

BIJDRAGEN

De vervolgbaarheid van Nederlandse Militairen van de Task-Force Uruzgan voor het Internationaal Strafhof

door

GEERT-JAN ALEXANDER KNOOPS¹⁾

I Inleiding

Op 7 december 2007 hoorde de Tweede Kamer der Staten Generaal een aantal deskundigen over de verlenging tot 2010 van de ISAF-militaire missie in Afghanistan (Uruzgan).

Een van de vragen die de Tweede Kamer stelde was die naar het realiteitsgehalte van de vervolgbaarheid van de Nederlandse militairen voor het Internationaal Strafhof in Den Haag (hierna: Strafhof) terzake schendingen van onder meer de Geneefse Conventies of andere regels van internationaal humanitair (oorlogs-) recht.

De auteur was degene aan wie deze vraag werd voorgelegd. In navolgende bijdrage zal worden ingegaan op ten eerste de genoemde vervolgbaarheid, vervolgens op de vraag welke (internationaal) strafrechtelijke mechanismen deze vervolgbaarheid van Nederlandse militairen kan doen blokkeren en tenslotte de potentieel exonererende werking van het ISAF-mandaat en hiervan afgeleide ‘Rules of Engagement’ (ROE) en ‘geweldsinstructie’ in verband met een Strafhof-vervolgung.

II De ISAF-missie en haar karakter

De beantwoording van deze rechtsvragen houdt verband met de aard van de Afghanistan missie. ISAF (International Security Assistance Force) is door de VN Veiligheidsraad bij resolutie van 13 oktober 2003 gemandateerd om de Afgaanse regering te ondersteunen bij het handhaven van de veiligheid, dit op grond van hoofdstuk VII van het VN Handvest. De uiteindelijk uitvoering van de ISAF-missie in het zuiden van Afghanistan werd opgedragen aan de NAVO.

Als zodanig is ISAF te betitelen als een stabilisatie-operatie, dat wil zeggen een missie tot bevordering van (internationale) veiligheid en stabiliteit. Het bijzondere van ISAF is echter dat deze missie tevens tot doel heeft het scheppen van voorwaarden voor bestuurlijke en economische wederopbouw.

Nederlandse militairen verlenen een bijdrage aan de ontplooiing van deze door de NAVO geleide missie in Zuid-Afghanistan. Per 1 augustus 2006 breidde ISAF haar operaties uit naar Zuid-Afghanistan waar Nederland, samen met het Verenigd Koninkrijk en Canada, gezamenlijk militair verantwoordelijk is voor de zuidelijke regio en met name Uruzgan.²⁾

Aan deze stabilisatie- en ondersteuningsmissie draagt Nederland op de eerste plaats bij met een Task Force Uruzgan (TFU) die bestaat uit een “*Provinciaal Reconstructie Team*

¹⁾ Hoogleraar Internationaal Strafrecht (Universiteit Utrecht) alsmede defence counsel bij de ICTY, ICTR en het Internationaal Strafhof en werkzaam bij Knoops en Partners Advocaten in Amsterdam. De auteur dankt in het bijzonder mr. P.B.A. Acda, juridisch medewerker verbonden aan Knoops en Partners advocaten.

²⁾ Brief van Minister van Buitenlandse Zaken, Minister van Defensie en Minister voor Ontwikkelingssamenwerking aan Tweede Kamer d.d. 30 november 2007 (hierna: Artikel-100 brief), p. 2.

(PRT) en een Battle Group, alsmede de logistieke ondersteuning, verspreid over twee bases in Tarin Kowt en Deh Rawod". Ten tweede wordt bijgedragen door middel van twee Operational Mentoring and Liaison Teams (OMLT's) ten behoeve van training en begeleiding van het Afghaanse leger. Tenslotte blijft Nederland vijf Apache-gevechtshelikopters en vier F-16 gevechtsvliegtuigen leveren aan ISAF.³⁾

De grondslag voor het militair optreden en de toepassing van militair geweld door ISAF berust op een aantal resoluties van de VN Veiligheidsraad die zijn gebaseerd op hoofdstuk VII van het VN Handvest. In september 2007 werd dit mandaat bij VN Resolutie 1776 verlengd voor een jaar. In genoemde resolutie wordt wederom gesproken over het militair ingrijpen in Afghanistan "by all necessary measures" teneinde het mandaat te vervullen.⁴⁾

Voor het kader van onderhavige rechtsvraag is van belang vast te stellen dat, naast ISAF, ook Operation Enduring Freedom (OEF) parallel blijft lopen in Afghanistan, ook al draagt ISAF thans de algehele militaire eindverantwoordelijkheid in Afghanistan. Anders dan OEF is de doelstelling van de TFU "niet primair (gericht) op het militair verslaan van de Taliban, maar op het aanpakken van hun leiders en het verstoren van hun logistieke- en communicatielijnen".⁵⁾

Genoemd hoofdstuk VII van het VN Handvest, dat de toepassing van militair geweld in Afghanistan mogelijk maakt, vormt derhalve de uiteindelijke grondslag terzake de voor de Nederlandse ISAF-militair van toepassing zijnde Rules of Engagement (ROE) en hiervan afgeleide geweldsinstructies. ROE en geweldsinstructie betreffen aan het mandaat ontleende militaire instructies of richtlijnen die nader aangeven wanneer en onder welke voorwaarden een individuele militair geweld kan aanwenden, buiten het geval van het inherente recht op zelfverdediging.⁶⁾

De aard van dit mandaat en de hieruit voortvloeiende mogelijkheden om (militair) geweld toe te passen, kan wellicht een van de factoren zijn die het Strafhof in aanmerking kan nemen bij de bepaling of een bepaalde zaak van 'voldoende ernst' is om een bepaalde zaak ontvankelijk te verklaren voor verdere vervolging voor het Strafhof. Artikel 17 lid 1 onder sub d van het Strafhof-Statuut bepaalt dat het Strafhof een zaak 'inadmissible' dient te verklaren als de betreffende zaak niet van voldoende ernst is te achten. Voorstelbaar is dat het Hof, niettegenstaande dat er tijdens een stabilisatieoperatie op grond van hoofdstuk VII van het VN Handvest buitenproportioneel geweld wordt toegepast, niettemin oordeelt dat vanwege de aard van de militaire missie deze feiten van onvoldoende gewicht en of ernst zijn te achten, afgezet tegen de situatie waarin dergelijk disproportioneel militair geweld wordt aangewend buiten het kader van hoofdstuk VII van het VN Handvest.

