiatief tot oprichting van een agressietribunaal kan een positief effect hebben op het functioneren van het ISH zolang het gepaard gaat met het steunen van voorstellen tot amendering van de rechtsmachtsregeling voor agressie in het Statuut van Rome. Een op te richten agressietribunaal dient te worden beschouwd als een tussenstap, een initiatief om een lacune te vullen, totdat het ISH - via amendering van het Statuut van Rome - rechtsmacht heeft over agressie. Dit tweesporenbeleid versterkt het vertrouwen in het ISH dat uiteindelijk het meest geschikte instituut is voor de vervolging en berechting van het misdrijf agressie. Mocht een agressietribunaal worden opgericht, dan is het belangrijk dat afspraken over coördinatie en een werkverdeling met het ISH worden gemaakt. Het steunen van de amendering van de rechtsmachtsregeling over agressie in het Statuut van Rome kan consequenties hebben voor Nederland.



Eindnoten

- ¹ Zie ICC ‘Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova’, 17 maart 2023, <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>.
- ² CAVV, *Uitdagingen bij de berechting van het misdrijf agressie: rechtsmacht en immuniteiten*, Advies 40, 12 september 2022, p. 4.
- ³ Artikel 121, lid 5 Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof (hierna: Statuut van Rome).
- ⁴ Artikel 15bis, lid 4 Statuut van Rome.
- ⁵ Artikel 15ter, lid 1 Statuut van Rome.
- ⁶ ‘Ukraine’s Quest for Justice: A Conversation with Prosecutor General Andriy Kostin’, Event transcript, Carnegie Endowment for International Peace, 26 september 2023; ‘Map of War Crimes Trials in Ukraine’, *JusticeInfo.Net Fondation Hirondelle*, zie: <https://www.justiceinfo.net/en/109654-map-of-war-crimes-trials-in-ukraine.html>.
- ⁷ Y.M. Dutton, ‘Prosecuting Atrocities Committed in Ukraine: A New Era for Universal Jurisdiction?’, 55 *Case W. Res. J. Int’l L.* 391, 2023.
- ⁸ Kabinetsreactie op CAVV advies 40, *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 410 V, nr. 13; CAVV, *Uitdagingen bij de berechting van het misdrijf agressie: rechtsmacht en immuniteiten*, Advies nr. 40, 12 september 2022, p. 9.
- ⁹ Art. 2, lid 1(a) *juncto* art. 8(b) Wet van 19 juni 2003, houdende regels met betrekking tot ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht (Wet internationale misdrijven).
- ¹⁰ Artikel 27 Statuut van Rome.
- ¹¹ ISH 6 mei 2019, *Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, ICC-02/05-01/09 OA2, par. 113. Omdat de situatie in Soedan door de Veiligheidsraad naar het ISH was verwezen, is het mogelijk dat de afwijzing van de immuniteit deels geënt is op een (bindende) resolutie van de Veiligheidsraad. Zie CAVV, *Uitdagingen bij de berechting van het misdrijf agressie: rechtsmacht en immuniteiten*, Advies nr. 40, 12 september 2022, voetnoot 81.
- ¹² CAVV, *Uitdagingen bij de berechting van het misdrijf agressie: rechtsmacht en immuniteiten*, Advies nr. 40, 12 september 2022, p. 14, 15.
- ¹³ Artikelen 58 en 89 Statuut van Rome.
- ¹⁴ IGH 14 februari 2002, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2002*, p. 3, par. 54.
- ¹⁵ CAVV, *Advies inzake de ontwerpartikelen van de International Law Commission over immuniteit van staatsfunctionarissen ten aanzien van buitenlandse strafrechtsmacht*, Advies 43, 30 juni 2023, p. 35.
- ¹⁶ CAVV, *Uitdagingen bij de berechting van het misdrijf agressie: rechtsmacht en immuniteiten*, Advies nr. 40, 12 september 2022, p. 6, 7. Niettemin heeft de CAVV hiervoor steun uitgesproken. Ook het kabinet spreekt in haar reactie op dit advies steun uit voor universele rechtsmacht over agressie. Kabinetsreactie op CAVV advies 40, *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 410 V, nr. 13, p. 6, 7.
- ¹⁷ ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), p. 194-286, artikel 7(1) (‘Immunity *ratione materiae* from the exercise of foreign criminal jurisdiction shall not apply in respect of the following crimes under international law: (a) crime of genocide; (b) crimes against humanity; (c) war crimes; (d) crime of apartheid; (e) torture; (f) enforced disappearance.’ Er is discussie over de vraag of artikel 7 van toepassing zou moeten zijn op het misdrijf van agressie.
- ¹⁸ Zie CAVV, *Uitdagingen bij de berechting van het misdrijf agressie: rechtsmacht en immuniteiten*, Advies nr. 40, 12 september 2022, p. 4,5.
- ¹⁹ Kabinetsreactie op CAVV advies 40, *Kamerstukken II 2023-2024*, 36 410 V, nr. 13, p. 7.
- ²⁰ C. McDougall, ‘The Imperative of Prosecuting Crimes of Aggression Committed against Ukraine’, *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 28, No. 2, 2023, p. 226-227; T. Dannenbaum, ‘A Special Tribunal for the Crime of Aggression?’, *Journal of International Criminal Justice* Vol. 20, No. 4, 2022, p. 863.
- ²¹ Zie voor een analyse van de verschillende opties: K.J. Heller, ‘Options for Prosecuting Russian



