

Julio P. voor de Nederlandse rechter? Nederlandse strafvervolgning voor internationale misdrijven

Mr. G.M.C. Sieben

Op 23 september vorig jaar werd Julio P. (in het vervolg Julio), piloot voor Transavia, aangehouden op het Spaanse vliegveld in Valencia, op verdenking van betrokkenheid bij de zogenaamde ‘Vuelos de la Muerta’ ofwel ‘doodsvluchten’. Deze vluchten, waarbij personen levend uit vliegtuigen werden gegooid om hen te executeren, zou hij hebben uitgevoerd voor de militaire Junta van Argentinië onder het bewind van Videla tussen 1976 en 1983. Julio is van oorsprong Argentijn maar bezit tevens de Nederlandse nationaliteit en woont al sinds 1995 met zijn vrouw in Nederland. In Argentinië, maar ook in Nederland wordt al sinds 2006 opsporingsonderzoek naar Julio verricht.¹ Julio, die stelt onschuldig te zijn, werd echter niet aangehouden in Nederland, noch werd Spanje om zijn overlevering verzocht. Nu heeft Spanje hem uitgeleverd aan Argentinië.

Dit roept de vraag op waarom hij niet in Nederland is vervolgd. Lag dat niet voor de hand nu hij (tevens) de Nederlandse nationaliteit bezit? Julio zelf wilde in ieder geval graag naar Nederland worden overgebracht, hij spande daartoe een kort geding aan bij de Nederlandse voorzieningenrechter. Maar er zijn meer redenen om deze vraag te stellen. Het vervolgingsbeleid van het OM inzake internationale misdrijven wordt ter discussie gesteld.² De druk op het OM, om meer succesvolle strafvervolgingen ten aanzien van deze misdrijven te produceren groeit. Bovendien is het OM ten aanzien van internationale misdrijven niet altijd vrij om van vervolging af te zien. Internationale misdrijven zijn volgens de preambule bij het Statuut van het Internationaal Strafhof de ernstigste misdrijven die de gehele internationale gemeenschap met zorg vervullen.³ Ze leveren een schending op van bindend internationaal gewoonterecht dat belangen van de gehele internationale gemeenschap beschermt.⁴ Ten aanzien van sommige internationale misdrijven is Nederland op basis van internationaal recht verplicht stappen te ondernemen tegen een verdachte die op haar grondgebied wordt aangetroffen. Het gaat hier om de zogenaamde ‘aut dedere, aut judicare’ verplichting om een verdachte van zulk een misdrijf ofwel te vervolgen, ofwel uit te leveren.⁵ Bestond er in deze casus, gezien de

¹ Aanhangsel handelingen II 2009/10, nr. 304.

² Zie K. Lindijer en D. Wittenberg, ‘Justitie treedt niet op tegen verdachte Rwandees’, NRC Handelsblad, 24 april 2010, p. 1.

³ Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof van 17 juli 1998, Trb. 2000, 120, Preambule. Zie ook Kamerstukken II 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 1 (MvT).

⁴ Aldus A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press 2003, p. 23. Zie ook E. van Sliedregt & A.M.M. Orie, ‘Internationale misdrijven, hun doorwerking in het Nederlandse strafrecht en internationale strafrechtspraak’, in: E. van Sliedregt, J.M. Slocrona & A.M.M. Orie (red.), *Handboek Internationaal Strafrecht, Schets van het Europese en Internationale strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 352-353. Hiertoe zijn in ieder geval genocide, oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de menselijkheid en ook foltering aan te merken; zie H. Bakker & W. Ferdinandusse, *Advies inzake de mogelijke internationale strafrechtelijke aansprakelijkheid van leden van de regering van Argentinië in de periode 1976-1983*, Amsterdam: International Law Clinic 2000 <www.jur.uva.nl>, p. 7-14.

⁵ Zie R. van Eijl, *Dealing with crimes of the past: no more amnesty? An inquiry into the lawfulness of amnesty for human rights atrocities under international law*, Utrecht: Kennispunt faculteit Recht, Economie, Bestuur en Organistatie Universiteit Utrecht 2009, p. 60.

ernst van de vermeende feiten ook niet zo'n verplichting? Waarom is toch niet tot een Nederlandse vervolging overgegaan? Aan de hand van deze casus over Julio wordt getracht inzicht te verkrijgen in deze vragen. Allereerst wordt daartoe ingegaan op de vraag of en zo ja, welke mogelijkheden er waren om Julio in Nederland te vervolgen. Dan volgt een korte beschouwing van de overwegingen die hebben gespeeld in deze vervolgingsbeslissing aan de hand van de voorlopige voorziening. Tot slot wordt ingegaan op genoemde vervolg- of uitleverplichten naar internationaal recht, en de vragen of deze hier van toepassing waren, waartoe zij precies verplichten, en of Nederland met de gekozen handelwijze een internationale rechtsnorm heeft geschonden.

Mogelijkheden tot Nederlandse strafvervolging

Strafvervolging en berechting van de vermeende doodsvluchten als internationale misdrijven is op de eerste plaats enkel mogelijk op grond van toereikende strafbaarstellingen. Internationale misdrijven zijn geregeld in internationaal verdragsrecht, waaronder de verdragen van Genève van 1949, het genocideverdrag en het folteringverdrag, waarbij Nederland is aangesloten.⁶ In Nederland zijn deze internationale misdrijven neergelegd in de Wet internationale misdrijven (WIM). Deze trad in 2003 in werking en bevat geen strafbaarstellingen op grond waarvan de vermeende feiten berecht kunnen worden omdat ze tussen 1976 en 1983 zouden hebben plaatsgevonden.⁷ Het legaliteitsbeginsel staat hieraan in de weg.⁸ Voor zover wordt verdedigd dat de internationale misdrijven reeds voor de inwerkingtreding van de WIM strafbaar waren op grond van ongeschreven internationaal gewoonterecht, leveren deze naar Nederlands recht ook geen toereikende strafbaarstelling op. Het Nederlandse legaliteitsbeginsel verzet zich ook hier tegen. De Hoge Raad heeft in het Decembermoorden-arrest uitdrukkelijk bepaald dat aan ongeschreven volkenrecht geen terugwerkende kracht van strafbaarstellingen kan worden ontleend.⁹ Maar ook voor de inwerkingtreding van de WIM kon Nederland een aantal internationale misdrijven berechten op grond van verschillende oudere regelingen waarin strafbaarstellingen zijn neergelegd en rechtsmacht is gecreëerd.

Genocide was in de tijdsperiode dat de feiten zouden zijn gepleegd al strafbaar in Nederland op grond van de Uitvoeringswet genocideverdrag.¹⁰ Het is echter

⁶ Verdrag van Genève van 12 augustus 1949 voor de verbetering van het lot der gewonden en zieken, zich bevindende bij de strijdkrachten te velde, Trb. 1951, 72 (Verdrag I). Verdrag van Genève van 12 augustus 1949 voor de verbetering van het lot der gewonden, zieken en schipbreukelingen van de strijdkrachten ter zee, Trb. 1951, 73 (Verdrag II). Verdrag van Genève van 12 augustus 1949 betreffende de behandeling van krijgsgevangenen, Trb. 1951, 74 (Verdrag III). Verdrag van Genève van 12 augustus 1949 betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd, Trb. 1951, 75 (Verdrag IV). Verdrag nopens de bestrijding en bestraffing van genocide, Parijs, 9 december 1948. Trb. 1970, 170. Verdrag van 10 december 1984 tegen foltering en andere wrede en onmenselijke of ontorende behandeling, Trb. 1985, 69.

⁷ Wet van 19 juni 2003, houdende regels met betrekking tot ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht (Wet internationale misdrijven), Stb. 2003, 270.

⁸ Zie Art. 7 EVRM, 15 IVBPR, 16 Gw en 1 Sr.

⁹ HR 18 september 2001, NJ 2002, 559 (Decembermoorden), m.nt. Reijntjes en J. Schrijver.