III De aanloop tot de rechtsvragen

Reeds op 30 januari 2006 liet de Tweede Kamer der Staten-Generaal zich voorlichten door een aantal deskundigen over de implicaties van een Nederlandse militaire bijdrage aan deze 'stabilisatie'-operatie, ook te kwalificeren als een 'crisisbeheersingsoperatie'.⁷⁾

³⁾ Artikel-100 brief p. 4.

⁴⁾ Zie ook resoluties 1386 en 1510 van de VN Veiligheidsraad.

⁵⁾ Artikel-100 brief p. 11.

⁶⁾ Zie verder voor deze problematiek: J.F.R. Boddens Hossang, Bevelen en voorschriften in het strafrecht: het arrest in de zaak Eric. O. is geen grondslag voor aanpassing van het militaire strafrecht, in *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, jaargang XCVIII, oktober 2005 afl. 9, p. 335 e.v., alsmede prof. mr. G.G.J. Knoops, De internationalisering van militair strafrechtelijke aansprakelijkheden na Eric O., in *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, jaargang XCVIII, oktober 2005 afl. 9, p. 317 e.v.

⁷⁾ Zie voor deze term en betekenis de literatuur in voetnoot 6.

Een van de gehoorde deskundigen⁸⁾ wees toen op het belang van een nader onderzoek naar de inhoud van de bevoegdheden van (Nederlandse) militairen tijdens de ISAF-missie, zoals neergelegd in de NAVO-ROE en hiervan afgeleide geweldsinstructie voor de individuele militair. Het bevorderen van een versterking van de strafrechtelijke rechtspositie van de militair, ook vanuit het perspectief van een mogelijke vervolging voor het Strafhof in Den Haag, behoort tot de zorgplicht van de overheid.

Deze potentiële strafrechtelijke vervolgbaarheid riep bij de Minister van Defensie de volgende reactie op:

“Ook hier is de regering van mening dat het een theoretische mogelijkheid betreft die in het geval van deze missie praktisch uitgesloten is. Het Internationale Strafhof is op grond van haar eigen statuut complementair aan de nationale rechtssystemen. (...) De kans dat een Nederlandse militair één van deze ernstigste misdrijven in het internationale strafrecht pleegt wordt vrijwel onbestaanbaar geacht. Dat het Nederlandse OM indien een dergelijk geval zich onverhoopt toch zou voordoen niet tot vervolging zou overgaan moet worden uitgesloten.”⁹⁾

Tijdens de hoorzitting van 9 december 2007 werd door de Tweede Kamer specifiek gevraagd naar het realiteitsgehalte van een potentiële strafrechtelijke vervolging van een ISAF (of OEF) militair voor het Internationaal Strafhof.

IV Procedurele vereisten voor een ISAF vervolging voor het Strafhof

4.1 Activeren van de rechtsmacht van het Strafhof

Nederland en Afghanistan hebben beiden het Statuut van het Internationaal Strafhof geratificeerd.¹⁰⁾ Per 1 juli 2002 is het Strafhof operationeel geworden zodat internationale misdrijven (genocide, misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven) gepleegd tijdens de ISAF-missie door Nederlandse militairen op Afghaans grondgebied, onder de jurisdictie van het Strafhof vallen.

Dit betekent niet dat een mogelijke schending van het internationaal oorlogsrecht, neergelegd in artikel 8 van het Statuut van het Strafhof, zonder meer door dit Hof vervolgd kan worden.¹¹⁾

Ten eerste kan een onderzoek bij het Strafhof alleen worden geïnitieerd door een Verdragsstaat, de Veiligheidsraad van de VN of de Aanklager van het Hof zelf. Een individueel slachtoffer of een (mensenrechten)organisatie kan dus niet (direct) een strafzaak aanbren- gen bij het Strafhof, zij het dat een dergelijk persoon of organisatie wel informatie kan verstrekken aan de aanklager van het Strafhof om tot een vervolging over te gaan.¹²⁾

Alvorens het Strafhof overigens toekomt aan het vervolgen van een concrete strafzaak tegen een individu, bijvoorbeeld een militair commandant, zal het eerst jurisdictie moeten hebben over een bepaalde ‘situatie’, dat wil zeggen over een bepaald internationaal of intern gewapend conflict.

De Strafhof procedure kent wel beschouwd drie fasen:

- a. De preliminaire onderzoeksfase waarbinnen wordt onderzocht of er binnen een be-

⁸⁾ De auteur van dit artikel.

⁹⁾ Zie paragraaf 4 in de brief van de Minister van Defensie van 1 februari 2006 aan de Tweede Kamer, TK 2005-2006, 27 925, nr. 202.

¹⁰⁾ Op respectievelijk 17 juli 2001 en 10 februari 2003.

¹¹⁾ Artikel 8 omvat de categorie oorlogsmisdrijven gepleegd zowel binnen het kader van een internationaal als een intern gewapend conflict.