inhoud



- Aggression Against Ukraine: A Critical Analysis', *Journal of Genocide Research*, 6 juli 2022, DOI:10.1080/14623528.2022.2095094; P.I. Labuda, 'Making Counter-Hegemonic International Law: Should a Special Tribunal for Aggression be International or Hybrid?', *Just Security* 19 september 2023.
- 22 CAVV, *Uitdagingen bij de berechting van het misdrijf agressie: rechtsmacht en immuniteiten*, Advies nr. 40, 12 september 2022, p. 17. Zie ook A. de Hoogh, 'Personal Immunities Redux before A Special Tribunal for Prosecuting Russian Crimes of Aggression: Resistance is Futile!', *EJIL:Talk!*, 5 januari 2024.
- 23 Ibid.
- 24 Eventueel zouden staten binnen de Algemene Vergadering van de VN hierover een standpunt kunnen innemen. Zie R. van Alebeek, L. van den Herik, C. Ryngaert, 'Prosecuting Russian Officials for the Crime of Aggression: What About Immunities?', *European Convention on Human Rights Law Review* 4, 2023, p. 128.
- 25 CAVV, *Uitdagingen bij de berechting van het misdrijf agressie: rechtsmacht en immuniteiten*, Advies nr. 40, 12 september 2022, p. 10.
- 26 Zo woonde Poetin een BRICS-top in Zuid-Afrika wellicht niet in persoon bij uit vrees voor arrestatie op basis van het door het ISH tegen hem uitgevaardigde aanhoudingsbevel. Zie 'Why Putin is Dialing In to the BRICS Summit Rather than Attending in Person', *Time Magazine* 21 augustus 2023.
- 27 J. Trahan, 'Negotiating the Amendment on the Crime of Aggression: Proceedings at the Kampala Review Conference on the International Criminal Court', 11 *Int'l Crim. L. Rev.* 49, 2011; C. Kreß en S. Barriga (eds.), *The Crime of Aggression: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- 28 Zie bijvoorbeeld artikel 22 van het Statuut van het Speciaal Tribunaal voor Libanon. Ook werden in het MH17-proces in Nederland drie van de vier verdachten in *absentia* berecht. Zie <https://www.om.nl/onderwerpen/mh17-vliegcramp/vervolging-en-rechtszaak>.
- 29 Artikel 12, lid 1 Statuut van Rome.
- 30 Artikel 12, lid 2 Statuut van Rome. Indien de Veiligheidsraad een situatie verwijst, geldt dat het ISH rechtsmacht heeft ongeacht of de staat partij is bij het Statuut (art. 16 Statuut van Rome).
- 31 Ten aanzien van een staat die geen partij is bij het Statuut, bepaalt Artikel 15bis, lid 5 dat het ISH 'zijn rechtsmacht niet uit[oefent] ter zake van het misdrijf agressie wanneer dit misdrijf door onderdanen van die Staat of op zijn grondgebied wordt gepleegd.'
- 32 Voor de status van aanvaarding en ratificatie van de amendementen zie: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-b&chapter=18&clang=_en.
- 33 J. Trahan, 'The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference', 11 *Int'l Crim. L.R.* 49, 2011, p. 61.
- 34 Art. 15bis, lid 8 Statuut van Rome. Een procedure die overigens ook geldt voor *proprio motu* onderzoek bij de andere misdrijven (art. 15 Statuut van Rome).
- 35 Artikel 15bis, lid 6 Statuut van Rome. Zonder een dergelijke vaststelling wacht de Aanklager tot zes maanden na kennisgeving aan de Veiligheidsraad, alvorens over te gaan tot onderzoek naar agressie.
- 36 Resolution ICC-ASP/16/Res.5 on the Activation of the Jurisdiction of the Court over the Crime of Aggression, 14 december 2017 (adopted by consensus at the ICC Assembly of States Parties).
- 37 Resolution ICC-ASP/16/Res.5, 2017, par. 2.
- 38 Ibid., par. 3.
- 39 Zie J. Trahan, 'Amending the Kampala Amendments: A Proposal to Harmonize the ICC's Jurisdiction', *Opinio Juris*, 2 oktober 2023: <https://opiniojuris.org/2023/10/02/amending-the-kampala-amendments-a-proposal-to-harmonize-the-iccs-jurisdiction/> met verwijzing naar het voorstel van het Global Institute for the Prevention of Aggression (GIPA), *Proposal for the Amendment of the Conditions under which the International Criminal Court exercises jurisdiction over the Crime of Aggression*, 9 september 2023, Annex 1, p. 2.
- 40 GIPA voorstel: Amendments to article 15 bis: Exercise of jurisdiction over the crime of aggression (State referral, *proprio motu*):