¹⁰ Wet van 2 juli 1964, met betrekking tot de uitvoering van het verdrag nopens de voorkoming en de bestraffing van genocide (Uitvoeringswet genocideverdrag), Stb. 1964, 243. Deze wet trad op 24 oktober 1970 in werking, Stb. 1970, 481.

problematisch in casu te spreken van genocide in de zin van deze wet. Art. 1 Uitvoeringswet genocideverdrag omschrijft verschillende handelingen als genocide, als deze werden verricht met opzet en met het oogmerk een nationale of etnische groep, een groep behorend tot een bepaald ras, dan wel een groep met een bepaalde godsdienst of levensovertuiging, geheel of gedeeltelijk, als zodanig te vernietigen. Er moet sprake zijn van dit bijzonder oogmerk jegens een van deze limitatief opgesomde groepen. Nu lijkt het doden van burgers onder het Videla-bewind zich te hebben gericht op diverse personen, zoals politieke activisten, journalisten, studenten, vakbondsmedewerkers.¹¹ Als er een gemeenschappelijke factor is aan te wijzen, zal dit waarschijnlijk in de politieke sfeer liggen, maar politieke groepen zijn in de Uitvoeringswet genocideverdrag en ook in de latere WIM uitdrukkelijk niet opgenomen in de strafbaarstelling.¹² Het is onwaarschijnlijk dat de doodsvluchten zich specifiek op een of enkele van de limitatief omschreven groepen richtten. Strict genomen komt het kwalificatieoordeel, de rechter toe in een daadwerkelijk procedure aangaande genocide. De enkele mogelijkheid tot een Nederlandse strafvervolgung van Julio voor genocide is op voorhand daarom niet uitgesloten, maar lijkt toch niet haalbaar.

Misdrijven tegen de menselijkheid zijn niet strafbaar gesteld in een zogenaamd 'sui generis' verdrag, zoals dat het geval is voor genocide, oorlogsmisdrijven en ook foltering. Wel bestaat er een verdrag tegen de gedwongen verdwijning van personen, wat naar de WIM een misdrijf tegen de menselijkheid oplevert.¹³ Dit verdrag, waarbij Nederland wel partij is, is echter nog niet in werking getreden.¹⁴ Verder waren misdrijven tegen de menselijkheid in Nederland, voor de inwerkingtreding van de WIM, strafbaar op grond van het Besluit Buitengewoon Strafrecht (BBS).¹⁵ Dit besluit stelt misdrijven tegen de menselijkheid echter slechts strafbaar voor zover zij zijn begaan tijdens de Tweede Wereldoorlog.¹⁶ Dat is hier niet het geval, waardoor het niet mogelijk is Julio met betrekking tot vermeende feiten voor misdrijven tegen de menselijkheid te vervolgen in een Nederlandse strafprocedure. Dat is te betreuren omdat vervolging voor misdrijven tegen de menselijkheid misschien wel de meest eigenlijke vervolging zou zijn voor het uitvoeren van doodsvluchten. De verschillende handelingen die volgens de WIM een misdrijf tegen de menselijkheid opleveren, lijken 'te passen' op de vermeende feitelijke

¹¹ Zie 'Never Again', rapport van de nationale commissie op de verdwijning van personen (CONADEP) 1984 <www.nuncamas.org/index2.htm> en H. Bakker & W. Ferdinandusse, *Advies inzake de mogelijke internationale strafrechtelijke aansprakelijkheid van leden van de regering van Argentinië in de periode 1976-1983*, Amsterdam: International Law Clinic 2000 <www.jur.uva.nl>.

¹² Kamerstukken II 2002/03, 28 337, nr. 14 en Handelingen II 2002/03, 35, p. 2664. Een amendement om 'politieke groep' toe te voegen aan de limitatieve opsomming van groepen waarop genocide kan worden gepleegd, is verworpen. Het zou volgens de regering, anders dan bij de reeds opgenoemde groepen, om een keuze gaan die men moet nemen om tot die groep te gaan behoren.

¹³ Art. 6 WIM. Internationaal verdrag inzake bescherming van alle personen tegen gedwongen verdwijning, 20 augustus 2006, Trb. 2008, 173.

¹⁴ Het verdrag is nog niet in 20 van de lidstaten geratificeerd zoals, art. 39 Verdrag tegen gedwongen verdwijningen van personen vereist voor inwerkingtreding. Zie voor de actuele status van het verdrag <www.un.org>.

¹⁵ Art. 27a Besluit van 22 december 1943, houdende vaststelling van het Besluit Buitengewoon Strafrecht, Stb. D. 61.

¹⁶ Art. 1 BBS. Zie J.R.G. Jofriet, *De Wet Internationale Misdrijven*, Deventer: Kluwer 2009, p. 13-15, m.b.t. het zogenaamde 'strafbaarheidsgat'.

gedraging. Zo zijn in art. 4 WIM bijvoorbeeld het opzettelijk doden van personen en de gedwongen verdwijning van personen strafbaar als misdrijf tegen de menselijkheid, wanneer deze zijn gepleegd als onderdeel van wijdverbreide of stelselmatige aanval gericht tegen een burgerbevolking, met kennis van de aanval.¹⁷

Nu de slachtoffers ‘zoek blijven’ is te verdedigen dat de gedwongen verdwijning van deze personen de facto voortduurt tot op de dag van vandaag.¹⁸ Dat brengt echter niet met zich, dat de vermeende misdrijven alsnog onder het bereik van de WIM kunnen worden gebracht. Ook niet wanneer aangenomen zou worden dat de voortduring van het delict terugwerkende rechtsmacht op basis van de WIM tot gevolg moet hebben.¹⁹ De voortduring van een delict kan de gedraging namelijk niet met terugwerkende kracht strafbaar maken. Het legaliteitsbeginsel verzet zich daartegen.²⁰ Zelfs wanneer de mogelijkheid tot verschuiving van temporele rechtsmacht (terug in de tijd) wordt aanvaard, blijft dit ontoelaatbaar wanneer dit in een verschuiving van materiële rechtsmacht resulteert. Dit betekent dat Julio met betrekking tot vermeende feiten in Nederland niet voor misdrijven tegen de menselijkheid kan worden berecht. Een toereikende strafbaarstelling ontbreekt.

Foltering was op grond van de Uitvoeringswet folteringverdrag al strafbaar in Nederland voordat de WIM in werking trad, maar nog niet op het moment dat vermeende feiten zouden zijn gepleegd, waardoor deze evenmin een basis kan vormen voor strafvervolging.²¹ Julio kan met betrekking tot de vermeende feiten niet voor foltering worden vervolgd in een Nederlandse procedure.

Oorlogsmisdrijven waren in de tijdsperiode waarin de feiten zouden zijn gepleegd wel strafbaar in Nederland, op grond van de Wet Oorlogsstrafrecht (WOS).²² Art. 1 WOS merkt verschillende misdrijven als oorlogsmisdrijf aan, wanneer deze in geval van oorlog zijn begaan, of eerst in geval van oorlog strafbaar zijn. Ten aanzien van oorlogsmisdrijven in de zin van art. 8 en 9 WOS is echter het vereiste ‘in geval van oorlog’ volgens de Hoge Raad niet van toepassing, zodat deze strafbaarstellingen niet een oorlog vereisen waarbij Nederland partij is.²³ Het is echter maar de vraag of hier kan

¹⁷ Art. 4 lid 1 onder a en art. 4 lid 1 onder i WIM.

¹⁸ Dit standpunt wordt door het OM ingenomen, zie ‘Nederlandse verkeersvlieger aangehouden voor dodenvluchten in Argentinië’, persbericht Landelijk parket van 23 september 2009 <www.om.nl>.

¹⁹ De Minister van Justitie heeft onlangs voorgesteld universele rechtsmacht op basis van de WIM ten aanzien van Genocide, terug te laten werken tot 18 september 1966. Zie Voorstel van wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van internationale misdrijven, persbericht 6 oktober 2009, ‘Hirsch Ballin zet harder in op vervolging van oorlogsmisdadigers’ <www.justitie.nl>.

²⁰ Zie Kamerstukken II 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 25 (MvT).

²¹ Wet van 29 september 1988 tot uitvoering van het verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of onterende behandeling of bestraffing, Stb. 1988, 478 en Stb. 1989, 20. Op grond hiervan werd foltering op 20 januari 1989 als zodanig strafbaar in Nederland.