¹²⁾ Zie artikel 15 van het Statuut.

paalde ‘situatie’ mogelijk misdrijven zijn gepleegd die binnen de jurisdictie van het Hof vallen.¹³⁾

b. Indien de aanklager van het Strafhof meent dat er een ‘redelijke basis’ is om een nader onderzoek in te stellen naar een dergelijke ‘situatie’ dient hij om toestemming van de Pre-Trial Chamber te vragen,¹⁴⁾

c. Pas na verkregen toestemming van de Pre-Trial Chamber, kan er een arrestatiebevel tegen specifieke personen worden uitgevaardigd, en wordt een concrete zaak gestart, die vervolgens bestaat uit een vooronderzoek (Pre-Trial Fase en een Trial-fase).¹⁵⁾

Een procedure bij het Strafhof onderscheidt zich derhalve van die bij de andere straftribunalen aldus dat een proces voor het Strafhof niet zonder meer aanvangt met een strafprocedure tegen individuen, i.e. militairen. Het Strafhof kijkt eerst naar een ‘situatie’, dat wil zeggen naar een bepaald conflict waarbinnen sprake is van actoren en misdrijven vanuit de vraag of dit alles onder de jurisdictie van het Hof valt. Het is een mechanisme om de latente jurisdictie van het Hof überhaupt te kunnen activeren.

Voor wat betreft de potentiële vervolgbaarheid van ISAF-militairen voor internationale op Afgaans grondgebied gepleegde misdrijven, betekent dit dat hetzij Afghanistan zelf, als Partij-Staat bij het Strafhof-Statuut, de ‘situatie’ in Afghanistan als een ‘intern gewapend conflict’ dient aan te merken en vervolgens deze ‘situatie’ naar het Strafhof dient te verwijzen.

De vraag is in hoeverre een dergelijk scenario realistisch is. Enerzijds is het niet uit te sluiten, maar anderzijds ligt het evenmin voor de hand.

Nederlandse militairen opereren in Afghanistan in een situatie waarbij met grote regelmaat geweld moet worden toegepast. Dit geldt zowel voor de grondtroepen alsook voor de piloten van de Apache helikopters of de F-16’s. De kritiek tot dusverre op ISAF is geweest dat bij luchtbombardementen onnodig veel burgerslachtoffers zijn omgekomen, waaronder bij het bombardement dat door Nederland werd geïnitieerd in omgeving van Deh Rawod (september 2007). Ook tijdens de ISAF-operatie om Chora te ontdoen van Taliban strijders in juni 2007 zou er ten onrechte disproportioneel geweld zijn gebruikt doordat bijvoorbeeld een pantserhouwitser vanaf 40 km afstand richting het strijdtoneel vuurde.¹⁶⁾

In november 2007 lanceerde Louise Arbour, voormalig Hoofd-Aanklaagster van het Joegoslavië Tribunaal, in haar hoedanigheid van Hoge Commissaris voor de Mensenrechten van de VN, kritiek op het toenemend aantal burgerslachtoffers in Afghanistan, ook tijdens de ISAF-operatie. De Hoge Commissaris betitelde deze acties zelfs als strijdig met het volkenrecht. Voorts stelde zij dat het aantal slachtoffers onder de Afgaanse bevolking in 2007 alarmerende hoogte had bereikt; het zou gaan om meer dan 600 burgers.¹⁷⁾ De Afgaanse president Hamid Karzai heeft zich tevens bezorgd getoond over het groot aantal burgerslachtoffers dat ten gevolge van onder meer de ISAF-missie zou zijn veroorzaakt.

De vraag is of deze gegevens voldoende zijn om een preliminair onderzoek naar de ‘situatie’ in Afghanistan onder auspiciën van het Strafhof te kunnen bewerkstelligen.

Vastgesteld moet worden dat de vier ‘situaties’ die tot dusverre naar het Strafhof zijn

¹³⁾ Het gaat hier om genocide, misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven.

¹⁴⁾ Deze toestemming hoeft niet te worden gevraagd als een Verdragsstaat of de Veiligheidsraad een ‘situatie’ verwijst naar het Hof.

¹⁵⁾ Zie voor al deze fasen: Héctor Olásolo, *The Triggering Procedure of the international Criminal Court*, 2005, blz 35 t/m 116.

¹⁶⁾ Zie hiervoor <http://uruzgan-hoorzitting-oorlogsrecht.blogspot.com/>.

¹⁷⁾ Zie hiervoor <http://uruzgan-hoorzitting-oorlogsrecht.blogspot.com/>.

verwezen, conflicten van een grotere magnitude betroffen.¹⁸⁾ Het gaat hierbij om de gewapende conflicten in Sudan, Congo, Uganda en Centraal-Afrika, waarvan de laatste drie door de Partij-Staten zelf werden verwezen naar het Strafhof.¹⁹⁾ Gelet hierop is het niet licht voorstelbaar dat de strijd met de Taliban, ofschoon deze door bijvoorbeeld de Verenigde Staten wel als een ‘oorlogssituatie’ wordt betiteld, door Afghanistan, als Partij-Staat bij het Strafhof, naar dit Hof zal worden verwezen voor vervolging van ISAF-militairen. In een dergelijke situatie zou dan overigens Afghanistan de Nederlandse militair in kwestie volgens het lokale rechtssysteem moeten aanhouden, vervolgens moeten vaststellen dat deze militair niet voor de Afghaanse strafrechter berecht zou kunnen of behoren te worden, maar oordelen dat deze zaak bij het Strafhof zou thuishoren.²⁰⁾

4.2. Tweede processuele Strafhof vereiste: complementariteit en ‘admissibility’

Een tweede facet dat de vervolgbaarheid van Nederlandse ISAF-militairen raakt, heeft te maken met de ‘complementaire’ rol van het Strafhof alsmede het vereiste dat een bepaalde zaak ‘admissible’ (ontvankelijk) dient te zijn, als er al sprake is van jurisdictie.

4.2.1. Complementariteit

Anders dan het Joegoslavië en Rwanda Tribunaal gaat het Strafhof uit van het beginsel van ‘complementariteit’. Dit betekent dat de Partij-Staten bij het Statuut van het Strafhof prioriteit hebben bij het invoeren van jurisdictie over de genoemde internationale misdrijven zodat de jurisdictie van het Strafhof eerst als aanvullend mechanisme in beeld komt.²¹⁾ Stel bijvoorbeeld dat een Nederlandse militair van de Task Force Uruzgan (TFU) verdacht wordt van het met schending van de ROE doden van een aantal Afghaanse burgers, en het Nederlands Openbaar Ministerie verbonden aan de militaire strafkamer te Arnhem,²²⁾ terzake een strafrechtelijk onderzoek start, kan het Strafhof de zaak in beginsel niet in behandeling nemen. Hieraan is natuurlijk wel de voorwaarde verbonden dat Nederland een dergelijke militair op gelijke voet en met gelijke middelen kan vervolgen als het Strafhof zou kunnen.

