

Afrekenen met het verleden: de afdoening van internationale misdrijven

Citation for published version (APA):

Klip, A. H., & Smeulers, A. L. (2004). Afrekenen met het verleden: de afdoening van internationale misdrijven. In A. H. Klip, A. L. Smeulers, & M. W. Wollewinkel (Eds.), *KriTies: Liber Amicorum et Amicarum voor prof. mr. E. Prakken* (pp. 313-330). Kluwer.

Document status and date:

Published: 01/01/2004

Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Afrekenen met het verleden : de afdoening van internationale misdrijven, in : Klip/ Smeulers/ Wolleswinkel, KriTies, bundel opstellen aangeboden aan prof. mr. E. Prakken, Kluwer 2004, p. 313-330 (met A.L. Smeulers)

Afrekenen met het verleden: de afdoening van internationale misdrijven

A.H. Klip en A.L. Smeulers

1. Inleiding

Staten met een verleden van oorlog, genocide of andere grove mensenrechtenschendingen zouden met dit verleden moeten afrekenen om aldus de vicieuze cirkel van wraak en vergelding te doorbreken en hernieuwde schendingen in de toekomst te voorkomen. Gebeurt dit niet dan kan dat ertoe leiden dat het conflict blijft smeulen en opnieuw oplaait. Soms zijn de rollen dan omgedraaid: de voormalige slachtoffers worden de nieuwe daders en de oude daders de nieuwe slachtoffers.¹ Op een juiste manier afrekenen met het verleden moet de menselijke behoefte aan wraak en vergelding wegnemen en is van wezensbelang voor een duurzame vrede. Maar, en dat is de centrale vraag die wij in deze bijdrage willen beantwoorden, wat is de meest passende reactie op internationale misdrijven? En als gereageerd moet worden, wie zou dat dan moeten doen? Het betreft immers niet de afdoening van commune delicten maar de afdoening van internationale misdrijven, zoals oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de menselijkheid en genocide. Misdrijven derhalve die naar hun aard en de context waarbinnen zij gepleegd worden zo verschillend zijn van de gewone commune delicten.

De ervaringen in Zuid-Afrika met zijn Waarheids- en Verzoeningscommissie hebben ons geleerd dat een strafrechtelijke afdoening noch de enige noch per definitie de beste wijze is om met een verleden van grove mensenrechtenschendingen af te rekenen. Er bestaan voor wat betreft de afdoening van internationale misdrijven alternatieven voor het gebruik van het strafrecht. Wij veronderstellen dat in beginsel elke staat en/ of samenleving die een periode van oorlog en/ of grove mensenrechtenschendingen heeft meegemaakt het realiseren van zo'n duurzame vrede beoogt. Veelal zal dit betekenen dat een door oorlog en mensenrechtenschendingen getroffen staat omgevormd moet worden tot een democratische rechtsorde waarin de rechten van de mens gewaarborgd zijn. In onderstaande paragrafen besteden we daarom eerst aandacht aan de definitie, de aard van en de context waarbinnen internationale misdrijven gepleegd worden (par. 2). Vervolgens zullen we nagaan welke verschillende fora zich kunnen mengen in enigerlei afdoening (par. 3). Daarna is er aandacht voor de middelen, mogelijkheden en omstandigheden van afdoening (par. 4) en tenslotte bezien we wat de gevolgen van de overlap tussen verschillende modaliteiten en fora zijn (par. 5). Uit dit alles proberen we te destilleren of er een optimaal antwoord is op internationale misdrijven (par. 6).

¹ Zie bv. M. Mamdani, *When victims become killers*, Princeton: University Press 2001 en R. Goldstone in zijn voorwoord in: M. Minow, *Between vengeance and forgiveness – facing history after genocide and mass violence*, Boston: Beacon Press 1998, p. X waarin hij stelt: ‘unanswered calls for retribution develop into hate and invariably that hate is directed collectively at the group from which the perpetrators came.’