²² Wet van 10 juli 1952, houdende vaststelling van de Wet Oorlogsstrafrecht alsmede enige daarmee verband houdende wijzigingen in het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Militair Strafrecht en de Invoeringswet Militair Straf- en Tucht recht, Stb. 1952, 408.

²³ HR 11 november 1997, NJ 1998, 463 m.nt. ’t H (Knezevic). Was dit vereiste wel van toepassing geweest, dan had de WOS geen toepassing kunnen vinden, nu Nederland in de gehele periode waarin de WOS de strafbaarstelling regelt, nooit in oorlog geweest met een of meerdere vreemde staten. Zie J.R.G.

worden gesproken van een schending van de wetten en gebruiken van oorlog in de zin van art. 8 WOS. Het moet volgens de regering gaan om schending van humanitair oorlogsrecht en het recht inzake gewapend conflict, waarmee wordt bedoeld op het zogenaamde Haagse recht waarin bepaalde wapens worden verboden, en de Verdragen van Genève van 1949.²⁴ Er zal dus in ieder geval sprake moeten zijn van een gewapend conflict. In dit geval kan het enkel gaan om een intern gewapend conflict, ofwel een niet-internationaal gewapend conflict. Gelet op het tweede aanvullende protocol bij de Verdragen van Genève van 1949 en jurisprudentie van het ICTY kan hier echter niet van worden gesproken.²⁵ Uit art. 1 lid 1 van dit protocol blijkt dat er voor een intern gewapend conflict sprake moet zijn van strijd tussen de strijdkrachten van de lidstaat en die van dissidente strijdkrachten of andere georganiseerde groepen.²⁶ Zulk een groep moet dan effectief de controle kunnen uitoefenen over een gedeelte van het territorium van de lidstaat, in die zin dat men in staat is om voortdurende militaire operaties uit te voeren om het genoemde protocol te implementeren. Rellen of opstootjes of andere incidentele ongeregeldeheden moeten volgens art. 1 lid 2 Aanvullend protocol II bij de Verdragen van Genève van 1949 niet als intern gewapend conflict worden beschouwd. Bakker en Ferdinandusse achten het niet waarschijnlijk dat de situatie tijdens het bewind van Videla in zijn geheel als een dergelijke intern gewapend conflict kan worden gekwalificeerd. Ook niet onder de ruime uitleg die het ICTY hieraan geeft, nu in ieder geval vereist is dat van een “organized armed group” kan worden gesproken, die strijd voert met de overheid.²⁷ Bij de tegenstand die de guerrillabewegingen Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP) en de Montoneros in het geheel genomen boden aan het Videla-regime, lijkt inderdaad niet duidelijk sprake van te zijn van de vereiste organisatiegraad en macht.

Toch is het volgens Bakker en Ferdinandusse niet ondenkbaar dat bepaalde momenten in het bewind van Videla, bijvoorbeeld rond gewelddadige aanslagen op dit regime, wel als intern gewapend conflict kunnen worden aangemerkt tussen de overheid en bepaalde georganiseerde strijdkrachten. Als de vermeende doodsvluchten in zulk een specifieke situatie zouden zijn gepleegd, zou berechting op grond van art. 8 WOS mogelijk zijn. De WOS is van toepassing op de Nederlander, die zich buiten het rijk in Europa schuldig maakt aan een misdrijf als bedoeld in art. 1 onder 3 WOS, op grond van art. 3 onder 4 WOS. In deze zaak zou Nederland zo rechtsmacht kunnen uitoefenen. Zeker nu art. 2-8 Sr, ingevolge art. 3 WOS tevens van toepassing zijn. Het gaat om een misdrijf naar

Jofriet, *De Wet Internationale Misdrijven*, Deventer: Kluwer 2009, p. 34-37 en G.L. Coolen, ‘De Wet Oorlogsstrafrecht: een wet met gebreken’, *DD* 26 (1996), afl. 1, p. 43-55.

²⁴ Kamerstukken II 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 10 (MvT).

²⁵ H. Bakker & W. Ferdinandusse, *Advies inzake de mogelijke internationale strafrechtelijke aansprakelijkheid van leden van de regering van Argentinië in de periode 1976-1983*, Amsterdam: International Law Clinic 2000 <www.jur.uva.nl>.

²⁶ Art. 1 lid 1 Aanvullend Protocol bij Verdragen van Genève van 12 augustus 1949, betreffende de bescherming van slachtoffers van niet-internationale gewapende conflicten (Aanvullend Protocol II), Trb. 1978, 42.

²⁷ H. Bakker & W. Ferdinandusse, *Advies inzake de mogelijke internationale strafrechtelijke aansprakelijkheid van leden van de regering van Argentinië in de periode 1976-1983*, Amsterdam: International Law Clinic 2000 <www.jur.uva.nl>, p. 19-23. Zie ICTY 2 oktober 1995, IT-94-1 (Tadic), par. 70.

Nederlands recht, waarop naar Argentijns recht ook straf is gesteld. Rechtsmacht uit hoofde van nationaliteit van de verdachte kan dan volgens art. 5 lid 2, jo. lid 1 onder sub b Sr ook door het verkrijgen van die nationaliteit na het plegen van het delict ontstaan.²⁸ Het zou kunnen dat in een strafprocedure zou komen vast te staan dat in deze specifieke situatie sprake was van oorlogsmisdrijven en daarmee was strafvervolgning voor oorlogsmisdrijven mogelijk.

Waar problemen rijzen om de vermeende feiten aan te duiden als een van de bovengenoemde internationale misdrijven, is het eenvoudiger over dezelfde handelingen te spreken in termen van moord of doodslag volgens art. 289 Sr dan wel art. 287 Sr. De strafbaarstelling van deze delicten is toereikend om Julio te vervolgen, zij zijn reeds sinds 1886 strafbaar gesteld in het wetboek van Strafrecht. Wanneer niet van voorbedachte rade, maar wel van opzet op het doden van personen kan worden gesproken, kunnen onderhavige feiten waarschijnlijk als doodslag gekwalificeerd worden. Nederland zou dan ook rechtsmacht over deze delicten kunnen uitoefenen op grond van art. 5 lid 2 jo. lid 1 onder sub 2 Sr. Het zou derhalve wel mogelijk zijn geweest om Julio in Nederland te vervolgen voor zijn vermeende betrokkenheid bij de doodsvluchten in Argentinië, al zijn deze mogelijkheden op het gebied van internationale misdrijven beperkt.

Beslissing niet te vervolgen

Julio zal niet in Nederland worden vervolgd, zo bleek toen Nederland de Spaanse autoriteiten niet om overlevering verzocht. Hij is inmiddels door de Spaanse autoriteiten uitgeleverd aan Argentinië. Ondanks de beperkte mogelijkheden tot Nederlandse strafvervolgning was het afwijzen daarvan niet direct voor de hand liggend. Volgens Julio zelf was berechting van vermeende feiten in Nederland aangewezen uit oogpunt van een goede rechtsbedeling, aanwezigheid van het meest zwaarwegende bewijs in Nederland en mogelijke mensenrechtenschendingen in Argentinië. Hij spande een kort geding aan tegen de Nederlandse staat om strafvervolgning in Nederland te bewerkstelligen.²⁹ Door niet om overlevering te verzoeken, dus in wezen door af te zien van vervolging, zou de Nederlandse staat onrechtmatig jegens hem hebben gehandeld. De voorzieningenrechter, die hiermee indirect werd geplaagd voor de vraag of hier van vervolging kon worden afgezien, wees de vordering op 18 december 2009 af. In zijn marginale toetsing van de vervolgingsbeslissing, waarbij hij veronderstellenderwijs uitgaat van de mogelijkheid tot vervolging, komen een aantal belangrijke overwegingen naar voren die hier bezwaren vormen om Nederlandse strafvervolgning tegen Julio te initiëren.