Uit deze gedachte vloeit het vereiste voort dat de Partij-Staten derhalve gehouden zijn om de internationale misdrijven die onder de jurisdictie van het Strafhof vallen (genocide, misdrijven de menselijkheid en oorlogsmisdrijven), binnen hun eigen nationale strafrechtssystemen strafbaar te stellen. Alleen onder deze conditie hebben zij het primaat bij de opsporing en vervolging hiervan.

Zo heeft Nederland ten uitvoering van haar verplichtingen een gevolge het Statuut van het Strafhof, de Wet Internationale Misdrijven (WIM) per 1 oktober 2003 in het leven geroepen. Op grond van deze wet kunnen derhalve ook Nederlandse militairen die zich tijdens de ISAF-missie in Afghanistan aan bijvoorbeeld onmenselijke behandeling en marteling van de Taliban zouden schuldig maken²³⁾, voor de militaire strafrechter in Nederland

¹⁸⁾ Zie in dit verband ook artikel 17 van het Internationaal Strafhof Statuut, dat als vereiste stelt dat een zaak van voldoende ‘gravity’ moet zijn.

¹⁹⁾ Zie hiervoor <http://www.icc-cpi.int/cases.html>. De situatie in Sudan is door de Veiligheidsraad zelf in 2005 naar het Strafhof verwezen.

²⁰⁾ Artikel 89 lid 1 van het Strafhof Statuut gaat er van uit dat de betreffende verdachte zich op het grondgebied bevindt van de Partij-Staat en dat deze Staat vervolgens bereid en in staat is tot overdracht van de persoon.

²¹⁾ Zie hiervoor artikel 1 van het Strafhof Statuut; zie hiervoor ook: Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press 2003, p. 351

²²⁾ Het Wetboek van Militair Strafrecht blijft op de Nederlandse ISAF-militairen van toepassing.

²³⁾ Dit vormt een oorlogsmisdrijf op grond van artikel 8 lid 2 onder c (i) en (ii) van het Strafhof Statuut.

worden vervolgd. Genoemde Wet Internationale Misdrifven bevat overigens in artikel 9 een specifieke bepaling voor de aansprakelijkheid van onder meer militair commandanten die uit hoofde van hun functie strafrechtelijk verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor internationale misdrijven van hun ondergeschikten. Genoemd artikel 9 van de WIM is een neerslag van artikel 28 van het Strafhof-Statuut dat de internationaalrechtelijke doctrine van de ‘superior responsibility’ codificeert.

Gelet op dit complementariteit-principe, zal derhalve een Nederlandse ISAF-militair in beginsel voor de internationale misdrijven die tot de jurisdictie van het Strafhof behoren, voor de Nederlandse militaire strafrechter dienen te worden vervolgd of, indien deze zou zijn aangehouden door de Afghaanse autoriteiten, aldaar worden vervolgd voor de strafrechter.²⁴⁾

De vraag is echter wat er gebeurt als de Nederlandse overheid hetzij een dergelijke strafzaak niet wil vervolgen of de vervolging wenst over te dragen aan het Strafhof? Is dit rechtens toelaatbaar?

4.2.2. Admissibility

In dit kader dient zich een derde facet aan, te weten het vereiste dat, als er al bij het Strafhof jurisdictie bestaat, de zaak ook ‘admissible’ moet zijn. Deze ‘admissibility’ of ontvankelijkheidsvraag ziet op de vraag of een bepaalde zaak, waarvoor dus al jurisdictie bestaat, überhaupt wel vervolgd zou behoren te worden voor het Strafhof.²⁵⁾

De kwestie van ‘admissibility’ is in artikel 17 van het Strafhof-Statuut specifiek geregeld. Kort gezegd komt het erop neer, dat als komt vast te staan dat een Partij-Staat, Nederland in dit voorbeeld, ‘niet bereid of in staat is’ (*unable or unwilling*) tot een dergelijk onderzoek of vervolging, het Strafhof in een dergelijk geval het betreffende nationaal strafrechtelijk onderzoek kan overnemen of dit zelfstandig kan beginnen. Tot het vereiste van ‘admissibility’ behoort ook de voorwaarde dat de betreffende zaak van voldoende ernst (*gravity*) moet zijn om een onderzoek en vervolging van het Strafhof te rechtvaardigen.²⁶⁾

Van *unwilling* zijn is sprake wanneer bijvoorbeeld de nationale autoriteiten het strafproces hebben laten plaatsvinden met als doel de betreffende verdachte af te schermen van strafrechtelijke aansprakelijkheid.²⁷⁾ Hiervan kan ook sprake zijn in geval van een dusdanige vertraging van het strafproces dat niet meer van een zuivere rechtsgang kan worden gesproken met als doel een verdachte te doen berechten. Ook is het voorbeeld genoemd dat de nationale strafprocedures in feite niet onafhankelijk plaatsvinden.²⁸⁾

Er kan sprake zijn van *unable* zijn wanneer het betreffende nationale strafrechtstelsel geheel of gedeeltelijk defungeert of opereert op een wijze die in strijd is met het internationaal recht en de betreffende Partij-Staat dus niet in staat is om een effectief strafproces te voeren.²⁹⁾ Hiervan kan ook sprake zijn als de betreffende Partij Staat niet in staat is om de betreffende verdachte aan te houden en te berechten, om bewijsmateriaal te verzamelen of als de Staat zelf op andere wijze wordt gehinderd in het uitvoeren

²⁴⁾ In de praktijk zal op grond van een zogeheten ‘Status of Forces Agreement’ de Nederlandse militair ter berechting worden overgedragen aan Nederland.

²⁵⁾ Zie voor dit onderscheid tussen jurisdictie en ‘admissibility’, William A. Schabas, *An introduction to the International Criminal Court*, 2001, p. 55.