2. Internationale misdrijven

Internationale misdrijven zouden gedefinieerd kunnen worden als strafbare feiten die op grond van gecodificeerd volkenrecht strafbaar zijn gesteld of op grond van volkenrechtelijk gewoonterecht als strafbare feiten worden beschouwd. In dit verband moet in het bijzonder worden gedacht aan oorlogsmisdrijven, genocide, misdrijven tegen de menselijkheid en foltering. Voorts is van belang dat er bij deze misdrijven een extra element is dat ze doet 'promoveren' van een commuun delict tot een internationaal misdrijf. Dat extra element is terug te vinden in de omstandigheden. Te denken valt dan bijvoorbeeld aan oorlog (oorlogsmisdrijven), de intentie van de dader (genocide/ misdrijven tegen de menselijkheid), het wijdverspreide of systematische karakter (misdrijven tegen de menselijkheid) of de functie van de dader (foltering/ oorlogsmisdrijven). Dergelijke kaders, al dan niet door de dader opgeroepen, kunnen maken dat een moord een genocide wordt, een diefstal een oorlogsmisdrijf (plundering) of dat een verkrachting een misdrijf tegen de menselijkheid wordt. De status van internationaal misdrijf heeft nogal wat juridische consequenties. Vanzelfsprekend is de strafmaat soms hoger maar belangrijker is veelal dat ook de bewijslast substantieel zwaarder is. Immers zal bewijs dienen te worden geleverd van niet alleen het grondfeit zelf maar tevens van alle omstandigheden die maken dat een delict een internationaal misdrijf wordt. Last but not least, maakt het feit dat dwingend volkenrecht bepaald handelen strafwaardig acht, dat niet-betrokken staten en de internationale gemeenschap de bevoegdheid hebben strafrechtelijk op te treden. Het volkenrecht verschaft andere autoriteiten een legitimatie om iets te doen.

Naast deze technisch-juridische benadering van internationale misdrijven is er ook een meer politicologische. Vanuit die invalshoek kan bijvoorbeeld worden vastgesteld dat de context van internationale misdrijven er dikwijls één is van een strijd om politieke macht. De aard van de strijd om de macht kan echter verschillen: het kan een regime zijn dat zijn legitimiteit dreigt te verliezen en door middel van toenemend machtsvertoon zijn autoriteit probeert te consolideren of herstellen. Dat is bijvoorbeeld een situatie die gemakkelijk kan ontaarden in gewelddadigheden en mensenrechtenschendingen.² Het kan ook een situatie betreffen waarin de oppositie of een andere staat de wapens oppakt en de rebellie resulteert in een intern of internationaal gewapend conflict. Ook dan echter gaat het uiteindelijk om een strijd om macht, politieke macht. Internationale misdrijven zijn politieke misdrijven in de zin dat ze door de machthebbers van de staat begaan worden, of door deze gesanctioneerd worden dan wel in een vermeend gerechtvaardigde strijd tegen de machthebbende staat begaan worden. Weliswaar mogen specifieke staatsorganen, zoals leger en politie, een bepaalde mate van geweld gebruiken, maar dit mag slechts worden aangewend om rust en orde in de samenleving te handhaven. De staat is daarbij echter aan strikte regels gebonden. Het enkele gebruik van geweld is nog geen internationaal misdrijf, maar het overschrijden van de voorwaarden, regels en grenzen van dit geweld, kan het tot internationaal misdrijf maken. Hetzelfde geldt voor het gebruik van geweld binnen een bepaald gewapend conflict. Ook dat is niet per se een internationaal misdrijf. Het internationale humanitaire recht erkent door zijn enkele

² Zie o.a. M. Hoefnagels, 'Political violence and peace research', in: M. Hoefnagels (Ed.), *Repression and repressive violence*, Amsterdam and Lisse 1977, p. 32 voor een duidelijk schematische overzicht van een dergelijk escalatieproces.

bestaan immers tot op zekere hoogte de legitimiteit van het gebruik van geweld. Pas als de normen en regels zijn overschreden, is mogelijk sprake van een internationaal misdrijf.