²⁸ Hoewel dit op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel lijkt te staan, is dit naar redenering van de regering toelaatbaar, nu vermeende feiten strafbaar zijn volgens Argentijns recht (en op de pleegdatum reeds waren) en Julio bovendien de Nederlandse nationaliteit heeft verkregen door een persoonlijke keuze. Hij kon beseffen dat het aankopen van banden met de Nederlandse rechtsorde met zich kan brengen dat een vervolging wordt ingesteld ter zake van feiten die in Nederland volgens de WOS strafbaar zijn, waarover Nederland rechtsmacht heeft en die bovendien als zeer ernstige feiten worden aangemerkt. Een dergelijk overweging werd van belang geacht in de toelaatbaarheid van terugwerkende rechtsmacht ten aanzien van meisjesbesnijdenis. Zie Kamerstukken II 2004/05, 28 484, nr. 49, p. 6 (Advies Raad van State), en nr. D, p. 2-3.

²⁹ Rechtbank 's-Gravenhage 18 december 2009, LJN BK7001.

Dat vermeende feiten zich in Argentinië, zo ver van Nederland afspeelden, blijkt een groot probleem. Volgens de voorzieningenrechter zal Argentinië over meer en belangrijker bewijsmateriaal beschikken dan Nederland en zal de Nederlandse strafrechter op bijna geen enkel punt in de procedure terug kunnen vallen op feiten van algemene bekendheid of inzichten in gebruikelijke organisatievormen, omdat de samenleving waarin de vermeende feiten zich afspeelden zowel op cultureel, technisch, economisch en politiek gebied volstrekt verschillend was van de Nederlandse.³⁰ De rechtspraak rond internationale misdrijven die voor de Nederlandse rechter komen terwijl zij zich in het buitenland voordeden, laat zien dat er zo een geval inderdaad nog tal van problemen op de weg naar een veroordeling liggen.³¹ Het opsporingsonderzoek naar vermeende feiten in deze zaak zou in ieder geval grotendeels in Argentinië moeten worden verricht. Rechtshulp van de Argentijnse autoriteiten is hierbij van cruciaal belang. Zij zouden ofwel onderzoekshandelingen moeten verrichten ten behoeve van de Nederlandse autoriteiten, of hen moeten toestaan zelf opsporingsonderzoek in Argentinië te verrichten en dit, waar nodig, te faciliteren. Dat betekent doorgaans dat er vele getuigen moeten worden gehoord. Hoeveel medewerking hierbij van de Argentijnse autoriteiten kon worden verwacht was bedenkelijk gezien de duidelijke wens Julio in eigen land te berechten. Deze extra-territoriale opsporing is bovendien ook problematisch uit oogpunt van waarheidsvinding. De ‘vertaalslag’ die moet worden gemaakt om getuigenverklaringen in de rechterlijke procedure te gebruiken levert een extra moeilijkheidsfactor. De vreemde taal en cultuur vormen in de regel een belemmering in de communicatie en kunnen de betrouwbaarheid van verklaringen aantasten.³²

Dat Argentinië zelf een grootschalig ESMA-proces gestart is waarin verschillende personen worden berecht voor internationale misdrijven begaan in het Videla-regime, en ook Julio wil berechten, is in dit kader van groot belang. De technische overwegingen rond de vervolgingsbeslissing moeten nu tegen de achtergrond van een eventuele strafvervolging in Argentinië worden geplaatst. De voorzieningenrechter weegt af welke vervolging het meest geïndiceerd is. Daarnaast wordt het belang van Julio om in Nederland te worden berecht, tegenover het belang geplaatst van de geschokte rechtsorde in Argentinië, die de nadruk krijgt. De vermeende feiten zijn (merendeels) op Argentijns grondgebied en tegen Argentijnen gepleegd. “De slachtoffers en nabestaanden van het Videla-regime leven nog steeds in Argentinië en zullen het proces van dichtbij willen meemaken. Daarbij is het niet denkbeeldig dat zij graag willen dat Argentinië met zijn eigen verleden afreken, hetgeen bewerkstelligd wordt door vermeende daders van de

³⁰ Rechtbank 's-Gravenhage 18 december 2009, LJN BK7001, r.o. 3.3.

³¹ R. van Rossum, ‘De berechting van internationale misdrijven in Nederland, bewerking van de voordracht gehouden op 21 september 2006 ter ere van de gelegenheid van het minisymposium gehouden ter ere van dr. S.E. Ybema’, *MRT* 2007 afl. 1 (2007), p. 9.

³² R. van Rossum, ‘De berechting van internationale misdrijven in Nederland, bewerking van de voordracht gehouden op 21 september 2006 ter ere van de gelegenheid van het minisymposium gehouden ter ere van dr. S.E. Ybema’, *MRT* 2007 afl. 1 (2007), p. 1-9. Zie ook Hof 's-Gravenhage 10 maart 2008, NJ 2008, 469, m.nt. N. Keijzer, r.o. 9.11-9.22, over de zaak tegen Guus K., waar de betrouwbaarheid van getuigenverklaringen een probleem vormde voor bewezenverklaring van wapenleveranties en oorlogsmisdrijven. De Hoge Raad casseerde de vrijspaan van het Hof overigens en verwees de zaak naar het Hof te 's-Hertogenbosch, HR 20 april 2010, LJN: BK8132.

misdaden tegen de menselijkheid door Argentijnse rechters te laten berechten.”³³ Vergelding, rechtshandhaving en algemene preventie, leveren hier inderdaad sterkere aanknopingspunten voor strafvervolging in Argentinië dan in Nederland.³⁴

Het is echter niet alleen de Argentijnse rechtsorde die hier in het geding is. Gezien de ernst van vermeende feiten zijn belangen van de gehele internationale gemeenschap en ook nationale belangen van Nederland in het geding. Het gaat om een Nederlander die internationale en nationale rechtsnormen zou hebben geschonden. Moest Nederland Julio nu niet tegen buitenlandse strafvervolging beschermen? In art. 4 Uitleveringswet is bescherming van Nederlanders tegen buitenlandse strafvervolging het uitgangspunt. Uitlevering van Nederlanders ten behoeve van buitenlandse strafvervolging is in absolute zin niet ongeoorloofd, maar toch enkel toelaatbaar onder voorwaarde van een terugkeergarantie voor tenuitvoerlegging van een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf in Nederland.³⁵ In deze zaak kan hier echter geen plicht jegens Nederland van uitgaan omdat Julio uit eigen beweging naar Spanje is gereisd. Er is volgens de voorzieningenrechter dan ook geen terugkeergarantie afdwingbaar.³⁶ Ook was Nederland volgens de rechter, gezien de ruime beleidsvrijheid die het OM toekomt om te bepalen of strafvervolging moet worden ingesteld, niet gehouden om overlevering te verzoeken of tot vervolging over te gaan. Er bestaat volgens de voorzieningenrechter in beginsel geen plicht om tot vervolging over te gaan, ook niet wanneer er meerdere aanknopingspunten zijn dat in het kader van een goede rechtsbedeling de strafvervolging in Nederland meer op zijn plaats is.³⁷ Wel zou het Nederland volgens de rechter “sieren via diplomatieke kanalen te trachten een terugkeergarantie voor eiser bij de Argentijnse autoriteiten te bedingen”, nu de staat erkent te hebben meegewerkt aan de aanhouding van Julio in Spanje.³⁸ Maar geconcludeerd wordt dat het OM in redelijkheid heeft kunnen beslissen, de Spaanse autoriteiten niet om overlevering te verzoeken, dus van vervolging af te zien.

Vervolg- of uitleverplicht?

Dat de beslissing om geen vervolging in te stellen uit oogpunt van het opportuniteitsbeginsel door de voorzieningenrechter werd gebillijkt, is gezien bovengenoemde argumenten niet onbegrijpelijk. Volgens art. 167 lid 2 Sv, heeft het OM de beslissingsruimte om af te zien van vervolging op gronden aan het algemeen belang ontleend. In die zin bestaat er naar Nederlands recht inderdaad geen plicht om tot vervolging over te gaan. Het oordeel van de voorzieningenrechter gaat echter grotendeels voorbij aan de vraag of het OM hier wel van alle vrijheid gebruik mocht maken die het Nederlandse opportuniteitsbeginsel biedt. Die vrijheid kan onder omstandigheden namelijk beperkt zijn volgens internationaal recht. Zo kennen verschillende multilaterale verdragen waarbij Nederland is aangesloten zogenaamde *aut dedere aut judicare* bepalingen, die staten kortweg verplichten om verdachten van bepaalde misdrijven te

³³ Rechtbank 's-Gravenhage 18 december 2009, LJN BK7001, r.o. 3.3.