²⁶⁾ Zie artikel 17 lid 1 sub d van het Statuut.

²⁷⁾ Zie in dit verband ook artikel 17 lid 2 van het Internationaal Strafhof Statuut.

²⁸⁾ Zie hiervoor: Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press 2003, p. 352.

²⁹⁾ Zie in dit verband ook artikel 17 lid 3 van het Internationaal Strafhof Statuut.

van een strafrechtelijk onderzoek.³⁰⁾

Stel dat het Nederlandse OM in het genoemde voorbeeld een Nederlandse ISAF-commandant die verantwoordelijk wordt gehouden voor een aanval op een dorp waarbij tientallen Afghaanse burgers het leven lieten, een aangifte van de nabestaanden sponoreert. Is er in een dergelijk geval sprake van ‘*unwillingness*’ of ‘*unable*’ zijn? De aanklager van het Strafhof, ambtshalve of aangezocht door Afghanistan zelf, zal dan de Pre-Trial Chamber van het Strafhof moeten overtuigen dat sprake is van een ‘sepot’ dat niet op een effectief onderzoek berust danwel is bedoeld om de betreffende militair commandant strafrechtelijk buiten schot te houden. Dit bewijs lijkt moeilijk te leveren.

Als echter zou blijken dat bijvoorbeeld de Nederlandse commandant in Nederland niet vervolgd zou worden vanwege politieke redenen of de minister van justitie op grond van rechtspolitieke afwegingen aan het OM hier een aanwijzing ex. artikel 127 en 128 Wet RO heeft gegeven om een vervolging te blokkeren, komt het genoemde criterium van ‘*unwillingness*’ mogelijk in beeld.

Geconcludeerd moet worden dat, behoudens dit soort politieke interventies, het niet licht voorstelbaar is dat het Strafhof zal aannemen dat Nederland als Partij Staat als ‘*unwilling*’ of ‘*unable*’ zal zijn aan te merken. Aan de andere kant, de stelligheid van de Ministeriële uitspraak (vervolging Strafhof “onbestaanbaar”), vormt voor de militair geen, voor de rechter inroepbare, strafuitsluitingsgrond. De vraag die zich thans aandient is of het Nederlandse vervolgingsbeleid op dit punt al dan niet aanknopingspunten toont voor een nadere invulling van het ontvankelijkheidsvereiste van ‘*unwillingness*’ of ‘*inability*’

4.2.3. Het Nederlandse vervolgingsbeleid inzake Nederlandse militairen terzake van potentiële (Strafhof) misdrijven begaan tijdens buitenlandse missies

Beziet men het beleid van het Openbaar Ministerie inzake de opsporing en vervolging van Nederlandse militairen met name in relatie tot de Irak-missie (SFIR) en projecteert men deze op de ISAF-missie, dienen zich de volgende bevindingen aan:

1. In relatie tot de SFIR-missie zijn er meerdere zogeheten schietincidenten op het conto van Nederlandse militairen geschreven waarbij Irakese burgers beweerdelijk de dood vonden, onderzocht en in een geval concreet vervolgd, door het Nederlandse Openbaar Ministerie verbonden aan de militaire strafkamer te Arnhem. Het onderzoek naar dergelijke schietincidenten heeft tot dusverre alleen plaatsgevonden op grond van vermeende schendingen van het Wetboek van Militair Strafrecht (WvMSr) in relatie tot vermeende schendingen van de ROE of geweldsinstructies.³¹⁾

2. Er zijn geen gevallen bekend waarbij Nederlandse militairen zijn vervolgd in verband met misdrijven die onder de WIM, en dus onder de jurisdictie van het Strafhof, vallen.³²⁾ Dit laatste zegt echter nog weinig over het criterium van ‘*unwillingness*’ of ‘*unability*’.

3. Het onderzoek tot dusverre naar dergelijke geweldsincidenten met Nederlandse militairen in het kader van buitenlandse missies, werd steeds uitgevoerd door de Koninklijke Marechaussee (KMAR) dat de ‘militaire opsporing’ voor het OM faciliteert.

³⁰⁾ Zie hiervoor: Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press 2003, p. 352.

³¹⁾ Zie voor deze schietincidenten het rapport van Commissie Borghouts d.d. 31 augustus 2006 “*Evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij uitzendingen*” (hierna: rapport Commissie Borghouts), p. 97 t/m 100.

³²⁾ http://www.om.nl/parket/arrondissementsparket_arnhem/militaire_zaken/.

4. In de strafzaak tegen de marinier Eric O. welke leidde tot het arrest van het Hof te Arnhem 4 mei 2005 werd de onafhankelijkheid van de KMAR als het gaat om een onderzoek naar mogelijke misdrijven gepleegd door een Nederlandse militair tijdens een buitenlandse missie in twijfel getrokken.³³⁾ In genoemd arrest oordeelde het Hof in dit kader onder meer dat er van de kant van het OM onvoldoende *situational awareness* had bestaan bij het onderzoek. Ook in een andere zaak waarbij een Nederlandse militair voorwerp voor onderzoek was in verband met een buitenlandse missie, meende het Hof dat het onderzoek door de KMAR te eenzijdig was gericht op het vaststellen van de schuld van de verdachte militair.³⁴⁾