Verder zijn zowel daders van mensenrechtenschendingen als slachtoffers van internationale misdrijven en mensenrechtenschendingen niet te vergelijken met de daders en slachtoffers van commune delicten. Daders plegen hun daden over het algemeen immers binnen een expliciete (militaire) context op bevel van de staat en veelal niet uit persoonlijke overwegingen of motieven, maar primair omdat zij daartoe het bevel krijgen van iemand die het gezag en de autoriteit heeft om bevelen te geven.³ De misdrijven zijn geen gewone delicten, maar *crimes of obedience*, zoals zo treffend door Kelman en Hamilton getypeerd.⁴ Misdrijven derhalve waartoe men door het bevel van anderen is gebracht.⁵ Anderen maken gebruik van aan anarchie grenzende situaties om oude rekeningen te vereffenen. Ook slachtoffers van dergelijke mensenrechtenschendingen zijn niet te vergelijken met slachtoffers van gewone commune delicten. Het onrecht dat hen is aangedaan werd veelal door de staat gesanctioneerd of zelfs bevolen. Zij zullen diens gevolge anders dan slachtoffers van commune delicten niet zo snel als slachtoffers erkend worden. Integendeel: in veel situaties zal de staat hen afschilderen als criminelen en/ of terroristen als een gevaar en bedreiging voor de samenleving en zal dat wat hen is aangedaan (discriminatie, onmenselijke behandeling of zelfs foltering, etnische zuivering of zelfs genocide) niet eens in alle gevallen als dusdanig erkend worden.

Anders dan bij commune delicten valt bij door een regime begane, geïnstigeerde of getolereerde delicten weinig inspanning te verwachten met betrekking tot opsporing en vervolging. Een regime dat bijvoorbeeld alle geoorloofde en ongeoorloofde middelen aangrijpt om de macht te behouden, zal zijn eigen misdaden altijd proberen te rechtvaardigen in een poging iets van zijn eigen legitimiteit te behouden. Geen middel zal daartoe onbenut blijven en een staat die in toenemende mate aan autoriteit verliest, zal in toenemende mate mensenrechtenschendingen nodig hebben om aan de macht te blijven en zal uiteindelijk, als het regime niet ten val wordt gebracht, afglijden van manipulatie via dwang, naar repressie en uiteindelijk verworpen tot een totalitaire staat naar het beeld van George Orwell's 1984. Binnen dergelijke staten zal het regime met behulp van de vele tentakels van zijn steeds verder uitbreidend

³ E. Staub, *The Roots of Evil - the origins of genocide and other group violence*, Cambridge: Cambridge University Press 1989; A. Smeulers, 'What transforms ordinary people into gross human rights violations?', in: S. Carey and S. Poe (eds.), *Understanding human rights violations: new systematic studies*, Ashgate Publishing Ltd., 2004, p. 239-256; Ch. R. Browning, *Ordinary men - Reserve Police Battalion 101 and the final solution in Poland*, New York: Aaron Asher Books, 1992.

⁴ H.C. Kelman en V.L. Hamilton, *Crimes of Obedience*, New Haven: Yale University Press 1989. Vgl. ook de beroemde uitspraak van Arendt over de banaliteit van het kwaad naar aanleiding van de berechting van Adolf Eichmann in Jerusalem. In dit proces werd duidelijk dat zelfs een genocide uitgevoerd kan worden door plichtsgetrouwe bureaucraten die in een zeer bureaucratisch en hiërarchisch systeem functioneren en die door niet veel andere motieven gedreven worden dan om hun werk (welk werk dan ook) goed te doen. Zie H. Arendt, *Eichmann in Jerusalem*, New York: Penguin Books, 1964.