³⁴ Zie M.A. Drumbl, *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 149-180. Dit vormen belangrijke doelen in de berechting van internationale misdrijven en natuurlijk ook van Nederlands strafrecht.

³⁵ Art. 4 lid 2 Uitleveringswet vereist dit.

³⁶ Rechtbank 's-Gravenhage 18 december 2009, LJN BK7001, r.o. 3.7.

³⁷ Rechtbank 's-Gravenhage 18 december 2009, LJN BK7001, r.o. 3.3.

³⁸ Rechtbank 's-Gravenhage 18 december 2009, LJN BK7001, r.o. 3.7.

vervolgen of uit te leveren. Het genocideverdrag, het folteringverdrag en de Verdragen van Genève van 1949 (hier ook wel aangeduid als de Geneefse Conventies), waarbij Nederland is aangesloten, kennen dergelijke verplichtingen.³⁹ Dit roept de vraag op of er in deze zaak wel ruimte was om van vervolging af te zien, nu Julio niet is uitgeleverd aan een andere staat. Was Nederland op grond van zo een verplichting niet gehouden om Julio te vervolgen? Is de gekozen weg geoorloofd of heeft Nederland door Julio niet te vervolgen gehandeld in strijd met een internationale rechtsnorm?

Behalve uit verdragsrecht, wordt wel verdedigd dat aut dedere aut judicare verplichtingen ook uit internationaal gewoonterecht voortvloeien. Hoewel het aut dedere aut judicare adagium, al geruime tijd de vervolgingspraktijken van staten beïnvloedt, heeft het als algemeen beginsel van internationaal recht (nog) geen gewoonterechtelijke status gekregen.⁴⁰ Het standpunt dat het aut dedere aut judicare beginsel als norm ten aanzien van sommige internationale misdrijven, de ernstige schendingen van de Geneefse Conventies in het bijzonder, wel uit internationaal gewoonterecht voortvloeit, vindt meer steun.⁴¹ Maar ook dit is niet onomstreden, de ILC heeft in 2008 niet aangenomen dat een dergelijke internationaal gewoonterechtelijke norm daadwerkelijk is gevestigd.⁴² Een internationaal gewoonterechtelijke aut dedere aut judicare norm kan niet onomstotelijk worden aangenomen en hier derhalve geen internationale rechtsplicht scheppen. Nederland is echter ook via verdragsrecht aan enkele aut dedere aut judicare verplichtingen gebonden en daarvan zijn hier de specifieke verplichtingen van de Verdragen van Genève van 1949 relevant. Het folteringverdrag is niet relevant omdat vervolging voor foltering hier onmogelijk is, en de verplichtingen van het genocideverdrag werken in deze zaak niet jegens Nederland omdat vermeende feiten zich

³⁹ Kamerstukken II 2001/02 28 337, nr. 3 p. 34-35. Art. 6 en 7 Verdrag van 10 december 1984 tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing, Trb, 1985, 69. Art. 6 Verdrag inzake de voorkoming en bestraffing van genocide, Trb. 1960, 32.

⁴⁰ M.C. Bassiouni, *International Criminal Law, vol. II Multilateral and Bilateral enforcement Mechanisms*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2008, p. 41, C. Kreß, 'Reflections on the Iudicare limb of the Grave Breaches regime', *JICJ* 7 (2009), p. 789-790, 792-795 en 809, M. Plachta, 'Aut dedere Aut judicare: An Overview of Modes of Implementation and Approaches', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, nr. 4 (1999), p. 331-333.

⁴¹ Zie J.M. Henckaerts, 'The Grave Breaches Regime as Customary International Law', *JICJ* 7 (2009), p. 686-698, 700-701, M.C. Bassiouni, *International Criminal Law, vol. II Multilateral and Bilateral enforcement Mechanisms*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2008, p. 41-42, C. Kreß, 'Reflections on the Iudicare limb of the Grave Breaches regime', *JICJ* 7 (2009), p. 792-795 en P. D. Duyx 'De opportuniteit van een onderzoeks- en vervolgingsplicht bij het universaliteitsbeginsel; een rol voor het EHRM?', in: P.D. Duyx & P.D.J. van Zeben (red.) *Via Straatsburg: opstellen ter gelegenheid van de benoeming van prof. mr. B.E.P. Myjer tot rechter in het Europese Hof voor de rechten van de mens aangeboden door het ressortsparket te Amsterdam op 1 oktober 2004*, Nijmegen: Wolf 2004, p. 328-332.

⁴² Z. Galicki, *Third report on the obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)*, (sixtieth session International Law Commission, 10 juni 2008), UN Doc. A/CN.4/603 <www.un.org>, par. 38-44, 69-89 en 98. Ook van Eijl kan na een beschouwing hiervan, geen gewoonterechtelijk aut dedere aut judicare verplichtingen ten aanzien van genocide, oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de menselijkheid of foltering, aannemen; R. van Eijl, *Dealing with crimes of the past: no more amnesty? An inquiry into the lawfulness of amnesty for human rights atrocities under international law*, Utrecht: Kennispunt faculteit Recht, Economie, Bestuur en Organsiatie Universiteit Utrecht 2009, p. 49-54, 62-71, 71-75, 81-85, 163. Kamerstukken II 2001/02 28 337, nr. 3 p. 34-35. Volgens de regering moet ten aan zien van de aut dedere aut judicare verplichtingen, verdragsrecht als uitgangspunt worden genomen.

niet op Nederlands grondgebied voordeden. Deze voorwaarde wordt door art. 6 van dit verdrag aan de aut dedere aut judicare verplichting verbonden.⁴³

Waartoe verplichten de Verdragen van Genève van 1949 Nederland nu precies? Alvorens daarop in te gaan is het van belang op te merken dat aut dedere aut judicare verplichtingen ten aanzien van internationale misdrijven zoals deze, een ander uitgangspunt kennen dan de reeds langer bestaande aut dedere aut judicare verplichtingen die in internationale samenwerking op het bredere strafrechtgebied een rol spelen en hier als ‘traditionele aut dedere aut judicare verplichtingen’ worden aangeduid.⁴⁴ Hierdoor verschillen beiden groepen plichten op sommige punten qua inhoud, zoals hieronder blijkt.

De Geneefse Conventies bevatten allen een gelijke bepaling, die ten aanzien van zogenaamde ‘grave breaches’ of ernstige schendingen van de verdragen, onder andere een aut dedere aut judicare verplichting schept. Deze luidt als volgt: *“Each High Contracting Party shall be under the obligation to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, such grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts. It may also, if it prefers, and in accordance with the provisions of its own legislation, hand such persons over for trial to another High Contracting Party concerned, provided such High Contracting Party has made out a prima facie case.”*⁴⁵ Hier worden verschillende verplichtingen gevestigd, die van elkaar moeten worden onderscheiden. Op de eerste plaats volgt uit deze bepaling impliciet de verplichting voor iedere verdragspartij om universele rechtsmacht te vestigen ten aanzien van ernstige schendingen van de verdragen.⁴⁶ Wat doorgaans onder de aut dedere aut judicare verplichting wordt verstaan en in geciteerde zinnen wel expliciet wordt beschreven, is wat staten met die jurisdictie moeten doen.

De eerste zin schept een vervolgplicht (‘judicare gedeelte’). Ook deze zin valt uiteen in verschillende plichten, nu ten eerste expliciet wordt vereist dat staten actief onderzoek verrichten naar personen die vermoedelijk een ernstige schending hebben gepleegd. Ten tweede wordt, vrij vertaald, gesteld dat vermeende daders van ernstige schendingen voor de eigen gerechten van de staat moeten worden gebracht. Aangenomen wordt dat het hier in ieder geval niet om een absolute vervolgplicht gaat, maar om de verplichting de

⁴³ Hoewel het tegendeel ook wel beweerd wordt, heeft het Internationaal Gerechtshof deze verplichting volgens van Eijl niet uitgebreid ten opzichte van genocide die niet op het grondgebied van de staat plaatsvond; R. van Eijl, *Dealing with crimes of the past: no more amnesty? An inquiry into the lawfulness of amnesty for human rights atrocities under international law*, Utrecht: Kennispunt faculteit Recht, Economie, Bestuur en Organisatie Universiteit Utrecht 2009, p. 49-54.