5. In verband hiermee springt het arrest van het EHRM van 15 mei 2007 in de zaak Ramsahai e.a. tegen Nederland in het oog.³⁵⁾ Het betrof hier een geweldsincident waarbij de heer Ramsahai die ten overstaan van twee politieagenten een pistool trok door een van de agenten in de nek werd getroffen met een kogel en enige minuten later overleed. Het daaropvolgend onderzoek werd aanvankelijk, gedurende de eerste vijftien en een half uur na de dood van Ramsahai, uitgevoerd door het politiekorps waartoe de twee betreffende agenten behoorden. In dat kader werd onder meer technisch bewijs veiliggesteld en getuigen ondervraagd. Eerst daarna nam de Rijksrecherche het onderzoek over, dit onder leiding van een Officier van Justitie van het betreffende arrondissementsparket. Het Europese Hof oordeelde dat artikel 2 van het EVRM was geschonden omdat het politieonderzoek niet voldoende onafhankelijk was gedurende genoemde eerste fase na de dood van Ramsahai. Het EHRM overweegt onder meer dat “*As to the investigations of the Amsterdam/Amsteland police force after the State Criminal Investigation Department (Rijksrecherche; opm. GJK) took over, the Court finds that the Department’s subsequent involvement cannot suffice to remove the taint of the force’s lack of independence.*”³⁶⁾ Het Hof laat hierbij zwaar meewegen dat de essentiële delen van het onderzoek (forensisch onderzoek en verhoor belangrijke getuigen) door dezelfde politieagenten werden uitgevoerd als waartoe de twee betreffende verbalisanten behoorden.³⁷⁾

6. Geprojecteerd op de opsporing en vervolging van de internationale misdrijven die tot de Strafhof-jurisdictie behoren kan men zich afvragen in hoeverre een onderzoek hierna door de KMAR, dat onderdeel vormt van het zelfde defensie apparaat als waartoe de Nederlandse ISAF-militair behoort, het predikaat ‘onafhankelijk’ kan wegdragen. En voorts rijst dan de vraag in hoeverre het Nederlandse militair strafrecht systeem ‘able’ is te achten om op een onafhankelijke wijze bewijs te vergaren om een eigen opsporingsonderzoek effectief te kunnen uitvoeren in de zin van artikel 17 lid 3 van het Strafhof-Statuut.

7. Het is helaas te vroeg om deze vraag in een meer absolute zin te beantwoorden. Toch is voorstelbaar dat in het licht van genoemde EHRM uitspraak, het ontvankelijkheids criterium van artikel 17 lid 3 onder omstandigheden kan worden opgeworpen door de aanklager bij het Strafhof om daarmee een vervolgingsbeslissing genomen door Nederland op dit gebied, te passeren. Maar ook hier zal een dergelijk scenario gepaard moeten gaan met een grote mate van ‘ineffectiviteit’ bij de uitvoering van het tactisch en technisch onderzoek.

³³⁾ Arrest Eric O. : Hof Arnhem 4 mei 2005, LJN: AT4988.

³⁴⁾ Rapport Commissie Borghouts, p. 53.

³⁵⁾ EHRM 15 mei 2007, NJ 2007, 618.

³⁶⁾ Zie para. 340 van de uitspraak.

³⁷⁾ Zie para. 335 van de uitspraak.

5 Vervolgbaarheid voor Strafhof in verband met het ISAF-mandaat

Indien een bepaalde ISAF-militair daadwerkelijk voor het Strafhof vervolgd zou kunnen worden, dat wil zeggen dat er én jurisdictie én ‘admissibility’ bij het Strafhof bestaat, dient zich de vraag aan of het eerder geschetste ISAF-mandaat en hieruit voortvloeiende ROE voor hem of haar een strafuitsluitende werking zouden kunnen hebben.³⁸⁾

5.1. Geen ‘tijd van oorlog’ en gevolgen voor Strafhof-vervolgning

Anders dan bij de Operation Enduring Freedom (OEF) heeft de Minister van Defensie in 2006 niet de juridische situatie van artikel 71 WvMSr ingeroepen.

Dit artikel opent de mogelijkheid dat voor een bepaald deel van de krijgsmacht en voor een bepaald operatiegebied een ‘tijd van oorlog’ (tijdelijk) van toepassing wordt verklaard.³⁹⁾

In juridisch opzicht moet dit niet worden verward met een ‘in-oorlogverklaring’ ex artikel 96 Grondwet.⁴⁰⁾ Twee verschillen dienen zich aan:

i. de ‘in-oorlogverklaring’ maakt dat Nederland als geheel koninkrijk in oorlog is met een ander land, terwijl artikel 71 WvMSr alleen voor een deel van de krijgsmacht de juridische situatie van ‘tijd van oorlog’ inroept waardoor de bijzondere strafuitsluitingsgrond van artikel 38 WvMSr en een aantal strafverzwaringen komen te gelden (zie hierna);

ii. De rechtstoestand ex. artikel 71 WvMSr vindt zijn grondslag in specifieke feitelijke omstandigheden waaronder Nederlandse militairen in een bepaald missiegebied moeten opereren in een bepaald tijdvak.⁴¹⁾ Aldus gezien wordt de vraag of er sprake is van een “gewapend conflict” gedictieerd door de *feitelijke* omstandigheden.

Nederland heeft voorts ten aanzien van het deel van de krijgsmacht dat deelneemt aan de door de VS geleide contra-terrorisme operatie ‘Enduring Freedom’ (OEF), waaraan Special Forces van onze krijgsmacht deelnemen, wél de ‘tijd van oorlog’ ex. artikel 71 WvMSr van toepassing verklaard. Deze situatie heeft twee juridische implicaties:

i. Het oorlogsrecht, althans en in ieder geval de beginselen van het internationaal (humanitair) oorlogsrecht die de status van *internationaal gewoonterecht* hebben verkregen, is daardoor van toepassing. Hieruit volgt dat het een strijdende partij (*lawful combatant*) niet is verboden een tegenstander (i.e. de Taliban) te doden, ook buiten de situatie van zelfverdediging. De legitimatie hiervoor behoeft dus niet gezocht te worden in de ROE of geweldsinstructie. In een dergelijk geval kan een dergelijke ‘lawful combatant’ niet worden vervolgd voor moord.⁴²⁾

ii. De verruimde strafuitsluitingsgrond ex. artikel 38 WvMSr wordt geactiveerd, waardoor een militair tengevolge van deze ‘tijd van oorlog’ niet strafbaar is als hij in tijd van oorlog binnen de grenzen van zijn bevoegdheid een naar de regelen van het oorlogsrecht geoorloofd feit begaat.