⁵ Art.33 Statuut voor het Internationaal Strafhof bepaalt dat het feit dat betrokkene handelde op bevel van iemand anders hem niet ontslaat van zijn eigen verantwoordelijkheid. Ter vergelijking: in het commune strafrecht kunnen daders die strafbare feiten hebben gepleegd ter uitvoering van een ambtelijk bevel een beroep doen op een rechtvaardigingsgrond (als het gezag dat het bevel gaf bevoegd was: zie art. 43 lid 1 Sr) dan wel een schulditsluitingsgrond (als het als dusdanig ten onrechte is opgevat: zie art. 43 lid 2 Sr).

staatsapparaat ook als het ware een claim op de “waarheid” leggen door de media te controleren, vrije meningsuiting in te perken of te verbieden, de rechterlijke macht te controleren en aldus een eigen werkelijkheid te scheppen. In zo’n systeem verworden politieke opposenten tot misdadigers en terroristen en worden mensenrechtenschendingen ontkend, dan wel als noodzakelijke maatregelen in de strijd tegen het communisme, het terrorisme of wat dan ook bestempeld. Aan systematische discriminatie, gruwelijke foltering, grootschalige verdwijningen en openlijke executies wordt aldus een geheel andere en eigen betekenis gegeven.

In extreme gevallen slaat de staat iedere oppositie onmiddellijk en gewetenloos neer en maakt dankbaar gebruik van de angst maar vooral ook het ongeloof en beperkte bevattingvermogen van dat deel van de bevolking dat niet direct bij het geweld en de misdrijven betrokken is. Het is een bekend fenomeen dat veel omstanders het onrecht dat anderen aangedaan wordt en het gevaar dat hen zelf bedreigt van zich afschuiven door zich ervan te overtuigen dat het zo slecht niet kan zijn en dat de slachtoffers hun lot dan wel verdiend zullen hebben. Liever dan de harde realiteit en het gevaar waar soms ook zichzelf zich in bevinden, te erkennen, wordt waarde en geloof aan de van staatswege gevoerde propaganda gehecht.⁶ Dit fenomeen dat in de sociale psychologie de *just world theory*, genoemd wordt, maakt de slachtoffers extra kwetsbaar. Voor alle partijen is erkenning van het onrecht dat de slachtoffers is aangedaan daarom een allereerste maar tevens uiterst cruciale stap,⁷ zonder welke alle eventuele volgende stappen weinig zinvol zijn. Het betreft niet zo zeer de erkenning van *wat* gebeurd is, maar de vaststelling dat het een *misdrijf* was. Cohen merkt in dat kader op dat: ‘[people] do want to see the truth established. This is a mysterious powerful almost magical notion, because everyone already knows the truth.’⁸ Deze erkenning hebben slachtoffers en omstanders van commune delicten veel minder nodig, het is dan immers veelal evident dat een misdrijf is gepleegd. Nu dat inzicht ten tijde dat de internationale misdrijven worden gepleegd, ontbreekt, zal dit alsnog officieel, expliciet en definitief *door* het nieuwe regime erkend moeten worden.⁹ Erkenning van de misdrijven als misdrijven zal bovendien ook *voor* het nieuwe regime van belang zijn. Het neemt zo immers afstand van het verleden, van de gepleegde misdrijven en van het misdadige regime en legitimeert aldus zijn eigen bestaan. Daarnaast zal bij de samenleving als ook de slachtoffers de behoefte aan

⁶ Zie hierover uitgebreider E. Staub, *The Roots of Evil*, Cambridge: University Press 1989, p. 79-88.