⁴⁴ M.C. Bassiouni, *International Criminal Law, vol. II Multilateral and Bilateral enforcement Mechanisms*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2008, p. 35-41.

⁴⁵ Art. 49 lid 2 Verdrag I, art. 50 lid 2 Verdrag II, art. 129 lid 2 Verdrag III, art. 146 lid 2 Verdrag IV, en art. 85 lid 1 Aanvullend Protocol I bij deze Verdragen van Genève 1949.

⁴⁶ Anders zouden personen immers niet ongeacht hun nationaliteit voor de nationale gerechten van alle bij de verdragen aangesloten staten kunnen worden gebracht. Zie R. van Elst, ‘Implementing Universal Jurisdiction Over Grave Breaches of the Geneva Conventions’, *LJOIL*, vol. 13 (2000), afl. 4, p. 821-825, en R. O’Keefe, ‘The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction’, *JICJ* 7 (2009), p. 811, 814-819.

verdachte persoon voor de, tot vervolging bevoegde, autoriteiten te brengen.⁴⁷ Wanneer de competente autoriteiten concluderen dat er onvoldoende redenen zijn om aan te nemen dat deze persoon het misdrijf heeft gepleegd of dat onvoldoende bewijs aanwezig is voor een veroordeling, kan van vervolging worden afgezien. De vervolgplicht laat dus ruimte voor technische overwegingen omtrent haalbaarheid van de zaak. Kreß spreekt daarom over de verplichting *waar dat is aangewezen*, te vervolgen en te veroordelen.⁴⁸ Ook volgens de wetgever en het College van procureurs-generaal, heeft het OM nog steeds wel enige vervolgingsvrijheid met betrekking tot de haalbaarheid van de zaak.⁴⁹

Anders ligt het met betrekking tot de vraag of de autoriteiten, ook van vervolging af kunnen zien op basis van wenselijkheidsoverwegingen, als vervolging op technische gronden wel geïndiceerd is. Kan de beslissingruimte die het Nederlandse opportuniteitsbeginsel biedt om op zulke gronden van vervolging af te zien, onder deze aut dedere aut judicare plicht wel worden gehandhaafd? Er wordt wel verdedigd dat de beslissing om al dan niet tot vervolging over te gaan, door de autoriteiten van de staat op wiens grondgebied de verdachte zich bevindt, moet worden genomen, onafhankelijk en op de gebruikelijke gronden.⁵⁰ Toch kan beslissingsruimte om vanwege wenselijkheids-overwegingen van vervolging af te zien, in ieder geval in een situatie waarin niet wordt uitgeleverd, niet zonder meer worden aangenomen. Kreß ziet geen ruimte meer voor staten om op grond van nationale belangen van vervolging af te zien. Hij wijst er op dat de Geneefse aut dedere aut judicare bepaling, in tegenstelling tot de ‘Haagse formule’, van het Verdrag tot bestrijding van het wederrechtelijk in zijn macht brengen van luchtvaartuigen, niet expliciet de ruimte laat om vervolgingsbeslissingen naar nationaal recht te nemen.⁵¹ Het uitoefenen van vervolgingsvrijheid op basis van nationale belangen is volgens hem niet te rijmen met het doel van de aut dedere aut judicare verplichting ten aanzien van internationale misdrijven; tegengaan van deze misdrijven door uitbannen van straffeloosheid.

Maar daarmee is het met de vervolgingsvrijheid nog niet gedaan. Staten kunnen volgens de tweede zin van de Geneefse aut dedere aut judicare verplichting, de vermeende dader van ernstige schendingen ook uitleveren (‘dedere gedeelte’), in plaats van vervolgen. Dit,

⁴⁷ A.H. Klip, ‘Strafrechtelijke reactie op ernstige schendingen van mensenrechten in het buitenland’, in: C.H. Brants, C. Kelk & M. Moerings (red), *Er is meer, opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 98-100, 102-105, C. Kreß, ‘Reflections on the Iudicare limb of the Grave Breaches regime’, *JICJ* 7 (2009), p. 800-802. Dat hoeft niet noodzakelijk een rechterlijk orgaan te betreffen, het kan ook om een openbare aanklager gaan. Zie ook R. O’Keefe, ‘The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction’, *JICJ* 7 (2009), p. 816-817.

⁴⁸ C. Kreß, ‘Reflections on the Iudicare limb of the Grave Breaches regime’, *JICJ* 7 (2009), p. 801.

⁴⁹ Kamerstukken II 2001/02 28 337, nr. 3 p. 34-36. Aanwijzing afdoening aangiften m.b.t. de strafbaarstellingen in de Wet internationale misdrijven, Stcrt. 2003, nr. 247, p. 2-3 en Verlenging OM-beleidsregels, Stcrt. 2007, nr. 233.

⁵⁰ O’Keefe verdedigt dit standpunt; R. O’Keefe, ‘The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction’, *JICJ* 7 (2009), p. 816-817. Ook Klip heeft ruimte voor de opportuniteitsbeslissing verdedigd; A.H. Klip, ‘Strafrechtelijke reactie op ernstige schendingen van mensenrechten in het buitenland’, in: C.H. Brants, C. Kelk & M. Moerings (red), *Er is meer, opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 102-105.

⁵¹ Stb. 1973, 227. C. Kreß, ‘Reflections on the Iudicare limb of the Grave Breaches regime’, *JICJ* 7 (2009), p. 800-803.

onder de voorwaarde dat hij wordt overgedragen aan een andere bij de verdragen aangesloten staat, die een prima facie zaak tegen hem heeft. Het overdragen van een persoon aan een staat, die niet voornemens is hem te vervolgen, is dus niet toereikend om aan deze uitleverplicht te voldoen. Vereist is dat deze staat een redelijke zaak tegen hem heeft en de intentie om strafvervolgning tegen hem in te stellen.⁵² Overigens lijkt het volgen van een juridische uitleverprocedure strikt genomen niet nodig. Andere vormen van overbrengen van de betrokken persoon lijken ook te kunnen volstaan gelet op de gekozen woorden ‘handing over’.⁵³ Vereist is wel dat dit in overeenstemming met nationaal recht geschiedt.

Op zich zelf genomen is noch de vervolgplicht, noch de uitleverplicht absoluut, maar samengenomen vestigen ze een plicht tot vervolging *of* uitlevering. Hoeveel vrijheid in een vervolgingsbeslissing resteert, hangt dus af van het samenspel tussen deze twee. Hoe verhouden deze plichten zich tot elkaar; zijn ze gelijkwaardig, of heeft vervolging prioriteit en is de uitleverplicht subsidiair of andersom? Hier wordt over gediscussieerd. In tegenstelling tot sommige ‘traditionele aut dedere aut judicare plichten’, is in de Geneefse Conventies de vervolgplicht niet ondergeschikt gemaakt aan het uitleveralternatief.⁵⁴ Dit houdt verband met de genoemde verschillende uitgangpunten. De traditionele aut dedere aut judicare opvatting, is in wezen gebaseerd op het belang van soevereine staten strafrecht in eigen land te handhaven, over eigen onderdanen, en het wederkerige belang dat onderdanen in het buitenland ten behoeve hiervan door een vreemde staat worden uitgeleverd, of anders, door die staat worden berecht.⁵⁵ In aut dedere aut judicare plichten ten aanzien van internationale misdrijven staat het gezamenlijke belang van de gehele internationale gemeenschap voorop om bepaalde misdrijven tegen te gaan die waarden en belangen van die hele gemeenschap raken.⁵⁶ De staat die zulk een misdrijf berecht, doet dat niet namens een andere staat, maar namens de hele gemeenschap.⁵⁷ Doorgaans wordt daarom aangenomen dat er in ieder geval bij de plichten ten aanzien van internationale misdrijven, geen bepaalde rangorde of hiërarchie bestaat tussen deze twee alternatieven.⁵⁸ Dit betekent dat de staat op wiens grondgebied

⁵² R. van Elst, ‘Implementing Universal Jurisdiction Over Grave Breaches of the Geneva Conventions’, *LJOIL*, vol. 13 (2000), afl. 4, p. 843-846 en C. Kreß, ‘Reflections on the Judicare limb of the Grave Breaches regime’, *JICJ* 7 (2009), p. 799-800. Door hen wordt overigens aangenomen dat met de overdracht van een persoon aan een internationaal straffhof deze uitleverplicht ook kan worden vervuld.