Uit de verwijzing naar de term ‘oorlogsrecht’ in genoemd wetsartikel volgt al dat sprake moet zijn van een ‘gewapend conflict’. Dit heeft Nederland dus wél ten aanzien van Afghanistan aangenomen voor zover het de operatie ‘Enduring Freedom’ betreft.

³⁸⁾ Het vereiste dat er een redelijke basis moet bestaan om een onderzoek bij het Strafhof te beginnen ex. artikel 18 lid 1 van het Statuut, lijkt niet de strafuitsluitingsgronden te omvatten.

³⁹⁾ Zie hiervoor ook de notitie van de Minister van Defensie d.d 25 november 2005 aan de Tweede Kamer, n.a.v. vragen van de heer Middelkoop.

⁴⁰⁾ Ibid, p. 10.

⁴¹⁾ Terwijl artikel 96 GW bedoeld is om een rechtspolitieke situatie te creëren, zie ook G.L. Coolen, *Militair Straf- en strafprocesrecht*, 2000, p. 56 t/m 60.

⁴²⁾ Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, pag. 156-157 (2005).

Echter, voor zover het de NAVO geleide ISAF-operatie in Zuid-Afghanistan betreft, wordt deze missie door Nederland niet als een ‘gewapend conflict’ gezien en is het regime van art. 71 WvMSr niet geactiveerd.

Vertaald naar een vervolging voor het Strafhof kan worden vastgesteld dat onder het ISAF-regime de betreffende militair naar alle waarschijnlijkheid minder snel een beroep zal kunnen doen op de strafuitsluitingsgrond van artikel 33 van het Strafhof-Statuut. Dit bepaalt dat een, in dit geval ISAF-militair, geen strafrechtelijke aansprakelijkheid draagt als hij handelt volgens een bevel van zijn regering of commandant, terwijl:

- a. hij rechtens verplicht was dit bevel te volgen;
- b. hij niet wist dat het bevel ‘unlawful’ was;
- c. en de betreffende opdracht niet ‘manifestly unlawful’ was.

Het spreekt voor zich dat in de context van een ‘tijd van oorlog’ waarbij het oorlogsrecht van toepassing is verklaard, eerder door een ISAF-militair, die wordt vervolgd wegens bijvoorbeeld het uitvoeren van een mortieraanval op een dorp waar Taliban is gesignaleerd maar waarbij veel burgers het leven laten, aan deze vereisten zal kunnen zijn voldaan dan in geval de ISAF-missie, zoals thans, louter als een crisisbeheersings- of stabilisatiemissie wordt aangemerkt.

5.2. Vervolgbaarheid voor Strafhof in verband met het ISAF-ROE

Kan in een dergelijk voorbeeld een ISAF-militair zich voor het Strafhof beroepen op de van het VN mandaat afgeleide ROE of geweldsinstructies? Hier geraken wij aan de vraag of nationaalrechtelijke interpretaties van ROE of geweldsinstructies dezelfde juridische binding hebben voor het Strafhof. Dit nu moet worden betwijfeld.

Op zich mag overigens uit het arrest van het Hof Arnhem d.d. 4 mei 2005 (inzake Eric O.) al geen exonererende werking in absolute en generale zin worden afgeleid in de zin dat voor iedere situatie dat een militair geweld aanwendt binnen de ROE-gronden hij of zij per definitie vrijuit gaat.⁴³⁾ Het genoemde arrest van het Hof leert dat individuele factoren de strafuitsluitende werking van ROE blijven dicteren, waaronder het mandaat, de feitelijke situatie en ‘commanders intent’.⁴⁴⁾

Ten tweede, Nederland heeft in het kader van de ISAF-missie en andere buitenlandse missies verwezen naar de bescherming van artikel 43 Sr. (ambtelijk bevel) nu volgens haar ROE en operatiebevelen als zodanig zijn aan te merken en strafuitsluitend werken.⁴⁵⁾ Vastgesteld moet echter worden dat terzake nog geen strafrechtelijk precedent voorligt dat de toepassing van art. 43 Sr. in deze zin ondersteund.⁴⁶⁾

Ten derde, artikel 11 lid 1 van de WIM bepaalt uitdrukkelijk dat de ondergeschikte militair die een internationaal misdrijf begaat (dat tot de Strafhof-jurisdictie behoort) ter uitvoering van een “voorschrift gegeven door de wetgevende macht van een Staat of ter uitvoering van een bevel van een meerdere...” de strafbaarheid van deze militair niet opheft. Met andere woorden, in het kader van de WIM is kennelijk het toepassingsbereik van artikel 43 Sr. uitgesloten. Weliswaar bepaalt artikel 11 lid 2 van de WIM dat een militair niet strafbaar is indien hij het bevel te goeder trouw als bevoegd gegeven beschouwde, maar dit ziet niet op een ‘wettelijk voorschrift’.

Ten vierde, een internationaal strafrechtelijke kwalificatie van de ROE is nog steeds af-

⁴³⁾ Zie rapport commissie Borghouts, p. 67-70.

⁴⁴⁾ Arrest Hof Arnhem 4 mei 2005, LJN: AT4988.

⁴⁵⁾ Zie rapport commissie Borghouts, p. 69.

⁴⁶⁾ Zo ook: rapport Commissie Borghouts, p. 44.

wezig; de internationale straftribunalen hebben zich over de potentiële exonerende werking van de ROE voor militairen nog immer niet *expressis verbis* uitgelaten. Artikel 33 van het Strafhof-Statuut lijkt vooralsnog geen steun te bieden aan de gedachte van een algemene en absolute strafuitsluitende werking van ROE, zoals de Nederlandse Minister van Defensie voorstaat.

5.3 Vervolgbaarheid voor Strafhof in verband met de ISAF offensieve veiligheidsoperaties

Voor een Strafhof vervolging is een ander scenario denkbaar. Stel dat bijvoorbeeld Taliban strijders een aanslag voorbereiden op Nederlandse ISAF-militairen of burgers. Mag een ISAF-militair, die deze informatie van zijn inlichtingenofficier ontvangt, enkele uren voor de te verwachten aanslag, preventief de aanval inzetten? Is, met andere woorden, een vorm van ‘pre-emptieve zelfverdediging’ onder het ISAF-mandaat toegestaan?