⁷ Tot dezelfde conclusie komen Cohen en van Daele. Zie S. Cohen, State crimes of previous regimes: knowledge, accountability, and the policing of the past, in: American Bar Association, *Law and Social Inquiry*, vol. 20, no. 1, 1995, p. 7-50; I. Van Daele, De Zuid-Afrikaanse waarheids- en verzoeningscommissie: opsmuk voor straffeloosheid of gerechtigheid door waarheid?, *Panopticon* 2000, p. 243-244. Van Daele verwijst voorts naar K. Asmal, Victims, survivors and citizens – human rights, reparations and reconciliation, *South African Journal on Human Rights* 1992, p. 501. Zie ook Minow 1998, p. 71, die stelt: ‘Acknowledgement by others of the victim’s moral injuries is a central element of the healing process.’ En voorts Minow 1998, p. 74: ‘victims need to know that their society as a whole acknowledges what has happened to them.’

⁸ Cohen 1995.

⁹ Zelfs democratische staten hebben het hier overigens zeer moeilijk mee. Wij wijzen in dit verband op de behandeling als landverrader die Poncke Prinsen (die Nederlandse misdrijven aan de kaak stelde) in Nederland ten deel viel. En om een ander voorbeeld te noemen, de Verenigde Staten hebben er maar liefst dertig jaar over gedaan om te erkennen dat er in My Lai ruim 500 ongewapende Vietnamese burgers afgeslacht zijn zonder dat er vijandelijk vuur aan te pas kwam.

wraak, vergelding en genoegdoening bestaan.¹⁰ Met al deze belangen zal bij het afrekenen met het verleden terdege rekening gehouden moeten worden.

3. Wie moet reageren?

Met het plegen van een internationaal misdrijf heeft de dader zelf het risico genomen dat ook andere entiteiten dan de meest betrokken staat zou mogen reageren. De status van internationaal misdrijf maakt dat een groot aantal actoren zich met de verwerking van het verleden kan bemoeien en aan hen staan vele middelen ter beschikking. Maar van wie, van welke staat of gemeenschap, is dan het conflict, in de zin dat deze kan bepalen hoe erop wordt gereageerd? Wat gaat voor als de internationale gemeenschap of een andere staat anders denkt over de reactie dan het land waar de misdrijven hebben plaatsgevonden? Wie dient wat te respecteren? Is het zo dat een land dat op welke wijze dan ook reageert op zijn eigen verleden daar een vorm van verantwoording voor dient af te leggen? De staat of internationale gemeenschap die op een bepaalde wijze reageert, sluit daarmee niet de mogelijkheden voor andere entiteiten af. De eerste indruk is dat er ten aanzien van wie reageert nauwelijks sprake is van enige coördinatie. Toch is er wel iets gecoördineerd. Zo heeft het volkenrecht bepaalde staten of entiteiten met de toekenning van rechtsmacht uitdrukkelijk gemachtigd strafrechtelijk op te treden. Ten aanzien van niet-strafrechtelijke reacties ontbreekt zo'n expliciete machtiging, maar kan evenmin worden gesproken van enige inperking op de vrijheid van staten om te reageren.

Alvorens een globaal overzicht te geven van de diverse vormen van afrekenen met het verleden, zullen we eerst aandacht besteden aan de omstandigheden waaronder een staat dat zal moeten doen en de invloed die deze omstandigheden op de keuze kan hebben. Staten die een periode van (burger-)oorlog, grove mensenrechtenschendingen of zelfs genocide hebben doorgemaakt zullen als primaire en korte termijn doelstelling willen voorkomen dat het geweld na een tijdelijke wapenstilstand of rustpauze opnieuw opblaait. *Transitional justice* symboliseert de overgang van een staat van oorlog dan wel een dictatuur naar een vreedzame en democratische samenleving. Het nieuwe regime kan aldus een punt zetten achter het verleden en duidelijk afstand nemen van de gewelddadigheden of mensenrechtenschendingen.