inhoud



1. Article 15bis, paragraphs (4) and (5) are deleted.
2. The following text is inserted after article 15 bis, paragraph (3) of the Statute:
4. The Court may, in accordance with article 12, exercise jurisdiction over a crime of aggression if one or more of the following States have ratified or accepted the aggression amendments, or have accepted the exercise of the jurisdiction of the Court over the crime of aggression in accordance with paragraph 5:
- (a) The State on the territory of which the conduct in question occurred or, if the crime was committed on board a vessel or aircraft, the State of registration of that vessel or aircraft;
- (b) The State of which the person accused of the crime is a national.
5. If the acceptance of a State that has not ratified or accepted the aggression amendments, or which is not a Party to this Statute, is required under paragraph 4, that State may, by declaration lodged with the Registrar, accept the exercise of jurisdiction by the Court over the crime of aggression in accordance with article 12, paragraph 3.
- 41 Resolution ICC-ASP/16/Res.5 on the Activation of the Jurisdiction of the Court over the Crime of Aggression, 14 december 2017 (adopted by consensus at the ICC Assembly of States Parties).
- 42 Parliamentarians for Global Action, *Proposal to Amend the Rome Statute Kampala Amendment on the Crime of Aggression*, 20 februari 2023: <https://www.pgaction.org/news/proposal-to-amend-kampala-amendment-crime-of-aggression.html>
- 43 Voor de staten die wel de Kampala-amendementen hebben geratificeerd zijn de wijzigingen van toepassing vanaf het moment van inwerkingtreding van rechtsmacht van de ISH over agressie: 17 juli 2018.
- 44 Preambule Statuut van Rome, alinea 5.
- 45 Zoals Oekraïne nu ook heeft gedaan met betrekking tot rechtsmacht van het ISH over de andere misdrijven.
- 46 CAVV, *Uitdagingen bij de berechting van het misdrijf agressie: rechtsmacht en immuniteiten*, Advies nr. 40, 12 september 2022, p. 16.
- 47 Dit pleit overigens voor een snelle amendering
- en ratificatie van wijzigingen besproken onder paragraaf 4 van dit advies. De oorlog kan nog jaren voortduren.
- 48 In een interview met Nick Shifrin: 'I think we should focus on mobilizing what is already here, what already exists. But we can become rather self-indulgent in creating things that we would like. I'd rather focus on what we have and put it into action effectively', *PBS News Hour* 22 maart 2022, zie: <https://www.pbs.org/newshour/show/international-criminal-courts-top-prosecutor-discusses-justice-for-russian-war-crimes>
- 49 In de woorden van David Scheffer 'de facto extension', zie D. Scheffer, 'Forging a Cooperative Relationship Between International Criminal Court and a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine', *Just Security* 25 oktober 2022.
- 50 Ibid.
- 51 Nu moeten immers beide staten die betrokken zijn bij agressie, de slachtoffer-staat en de dader-staat, de rechtsmacht van het ISH over agressie aanvaarden (zie tekst bij voetnoot 35). De voorgestelde amendering van het Statuut van Rome betekent dat de reguliere rechtsmachtregeling op agressie van toepassing is; rechtsmacht geldt dan 'automatisch'.
- 52 Zie Commissie van onderzoek besluitvorming Irak, *Rapport Commissie van onderzoek besluitvorming Irak* ('Commissie Davids'), Boom Amsterdam, 2010: <https://actorenregister.nationaalarchief.nl/sites/default/files/2020-11/rapport-commissie-irak.pdf>.



inhoud



Lijst van Afkortingen

ASP

Assembly of States Parties

CAVV

Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken

GIPA

Global Institute for the Prevention of Aggression

ICC

International Criminal Court

IGH

Internationaal Gerechtshof

ILC

International Law Commission

ISH

Internationaal Strafhof

VN

Verenigde Naties



inhoud

