

**COMMISSIE VAN ADVIES
INZAKE
VOLKENRECHTELIJKE VRAAGSTUKKEN**



's-Gravenhage, 25 oktober 1991
No. 1504

Interim-rapport Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken over Ontwerp Code inzake Misdrijven tegen de Vrede en Veiligheid van de Mensheid/Internationaal Straftribunaal

1. Inleiding

1.1. Bij brief van 2 mei 1991, nr. APA/JURA/ISN-55345 heeft de Minister van Buitenlandse Zaken de Commissie verzocht een advies uit te brengen terzake van een Ontwerp Code inzake Misdrijven tegen de Vrede en Veiligheid van de Mensheid en de voorstellen tot oprichting van een Internationaal Straftribunaal.

Aanleiding voor de adviesaanvraag zijn de studies van de International Law Commission over deze onderwerpen, die in juli van dit jaar hebben geresulteerd in de afronding van de eerste lezing van een "Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind".

In overeenstemming met de artikelen 16 en 21 van haar Statuut heeft de ILC besloten, de Ontwerp Code, via de Secretaris-Generaal, aan regeringen voor te leggen voor commentaar. Dit commentaar dient de Secretaris-Generaal voor 1 januari 1993 te bereiken.

In verband met de behandeling van het ILC-rapport in de Zesde Commissie van de Algemene Vergadering, eind oktober/begin november van dit jaar, heeft de Commissie een interim-advies opgesteld, waarin de hoofdlijnen van de Code en een Internationaal Straftribunaal worden besproken. De Commissie zal in de loop van 1992 een eindadvies opstellen waarin meer in detail de betreffende voorstellen van een commentaar zullen worden voorzien.

1.2. De ontwerpcode bevat 26 artikelen, ondergebracht in twee delen. Het eerste deel bevat definities en algemene beginselen. Zo bepaalt artikel 1 dat de misdrijven die in deze Code zijn omschreven misdrijven vormen tegen de vrede en veiligheid van de mensheid. De algemene beginselen hebben onder andere betrekking op de individuele aansprakelijkheid van plegers van deze misdrijven en de onmogelijkheid om zich te beroepen op het feit dat een bevel is gegeven tot het plegen van de handelingen, de verplichting tot berechting danwel uitlevering, procesrechtelijke waarborgen voor verdachten, het beginsel van non bis in idem en het verbod van terugwerkende kracht van strafbepalingen.

Deel II bevat een opsomming van de misdrijven die volgens de Code als misdrijven tegen de vrede en veiligheid van de mensheid moeten worden beschouwd.

Daarnaast heeft de ILC zich gebogen over de wenselijkheid en mogelijkheid van oprichting van een internationaal straftribunaal. Aangezien de discussies in de ILC nog niet zijn afgerond, komen in deze Code hierover geen ontwerpbevestigingen voor. Wel bevat het rapport een lijst van elementen die in dit verband een regeling zouden behoeven.

1.3. De CAVV beoogt met dit interim-rapport een advies op hoofdlijnen te geven met betrekking tot deze Ontwerp Code, inclusief de voorstellen aangaande de instelling van een internationaal straftribunaal. In dit advies zal achtereenvolgens aandacht worden besteed aan de volgende aspecten:

- de reikwijdte van de Ontwerp Code (paragraaf 2);
- het rechtskarakter (paragraaf 3);
- het beoogde handhavingsmechanisme (paragraaf 4).

In een eindadvies zal tevens aandacht worden besteed aan de meer juridisch-technische aspecten van de Ontwerp Code en aan een verdere invulling van het beoogde handhavingsmechanisme.

2. De reikwijdte van de Ontwerp Code

2.1. Deel II van de Ontwerp Code bevat een opsomming van de misdrijven die volgens de ILC moeten worden beschouwd als misdrijven tegen de vrede en veiligheid van de mensheid. Deze misdrijven zijn: agressie (artikel 15), dreiging met agressie (artikel 16), interventie (artikel 17), koloniale overheersing en andere vormen van vreemde overheersing (artikel 18), genocide (artikel 19), apartheid (artikel 20), systematische of massale schendingen van mensenrechten (artikel 21), exceptioneel ernstige oorlogsmisdrijven (artikel 22), het rekruteren, gebruiken, financieren of trainen van huurlingen (artikel 23), internationaal terrorisme (artikel 24), illegale handel in verdoovende middelen (artikel 25) en opzettelijk en ernstige schade toebrengen aan het milieu (artikel 26).