Dat afrekenen met het verleden inherent is aan het transformatieproces, wil echter nog niet zeggen dat het dan ook altijd gebeurt.¹¹ Met name veel gewapende conflicten kunnen pas na moeizame en langdurige vredesonderhandelingen beëindigd worden en amnestie c.q. het niet vervolgen van de daders is vaak één van de voorwaarden. Vrede heeft dus soms zijn prijs en kan een staat beletten om op een goede en juiste wijze af te rekenen met het verleden. De omstandigheden kunnen dus maken dat de keuze voor een bepaalde wijze van afdoening niet volledig vrij is, maar gedictieerd wordt, soms letterlijk door één van de in het conflict betrokken partijen.

¹⁰ In dat opzicht zijn deze slachtoffers weer zeer vergelijkbaar met de slachtoffers van commune delicten.

¹¹ Het vervolgen en berechten van bijvoorbeeld de leiders van criminele en misdadige regimes is een recent fenomeen. Vgl. hierover Y. Beigbeder met de treffende titel: *Judging criminal leaders – the slow erosion of impunity*, The Hague: Kluwer Law International 2002.

In Oost-Timor bijvoorbeeld begint de politieke steun voor het vervolgen van strafbare feiten inmiddels af te nemen. Bij de regering dringt het politieke realiteitsbesef door dat men als klein en onafhankelijk land gezien de geografische positie verder moet met Indonesië. President Xanana Gusmão reisde in het voorjaar van 2004 tijdens de eerste ronde van de presidentsverkiezingen in Indonesië zelfs af naar Bali om generaal Wiranto letterlijk te omarmen, niettegenstaande het feit dat hij mede dankzij Wiranto zeven jaar in een Indonesische gevangenis heeft moeten doorbrengen. Het arrestatiebevel tegen Wiranto terzake van zijn belangrijke rol bij de misdrijven van 1999, is tegen de wil van de Timorese regering uitgevaardigd. De Timorese procureur-generaal heeft (vergeefs) getracht het Special Panel of the Dili District Court te bewegen het bevel weer in te trekken.¹²

Naast deze meer politieke machtsvraag met betrekking tot wie bepaalt of, en op welke wijze wordt geregeerd kan de keuze worden bepaald door diverse praktische factoren. Een staat die door een periode van (burger-)oorlog of mensenrechtenschendingen zwaar getroffen is, zal de handen vol hebben aan het opbouwen van een vreedzame en democratische samenleving. De verliezen aan mensenlevens, de materiële maar ook de economische schade zullen mogelijk enorm groot zijn. Het spreekt dan vanzelf dat een eventueel nieuw regime zijn prioriteit niet bij moeilijke, dure en tijdrovende strafrechtelijke procedures zal leggen.

Dat roept haast vanzelfsprekende twijfel op ten aanzien van de staat die een periode van (burger-)oorlog dan wel mensenrechtenschendingen heeft meegemaakt. Is de noodzakelijke infrastructuur nog aanwezig? Zijn er voldoende goed opgeleide aanklagers, advocaten en rechters? Zijn deze onafhankelijk? Is er voldoende geld en zijn er voldoende middelen om een dure en tijdrovende strafzaak te voeren? Allemaal belangrijke vragen die positief beantwoord moeten worden, alvorens een staat met daadwerkelijke vervolging kan beginnen. Wordt immers zonder daartoe daadwerkelijk in staat te zijn een vervolging gestart, dan riskeert de staat dat hij de strafzaak frustreert en dat mogelijke daders wegens gebrek aan bewijs of ten gevolge van een oneerlijk proces vrijuit gaan. De staat heeft immers geen tweede kans: een persoon voor een tweede keer vervolgen is in strijd met het internationaal erkende *ne bis in idem* beginsel. Een eventueel internationaal tribunaal en ook het internationale strafhof staan in zo'n geval buitenspel omdat zij aan het *ne bis in idem* beginsel gebonden zijn en zij een strafzaak alleen opnieuw over mogen doen als de verdachte bewust beschermd is.¹³ In die gevallen is het optreden van de eerste staat dus wel exclusief. Een absolute voorwaarde voor een eventuele nationale strafrechtelijke vervolging zou dan ook moeten zijn dat de mogelijkheden aanwezig zijn om het goed te doen. In Rwanda overleefden bijvoorbeeld slechts enkele tientallen rechterlijke ambtenaren de genocide van 1994. De berechting van honderdduizenden verdachten is dan ondoenlijk. Ook kan het zijn dat het justitieel apparaat jarenlang het voormalige regime heeft gediend en mogelijk zelf in die hoedanigheid bij het toepassen van veel