⁵³ R. van Elst, ‘Implementing Universal Jurisdiction Over Grave Breaches of the Geneva Conventions’, *LJOIL*, vol. 13 (2000), afl. 4, p. 843-844.

⁵⁴ Zie R. O’Keefe, ‘The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction’, *JICJ* 7 (2009), p. 820-823.

⁵⁵ M.C. Bassiouni, *International Criminal Law, vol. II Multilateral and Bilateral enforcement Mechanisms*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2008, p. 38-39. R. O’Keefe, ‘The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction’, *JICJ* 7 (2009), p. 820-823.

⁵⁶ M.C. Bassiouni, *International Criminal Law, vol. II Multilateral and Bilateral enforcement Mechanisms*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2008, p. 39.

⁵⁷ R. O’Keefe, ‘The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction’, *JICJ* 7 (2009), p. 823.

⁵⁸ A.H. Klip, ‘Strafrechtelijke reactie op ernstige schendingen van mensenrechten in het buitenland’, in: C.H. Brants, C. Kelk & M. Moerings (red), *Er is meer, opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 98-99 en M. Plachta, ‘Aut dedere Aut judicare: An Overview of Modes of Implementation and Approaches’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, nr. 4 (1999), p. 334-336. Volgens van Elst heeft het vervolgingsalternatief in het systeem van de Verdragen van Genève van 1949 voorrang; van R. van Elst, ‘Implementing Universal Jurisdiction Over Grave Breaches of the Geneva Conventions’, *LJOIL*, vol. 13 (2000), afl. 4, p. 818-819.

de verdachte zich bevindt, in beginsel een vrije keuze heeft om tot vervolging of uitlevering over te gaan.⁵⁹

Wat betekent dit voor de zaak van Julio? Nederland heeft Julio niet uitgeleverd aan Argentinië en had dat ook niet kunnen doen, omdat hij Nederlander is geworden en het uitleveringsverdrag tussen Nederland en Argentinië, uitlevering in dat geval verbiedt.⁶⁰ Toch wil dat nog niet zeggen dat Nederland Julio had moeten vervolgen, want deze casus valt buiten de, tot nu toe onbesproken, reikwijdte van de Geneefse aut dedere aut judicare verplichting. Die reikwijdte wordt in vrij algemene zin door de verdragen beperkt. De verplichtingen kunnen gelden jegens alle staten die partij zijn bij de verdagen, maar enkel ten aanzien van die misdrijven die *ernstige schendingen van de verdagen* opleveren.⁶¹ De verplichtingen beginnen vervolgens pas jegens een staat te werken *als en vanaf het moment dat* een vermeende dader van zulke schendingen, zich op haar grondgebied bevindt, of vermoedelijk bevindt.⁶² Aanwezigheid van de verdachte op het grondgebied van de staat, wordt door de aut dedere aut judicare bepaling verondersteld. De bewuste persoon kan niet uitgeleverd worden, of voor de vervolgende autoriteiten gebracht worden als hij zich niet op het territorium van staat bevindt. Aangenomen wordt dat de Geneefse aut dedere aut judicare plicht dus aanvangt of wordt ‘getriggered’ door aanwezigheid van een vermeende dader van ernstige schendingen op het grondgebied van een staat.⁶³ Als eerste gaat daarbij de onderzoeksverplichting in werking, die kan worden gezien als overkoepelende verplichting ten opzichte van de keuze de betrokken persoon voor de bevoegde autoriteiten te brengen, of uit te leveren.⁶⁴ Omdat Julio zich al geruime tijd in Nederland bevond, valt deze zaak binnen de reikwijdte van de verplichting in tijd uitgedrukt. Of Nederland om uitlevering van Julio is verzocht doet er voor het ontstaan van deze verplichting overigens niet toe. Anders dan gebruikelijk is in ‘traditionele aut dedere aut judicare plichten’, waar de vervolgplicht vaak ondergeschikt is aan de uitleverplicht, bestaat de aut dedere aut judicare plicht van de Geneefse Conventies onafhankelijk van de uitleverplicht, dus ongeacht of er al dan niet om uitlevering is verzocht.⁶⁵

⁵⁹ C. Kreß, ‘Reflections on the Iudicare limb of the Grave Breaches regime’, *JICJ* 7 (2009), p. 796-800. Afhankelijk van de rechtsmachtbasis van de staat die hechtenis over de betrokken persoon kan uitoefenen, moet hier volgens hem soms van worden afgeweken en voorrang aan een van beide worden gegeven.

⁶⁰ Art. 3 onder sub 1 Verdrag tusschen Nederland en Argentinië tot wederkeerige uitlevering van misdadigers, van 7 september 1893, Stb. 1898, 29. Volgens de voorzieningenrechter is uitlevering van Julio overigens geweigerd omdat hij de Nederlandse nationaliteit bezit, zie Rechtbank 's-Gravenhage 18 december 2009, LJN BK7001, r.o. 3.7.

⁶¹ Art. 49 lid 2 Verdrag I, art. 50 lid 2 Verdrag II, art. 129 lid 2 Verdrag III, art. 146 lid 2 Verdrag IV van Genève 1949. R. O’Keefe, ‘The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction’, *JICJ* 7 (2009), p. 813-814.

⁶² R. O’Keefe, ‘The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction’, *JICJ* 7 (2009), p. 828.

⁶³ C. Kreß, ‘Reflections on the Iudicare limb of the Grave Breaches regime’, *JICJ* 7 (2009), p. 800.

⁶⁴ C. Kreß, ‘Reflections on the Iudicare limb of the Grave Breaches regime’, *JICJ* 7 (2009), p. 800.

⁶⁵ R. van Elst, ‘Implementing Universal Jurisdiction Over Grave Breaches of the Geneva Conventions’, *LJOIL*, vol. 13 (2000), afl. 4, p. 819, M. Plachta, ‘Aut dedere Aut judicare: An Overview of Modes of Implementation and Approaches’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, nr. 4 (1999), p. 334-336 en C. Kreß, ‘Reflections on the Iudicare limb of the Grave Breaches regime’, *JICJ* 7 (2009), p. 796. Zie ook Kamerstukken II 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 17 (MvT).

Waar de specifieke onderzoeksplicht als onderdeel van de Geneefse aut dedere aut judicare plicht hier geen problemen oplevert omdat er als sinds 2006 opsporingsonderzoek naar Julio wordt gedaan, is het nog maar de vraag of datzelfde kan worden gezegd van de zaak Ayalon.⁶⁶ Daar werd geen opsporingsonderzoek gestart naar een Israëlische minister, tegen wie aangifte van foltering werd gedaan, vlak voordat deze in mei 2008 enkele dagen naar Nederland kwam. Tegen deze beslissing om geen onderzoek in te stellen werd door aangever geklaagd. Het beklag werd door het Hof verworpen, nu de benodigde rechtsmacht zou ontbreken, zonder hierbij in te gaan op de inhoud en reikwijdte van de vervolgplicht van het folteringverdrag waarbij Nederland is aangesloten. Nu verdedigd kan worden dat Nederland, in tegenstelling tot wat het Hof beweert, hier wel over de benodigde rechtsmacht beschikte om onderzoek te starten, is het maar de vraag of Nederland hier niet gehouden was dat te doen op grond van het folteringverdrag.⁶⁷