2.2. De CAVV kan zich niet vinden in een dergelijke lijst van qua karakter sterk uiteenlopende delicten. De lijst is bovendien nogal willekeurig. Enerzijds zijn een aantal delicten opgenomen die sterk indruisen tegen het rechtsgevoel van de mensheid en een grootschalige aantasting inhouden van elementaire humanitaire beginselen. Hieronder vallen bijvoorbeeld delicten als genocide of ernstige oorlogsmisdrijven. Anderzijds zijn een aantal delicten opgenomen op grond van onduidelijke, althans niet nader te achterhalen criteria, die voornamelijk een weergave inhouden van wat op dit moment in diverse landen als (acuut) probleem wordt ervaren. Verwezen zij hier bijvoorbeeld naar de drugshandel.

De CAVV voegt hier aan toe dat er in haar visie een duidelijke relatie dient te bestaan tussen de soorten delicten die voor opneming in de Code in aanmerking komen en het beoogde stelsel van handhaving. Het feit dat met deze Code, althans daarmee in nauwe samenhang, een systeem van internationale handhaving wordt beoogd, stelt naar de mening van de Commissie een aantal

eisen aan de delicten die in de Code dienen te worden opgenomen. Aangezien soevereine staten niet snel geneigd zijn delen van die soevereiniteit af te staan, en zeker niet daar waar het het eigen strafrechtsstelsel betreft, moet ervan worden uitgegaan dat slechts bij uitzondering een vorm van internationale handhaving kan worden verwezenlijkt. Dat betekent naar de mening van de Commissie dat niet steeds daar waar zich in de nationale handhaving problemen (kunnen) voordoen, bijvoorbeeld vanwege het grensoverschrijdende karakter van bepaalde delicten, onmiddellijk naar toepassing van een vorm van internationale handhaving moet worden gezocht. Internationale handhaving is naar het oordeel van de Commissie vooral daar geïndiceerd waar handhaving op nationaal niveau veelal tekortschiet of welhaast onmogelijk is.

2.3. Op grond van deze overwegingen heeft de Commissie de hiervoor opgesomde lijst van in de Ontwerp Code opgenomen delicten aan een nader onderzoek onderworpen. Daarbij zijn de volgende criteria gehanteerd:

- ten eerste moeten in de Code alleen die delicten worden opgenomen, die indruisen tegen elementaire humanitaire beginselen; tegen de "conscience of mankind";
- ten tweede komen alleen die misdrijven in aanmerking waarvan uit het karakter van die misdrijven zelf reeds voortvloeit dat van een effectieve nationale handhaving veelal geen sprake kan zijn. Alleen van handhaving langs internationale weg kan enig soelaas worden verwacht; en
- ten derde moeten in de Code alleen misdrijven worden opgenomen die betrekking hebben op door individuen in hun publieke hoedanigheid gepleegde handelingen en die tezelfdertijd een schending inhouden van volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat.

Toetsing aan deze criteria leidt tot de conclusie, dat alleen de delicten agressie, genocide, systematische of massale schendingen van mensenrechten en exceptioneel ernstige oorlogsmisdrijven voor opneming in de Code in aanmerking komen. (De meeste van) deze delicten zijn reeds strafbaar uit hoofde van internationaal gewoonterecht of hebben reeds hun neerslag gevonden in verdragen. Gewezen zij in dit verband op de de Geneefse conventies van 1949, het daaraan toegevoegde eerste Protocol van 1977 en het VN-Genocideverdrag van 1948.