¹² República Democrática de Timor-Leste, Dili District Court, The Special Panels for Serious Crimes, Case No. 05/2003, Warrant of Arrest for Wiranto, 10 May 2004, Judge Phillip Rapoza; República Democrática de Timor-Leste, Dili District Court, The Special Panels for Serious Crimes, Case No. 05/2003, Deputy General Prosecutor for Serious Crimes against Wiranto and others, Decision on the Motion of the Prosecutor General to Review and Amend the Indictment, 17 May 2004, Judge Phillip Rapoza.

¹³ Vgl. art. 10 ICTY en art. 20 ICC: een nieuw proces is alleen mogelijk als op nationaal niveau sprake is geweest van een schijnproces om de verdachte tegen reële vervolging te beschermen.

illegale praktijken is betrokken.¹⁴ Uiteindelijk zijn er dan twee factoren die bepalen of en zo ja welke reactie er komt: beschikt men over de wil en de macht om te reageren.

Het kan zijn dat een opvolgend regime niet wenst over te gaan tot enige reactie, omdat het zich bijvoorbeeld politiek meer verwant voelt met het vorige regime dan met de slachtoffers ervan.¹⁵ Andere regeringen zouden wel willen maar moeten bevreesd zijn dat het oude regime weer terugkeert. Suriname is een land dat al deze fases na de Decembermoorden van 1982 heeft doorlopen. Na het militaire bewind van Bouterse kwam een sympathiserende regering, vervolgens diverse regeringen die wellicht wel wilden reageren maar niet durfden en tenslotte de regering Venetiaan die strafvervolging initieerde. Aangezien reageren op het verleden nogal afhankelijk is van de politieke omstandigheden, behoeft niets doen derhalve niet definitief te zijn. Het kan wel moeilijker worden als wettelijk een punt is gezet achter enig onderzoek van welke aard dan ook.¹⁶ Bovendien verkleint niets doen de mogelijkheden voor zowel de strafrechtelijke vervolging als andere vormen van waarheidsvinding. Met het voortschrijden van de tijd verdwijnen sporen, bronnen en getuigen. ‘Niets doen’ kan ook in een later stadium als reactie opkomen. Oost-Timor lijkt die kant op te gaan. De regering wenst geen voortzetting van de strafzaken na het vertrek van de Verenigde Naties in mei 2005. Er zijn voldoende strafzaken geweest, de blik moet nu op de toekomst worden gericht, zo is de gedachtengang. Soms zal ook de regering haar doelstellingen bijstellen of wijzigen omdat de *idealiter* doelstelling bijvoorbeeld niet haalbaar blijkt of een te hoge prijs vergt.

Grosso modo bestaan er naast niets doen twee soorten reacties op grove mensenrechtsschendingen: a) strafrechtelijke reactie; b) verschillende vormen van niet-strafrechtelijke reacties.¹⁷ De keuze voor de wijze van afdoening zal van allerlei factoren afhankelijk zijn. De keuze hangt primair af van situationele factoren zoals de aard van het conflict, de wijze waarop het conflict is beëindigd, de eventuele voorwaarden waaronder het conflict is geëindigd, de situatie in een bepaalde staat, de machtsverhoudingen binnen de staat, de bestaande infrastructuur, de achtergrond en cultuur van de staat en het eventuele transformatieproces waarin de staat zich bevindt. Daarnaast echter kan de keuze binnen de bestaande mogelijkheden ook mede afhankelijk gemaakt worden van de doelstellingen die men met de wijze van afdoening wil bereiken. Opdat het nieuwe regime orde en rust kan bewaren en naar