De verdragen van Genève van 1949 scheppen in de zaak Julio geen aut dedere aut judicare verplichtingen jegens Nederland, omdat het moet gaan om misdrijven die als ernstige schendingen van de verdagen kunnen worden aangemerkt. Deze worden in alle verdragen in de opvolgende bepaling gedefinieerd.⁶⁸ Ingevolge art. 2 van de Geneefse Conventies kan hiervan enkel sprake zijn in een internationaal gewapend conflict.⁶⁹ In internationaal gewoonterecht lijkt zich wel langzaam de norm te ontwikkelen dat het 'ernstige schendingen regime', de aut dedere aut judicare verplichting in het bijzonder, ook van toepassing is op oorlogsmisdrijven die zijn begaan in een intern gewapend conflict, maar het lijkt nog te vroeg om het bestaan daarvan aan te nemen.⁷⁰ Vooralnog moet worden aangenomen dat in interne conflicten in ieder geval niet van een ernstige schending van de Verdragen Genève van 1949 kan worden gesproken.⁷¹ Dat betekent dat

⁶⁶ Hof 's-Gravenhage 26 oktober 2009, NJ 2010, 132, m.nt. Klip. Art. 6 lid 1 folteringverdrag verplicht Nederland een verdachte van foltering in bewaring te nemen als deze op het territorium van de staat wordt aangetroffen en de omstandigheden dat verlangen. Art. 6 lid 2 folteringverdrag verplicht Nederland direct voorlopig onderzoek naar de feiten in te stellen. Zie A.H. Klip, 'Strafrechtelijke reactie op ernstige schendingen van mensenrechten in het buitenland', in: C.H. Brants, C. Kelk & M. Moerings (red), *Er is meer, opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 103-105.

⁶⁷ Een onderzoek naar de reikwijdte van deze specifieke onderzoeksverplichting, was dan nodig geweest om te bepalen of hier wel (opportuniteits-)ruimte bestond om af te zien van het instellen van een opsporingsonderzoek. Hof 's-Gravenhage 26 oktober 2009, NJ 2010, 132, m.nt. Klip, zie onder 2-12. Klip stelt in zijn noot het aannemen van een aanwezigheidsvoorwaarde van universele rechtsmacht op grond van de Uitvoeringswet folteringverdrag ter discussie en wijst op de problematische wijze waarop het Hof tot de conclusie komt dat deze niet aanwezig is in deze zaak. Aangenomen moet worden dat universele rechtsmacht om onderzoek uit te voeren hier aanwezig was op grond van de Uitvoeringswet folteringverdrag, zelfs in secundaire zin, nu de betrokken minister op Nederlands grondgebied verbleef.

⁶⁸ Art. 50 Verdrag I, art. 51 Verdrag II, art. 130 Verdrag III en art. 147 Verdrag IV van Genève 1949, omschrijven deze 'grave breaches'.

⁶⁹ R. van Eijl, *Dealing with crimes of the past: no more amnesty? An inquiry into the lawfulness of amnesty for human rights atrocities under international law*, Utrecht: Kennispunt faculteit Recht, Economie, Bestuur en Organsiatie Universiteit Utrecht 2009, p. 58-60.

⁷⁰ C. Kreß, 'Reflections on the Iudicare limb of the Grave Breaches regime', *JICJ* 7 (2009), p. 792-795.

⁷¹ R. van Eijl, *Dealing with crimes of the past: no more amnesty? An inquiry into the lawfulness of amnesty for human rights atrocities under international law*, Utrecht: Kennispunt faculteit Recht, Economie, Bestuur en Organsiatie Universiteit Utrecht 2009, p. 54-71. C. Kreß, 'Reflections on the Iudicare limb of the Grave Breaches regime', *JICJ* 7 (2009), p. 792-795, J.M. Henckaerts, 'The Grave Breaches Regime as

Nederland in deze zaak niet door deze Geneefse aut dedere aut judicare verplichtingen was gebonden en hier geen internationale rechtsplicht tot vervolging heeft geschonden.

Of de gekozen weg in de zaak Julio aan de vervolg- of uitleverplicht van de Verdragen van Genève van 1949 heeft voldaan, is in die zin een theoretische vraag. Maar zij maakte wel duidelijk hoezeer de Nederlandse beslissingsvrijheid om strafvorderlijk op te treden ten aanzien van internationale misdrijven wordt ingeperkt door internationale aut dedere aut judicare verplichtingen. En dat is niet altijd zonder problemen. Stel nu dat in deze zaak de Geneefse aut dedere aut judicare plicht van toepassing was geweest. Dan had Nederland Julio niet kunnen uitleveren aan Argentinië vanwege het genoemde uitleveringsverdrag. Strikt genomen zou dan een Nederlandse strafvervolging hebben moeten volgen, terwijl vervolging uit oogpunt van bovengenoemde argumenten misschien beter in Argentinië kan plaatsvinden. Door de aanhouding van Julio in Valencia, werd Argentijnse strafvervolging in feite mogelijk gemaakt. Dat Nederland aan deze aanhouding heeft meegewerkt⁷², is uit oogpunt van internationale rechtsbedeling dus niet zo vreemd en levert in ieder geval geen strijd op met de ratio van de Geneefse aut dedere aut judicare verplichting. Berechting zal in deze zaak geschieden. Wellicht kan zelfs gezegd worden dat Nederland de Geneefse aut dedere aut judicare plicht, ware die van toepassing geweest, de facto heeft nageleefd door Julio te *doen overbrengen* naar een andere staat ten behoeve van strafvervolging.⁷³ Probleem hierbij is dat Nederland Julio niet actief heeft overgebracht naar Spanje, Julio is daar door eigen toedoen terechtgekomen. Daardoor kan er in ieder geval geen strijd zijn met Nederlands uitleveringsrecht. Interpretatie van deze passiviteit als het uitvoeren van het 'uitleveralternatief' mag dan problematisch zijn, het nalaten Julio op Nederlands grondgebied aan te houden was nodig om deze weg naar Argentinië open te laten. De behoefte aan manoeuvreerruimte om belangen van internationale rechtsbedeling tegemoet te kunnen komen, was hier groter dan de ruimte die door de Geneefse aut dedere aut judicare plicht en het Nederlandse uitleveringsrecht werd gelaten.⁷⁴

Customary International Law', *JICJ* 7 (2009), p. 691, M. Scharf, 'The Letter of the Law: The Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human rights Crimes', *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, no. 4, Rights (Autumn, 1996), p. 44 en R. van Elst, 'Implementing Universal Jurisdiction Over Grave Breaches of the Geneva Conventions', *LJOIL*, vol. 13 (2000), afl. 4, p. 818.

⁷² Dat Nederland heeft meegewerkt aan de aanhouding van Julio in Spanje, blijkt uit Hof 's-Gravenhage 18 december 2009, LJN BK7001, r.o. 3.7.

⁷³ Zie A.H. Klip, 'Strafrechtelijke reactie op ernstige schendingen van mensenrechten in het buitenland', in: C.H. Brants, C. Kelk & M. Moerings (red), *Er is meer, opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 101-102 en C. Kreß, 'Reflections on the Iudicare limb of the Grave Breaches regime', *JICJ* 7 (2009), p. 798, voor een bespreking van de vragen hoe en door wie moet worden beslist of een staat aan specifieke aut dedere aut judicare verplichtingen heeft voldaan, en of andere staten dit eventueel kunnen aanvechten in internationaal recht. Deze vragen spelen vooral met betrekking tot de vervolgplicht, in de situatie waarin de staat van hechtenis tot vervolging overgaat in plaats van tot uitlevering, zoals verzocht door de staat waar het delict zich voordeed, en deze laatste de vervolging wantrouwt. Omdat deze problematiek hier niet van toepassing is, blijft die hier onbesproken.

⁷⁴ Er zijn ook andere redenen van internationale rechtsbedeling denkbaar, die zoals Klip aangeeft, tot opportuniteitsruimte nopen om een onwenselijke Nederlandse vervolging te kunnen voorkomen. Zo is een Nederlandse vervolging van een oorlogsmisdrijf dat in de staat van locus delicti niet berecht wordt omwille van breekbare vrede bijvoorbeeld bedenkelijk; A.H. Klip, 'Strafrechtelijke reactie op ernstige schendingen van mensenrechten in het buitenland', in: C.H. Brants, C. Kelk & M. Moerings (red), *Er is meer, opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 103-104.