2.4. Voor wat betreft agressie kan worden gesteld, dat uit het karakter van dit misdrijf voortvloeit, dat handhaving op nationaal niveau nauwelijks denkbaar is. Alleen door een daartoe bevoegd internationaal orgaan kan worden vastgesteld of de ene staat zich tegenover een andere staat heeft schuldig gemaakt aan agressie (of met de dreiging ervan). Het is bovendien bijzonder onwenselijk indien een dergelijk oordeel zou kunnen worden uitgesproken door een nationale rechterlijke instantie.

De CAVV wijst er hierbij op dat ook bepaalde vormen van dreigen met agressie als een vorm van agressie kunnen worden beschouwd. Aan een zelfstandige bepaling betreffende het dreigen met agressie bestaat naar de mening van de CAVV geen behoefte.

Daarnaast wenst de Commissie reeds in dit stadium van advisering te wijzen op de onzorgvuldige redactie van het in de Ontwerp Code van de ILC opgenomen artikel 15. Zo is de in dit artikel in lid 3 en in lid 4 sub h opgenomen bevoegdheid van de Veiligheidsraad nog andere handelingen als een vorm van agressie te betitelen in strijd met het legaliteitsbeginsel.

2.5. Het misdrijf genocide is strafbaar gesteld in de Genocide-conventie van 1948. Hoewel in dit verdrag wel een verwijzing plaatsvindt naar internationale handhaving (artikel VI), is, bij gebreke aan een instelling van een internationaal straftribunaal, tot nu toe alleen handhaving door een nationale rechter mogelijk geweest. Echter ook hier geldt, dat enkel uit het karakter van dit misdrijf voortvloeit dat een nationale rechterlijke beoordeling van dit misdrijf niet goed denkbaar is. Dit geldt tot op zekere hoogte ook voor systematische of grootschalige schendingen van mensenrechten, die als het ware in het verlengde liggen van het misdrijf genocide. Hoewel er op het terrein van de mensenrechten uiteraard wel de nodige internationale toezichtmechanismen zijn gecreëerd, hebben deze een anderssoortig karakter dan het met de Code beoogde systeem van internationale handhaving. In de aan mensenrechtenverdragen verbonden toezichtmechanismen gaat het primair om de verantwoordelijkheid van een lidstaat voor schending van het betreffende mensenrechtenverdrag ten opzichte van een individu. Met het beoogde internationale handhavingssysteem wordt de nadruk gelegd op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van individuen voor uit hoofde van hun overheidsfunctie verrichte handelingen. Bovendien zijn ook de bestaande toezichtmechanismen weinig succesvol gebleken in situaties van systematische of grootschalige mensenrechtenschendingen.¹

2.6. Ook met betrekking tot de uitzonderlijk ernstige oorlogsmisdrijven is het primair het karakter van deze misdrijven die nationale handhaving niet goed mogelijk maken. Overigens is de Commissie van mening dat voor wat betreft de formulering van dit delict in principe moet worden uitgegaan van de definities zoals die zijn neergelegd in de Geneefse Conventies van 1949 en in het eerste Protocol van 1977.

3. Het rechtskarakter

¹. De Commissie is zich overigens bewust van het feit dat opneming van dit delict in de Ontwerp Code of in een verdrag de politieke haalbaarheid van de Code of het verdrag, gezien het aantal landen waarin dit delict in het (recente) verleden (beweerdelijk) is gepleegd, niet ten goede komt. Overwogen zou derhalve kunnen worden, de opneming van dit delict pas in latere instantie te laten plaatsvinden. Daartegen pleit echter, dat, zo de voorbereidingen van deze Code of dit verdrag al tot een succesvolle afronding kunnen leiden, de kans op latere uitbreiding met nieuwe delicten niet snel te verwachten is.

In de voorgaande paragraaf heeft de Commissie reeds benadrukt, dat er een nauwe relatie moet bestaan tussen de in de Code of verdrag op te nemen delicten en het beoogde systeem van internationale handhaving. Zeker indien beide elementen in één tekst worden opgenomen, kan juist niet worden volstaan met een Code. Voor een dergelijk systeem is een verdrag een absolute voorwaarde. Maar ook indien de omschrijving van de misdrijven en de instelling van een handhavingsmechanisme in aparte regelingen worden vastgelegd, is het, in het licht van het nulla poena sine lege-beginsel, noodzakelijk deze misdrijven in een verdrag neer te leggen.