Volgens het gewijzigd NAVO operatieplan van juli 2006 mogen ISAF-militairen in een dergelijk geval een zogeheten ‘offensieve veiligheidsoperatie’ uitvoeren.⁴⁷⁾ In geval de voortgang van de wederopbouw of de bewegingsvrijheid van ISAF zou worden belemmerd door de Taliban, kunnen dergelijke operaties worden uitgevoerd. Dit kan zelfs indien op grond van bepaalde inlichtingen ‘een bedreigende concentratie’ van de Taliban wordt vastgesteld.⁴⁸⁾

Door Nederland wordt vastgesteld dat op grond van de voor ISAF geldende ‘robuuste ROE’, de militair bevoegd is om ‘pro-actief op te treden’, dit in geval van bijvoorbeeld bedreiging van de veiligheid van de Nederlandse militairen.⁴⁹⁾ Evenwel, hierbij wordt voorbijgegaan aan het feit dat dit soort operaties of deze vorm van pro-actief optreden, op een militair optreden als collectief ziet. Collectief handelen brengt niet zonder meer een strafuitsluitende werking voor de individuele militair met zich.

Daarenboven, artikel 31 lid 2 van het Statuut van het Strafhof bepaalt dat het Strafhof de toepassing van een strafuitsluitingsgrond alleen zal beoordelen op grond van een concrete zaak en voor het concrete individu. Daarenboven, artikel 41 lid 1 Strafrecht (het noodweer artikel) codificeert als zodanig geen vorm van ‘*pre-emptive self-defence*’. Jurisprudentieel is als ondergrens bepaald dat zelfverdedigend optreden mogelijk is, indien de gedragingen een onmiddellijk dreigend gevaar opleveren voor de feitelijke aantasting van eigen of een anders lijf, eerbaarheid of goed.⁵⁰⁾ Beperking van bewegingsvrijheid kan volgens de Hoge Raad onder omstandigheden ook onder artikel 41 Strafrecht vallen.⁵¹⁾ Echter, ook hier kan op voorhand niet van een absoluut exonererende werking worden gesproken.

Tenslotte, binnen het (internationaal) strafrecht zal een militair niet zonder meer een beroep kunnen doen op ‘*collective self-defence*’ gebaseerd op hetzij het VN Handvest of afgeleid van een VN Mandaat, zoals aan de orde bij de ISAF-operatie. Met andere woorden, ‘*collective self-defence*’ dient strafrechtelijk altijd vertaald te worden naar de vraag of een militair ook individueel gerechtigd was op te treden. Beziet men bijvoorbeeld de strafuitsluitingsgronden in artikel 31 lid 1 van het Strafhof-Statuut, dan wordt daarin niet als zodanig een vorm van ‘*collective self-defence*’ genoemd. Lid 3 van dit artikel staat ove-

⁴⁷⁾ Zie antwoorden Minister van Defensie en Buitenlandse Zaken van 27 januari 2006 aan de Tweede Kamer n.a.v. eerste artikel-100 brief, p. 7.

⁴⁸⁾ Ibid.

⁴⁹⁾ Brief van Minister van Defensie aan Tweede Kamer d.d. 1 februari 2006, TK 2005-2006, 27925, nr. 202, p. 1 en 2.

⁵⁰⁾ Zie Hoge Raad 30 maart 1976, NJ 1976, 322.

⁵¹⁾ Zie Hoge Raad 17 december 1996, NJ 1997, 262.

rigens wel toe dat het Strafhof andere strafuitsluitingsgronden toepast dan die genoemd in het eerste lid zodat het mogelijk blijft dat een dergelijke vorm van *'collective self-defence'* wel kan doorwerken naar de individuele militair. Maar ook hier tasten wij nog in het duister bij gebreke van enig precedent op dit punt.

Geconcludeerd kan dan ook worden dat zowel de strafrechtelijke doorwerking van het fenomeen 'offensieve veiligheidsoperatie' naar de individuele ISAF-militair niet vaststaat (dit in het licht van zowel het collectief karakter van een dergelijke operatie alsook de visie van Nederland dat dit begrip binnen het strafrecht geen rol toekomt).

VI Conclusies

In dit artikel is in het bijzonder ingegaan op de belangrijke vraag of, en in hoeverre jegens een Nederlandse ISAF-militair of militairen een vervolging mogelijk zou zijn door het Internationaal Strafhof, dit bezien vanuit het jurisdictie-mechanisme en 'admissibility'-systeem van dit Strafhof.

Vast gesteld is dat de kansen daartoe beperkt zijn, alhoewel niet uit te sluiten. Met name het standpunt van het EHRM inzake de effectiviteit en onafhankelijkheid van een strafrechtelijk onderzoek door de nationale autoriteiten verricht binnen een en dezelfde dienst (i.e. de Krijgsmacht), werpt een interessant licht op het criterium van de 'ability' van een Partij-Staat om zelf, in plaats van het Strafhof, een ISAF-militair te vervolgen.

Gaat het om een aantal materieelrechtelijke aspecten van een dergelijke vervolging, geldt dat het vigerende ISAF-mandaat enerzijds een dergelijke vervolging niet aannemelijk maakt, maar anderzijds de afwezigheid van een 'oorlogssituatie' voor ISAF, de reikwijdte van bepaalde strafuitsluitingsgronden voor de ISAF-militair zou kunnen beperken.

Voorts is vastgesteld dat de kwalificatie die Nederland aan het ISAF-mandaat, de ROE en geweldsinstructies heeft gegeven alsmede de rol die men toekent aan het fenomeen 'offensieve veiligheidsoperatie', niet zonder meer op dezelfde wijze bindend zal zijn voor het Internationaal Strafhof.

De juridische brug die heden ten dage in veel gevallen tussen het nationale en internationale strafrecht nog steeds bestaat, dient zich derhalve ook aan bij de mogelijke vervolging van ISAF-militairen voor dit Strafhof.