4. Een effectief handhavingsmechanisme

4.1. Gegeven het stadium van advisering over de Code, het betreft hier nog de interim-rapportage, acht de Commissie een gedetailleerde analyse van de wijze waarop een effectief handhavingsmechanisme vorm moet worden gegeven nu niet opportuun. Zij volstaat in deze fase met het plaatsen van een aantal kanttekeningen.

4.2. Voor de goede orde wijst de CAVV er allereerst op dat het hier een handhavingsmechanisme betreft waarin de individuele aansprakelijkheid van overtreders van de diverse misdrijven centraal staat. Het gaat hier derhalve niet om de staatsaansprakelijkheid van partijen bij bijvoorbeeld het genocide- of andere verdragen.

Een dergelijke individuele aansprakelijkheid kan echter alleen aan de orde komen, indien de overtreder zich niet kan beroepen op het feit dat hij een bevel heeft ontvangen tot het plegen van het misdrijf. Terecht voorziet artikel 11 van de Ontwerp Code in een dergelijke bepaling.

Daarnaast acht de CAVV het van belang dat, ingeval van oprichting van een internationaal straftribunaal, de te volgen procedure dient te voldoen aan de waarborgen die in diverse universele en regionale mensenrechtenverdragen zijn vastgelegd; artikel 8 van de Ontwerp Code voorziet in een aantal waarborgen dienaangaande. Daarnaast is de CAVV van mening dat indien toepassing van de procedure leidt tot een strafoplegging, de straf zelf en de wijze van tenuitvoerlegging eveneens niet in strijd mag komen met toepasselijke mensenrechtennormen, zoals het verbod van oplegging van de doodstraf of het verbod van marteling, wrede of onmenselijke behandeling. Hiermee is echter wel een zeer lastig vraagstuk aan de orde gekomen, nl. de vraag welke straf voor de betrokken delicten wel opgelegd zou kunnen worden. Gegeven de op dit terrein nogal sterk uiteenlopende normen en waarden in de diverse nationale strafrechtssystemen en de hiervoor gesignaleerde beperkte bereidheid tot overdracht van (een deel van) de soevereiniteit op dit terrein, lijkt een oplossing voor deze vraag niet eenvoudig te geven.

4.3. Een ander belangrijk vraagstuk, dat deels ook samenhangt met soevereiniteit van staten op het terrein van het strafrecht betreft de vraag naar de verhouding tussen de nationale en de internationale handhaving. Indien in de Code een systeem

van internationale handhaving wordt opgenomen, moet de vraag worden beantwoord hoe het internationale handhavingssysteem zich verhoudt tot het nationale handhavingssysteem. Dient het internationale systeem ten opzichte van de nationale rechterlijke instanties exclusief bevoegd te zijn, of zal sprake moeten zijn van subsidiariteit van de internationale handhaving ten opzichte van de nationale handhaving danwel subsidiariteit van de nationale handhaving ten opzichte van de internationale handhaving? Tenslotte kan nog gedacht worden aan samenloop van rechtsmacht op voet van gelijkwaardigheid (concurrente jurisdictie). Wellicht moeten deze vragen verschillend beantwoord worden al naar gelang het delicten betreft die eventueel verdragsrechtelijk zijn vastgelegd en waarbij het aut iudicare aut dedere-beginsel is opgenomen. Hierbij zij aangetekend dat dit beginsel soms weer ondergeschikt wordt gemaakt aan een vorm van internationale berechting. Tenslotte constateert de Commissie dat ten aanzien van in ieder geval een aantal van de in paragraaf 2 aan de orde gestelde delicten wellicht een rol moet worden weggelegd voor de Veiligheidsraad in (een deel van) de nader uit te werken internationale procedure. Deze rol zou de Veiligheidsraad met name kunnen toekomen in het geval het het misdrijf van agressie betreft. Indien een dergelijke rol aan de Veiligheidsraad zou worden toebedeeld, dan heeft dat uiteraard belangrijke gevolgen voor het internationale handhavingssysteem.