¹⁴ In die zin zou men zich de vraag kunnen stellen of Irak, hoewel qua betrokkenheid de meest voor de hand liggende staat om Saddam Hussein te berechten, daar op dit moment wel toe in staat is, om de waarheid volledig te achterhalen en boven tafel te krijgen, om de aanklachten voldoende te onderbouwen en om hem een eerlijk proces te bieden. Zijn er voldoende goed getrainde en daadwerkelijke onafhankelijke en door het verleden onbesmette leden van het Openbaar Ministerie, advocaten en rechters om een dergelijk megaproces te voeren?

¹⁵ Door A. Eser en J. Arnold, O projecto: O Direito Penal como reacção às injustiças do sistema – visão comparativa da política de tratamento do passado do ponto de vista penal depois da mudança de sistema, in: *Direito Penal Internacional para protecção dos direitos humanos*, Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Lisboa 2003, p.32 Esquema 2 vergeetmodel (Modelo de esquecimento) genoemd.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld de Argentijnse Punto final van president Alfonsín in 1983 en de Nederlands-Indonesische amnestieregeling van 1949. Zie voor de laatste de Ordonnantie van de Hoge Vertegenwoordiger van de Kroon dd. 3 november 1949, *Ind. Stb.* 1949, 325 en de beschikking van de President van de Republiek Indonesië dd. 17 november 1949, nr. 14 inzake het verlenen van amnestie ter uitvoering van de gemeenschappelijke proclamatie van 3 augustus 1949, opgenomen in *De Excessennota*, Den Haag: SDU, heruitgave van 1995, p.157-159.

¹⁷ Zie Eser en Arnold 2003.

een democratische samenleving waarin de rechten van de mens gerespecteerd en gewaarborgd zijn, kan toewerken, zal met de wijze van afdoening voornamelijk bereikt moeten worden dat er effectief een punt achter het verleden gezet wordt. De keuze voor de wijze van afdoening zal dan ook mede bepaald moeten worden door de prioriteiten die men ten aanzien van de verschillende doelstellingen legt. Bij een puur strafrechtelijke afdoening liggen de prioriteiten duidelijk anders dan bij de niet-strafrechtelijke afdoening.

4. Afrekenen met het verleden

4.1 Hoe te reageren?

Ten aanzien van de oprichting van straftribunalen voor het voormalige Joegoslavië en voor Rwanda door de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties kan worden vastgesteld dat de formele reden werd gezocht in het herstel van de vrede en het voorkomen van nieuw geweld. De betrokken landen zelf bevonden zich in een situatie waarin de infrastructuur en het justitieel apparaat volledig waren lamgelegd. Afwachten tot die landen zelf iets zouden doen zou gelijk staan aan niets doen. Hier springt de internationale gemeenschap in een machtsvacuüm. De meest betrokken staat kan niets, dat rechtvaardigt ingrijpen.

Met betrekking tot Oost-Timor en Sierra Leone zijn andere keuzes gemaakt.¹⁸ Het gaat hier niet meer om internationale strafhoven maar om geïnternationaliseerde nationale gerechten.¹⁹ Alhoewel voorzien van een speciaal internationaal juridisch kader zijn deze gerechten ingebed in de nationale rechtsorde en zijn ze ook gevestigd in het betreffende land. Deze koerswijziging kan worden getypeerd als een vorm van voortschrijdend inzicht bij de internationale gemeenschap, maar heeft bijvoorbeeld ook te maken met het feit dat bij de oprichting van het Joegoslavië-tribunaal het conflict nog gaande was. Dat maakte het praktisch onmogelijk het tribunaal in Joegoslavië te vestigen. Toch zijn er ook andere redenen. Geïnternationaliseerde tribunalen versterken de betrokkenheid van het land waar het uiteindelijk allemaal om gaat. Hetzelfde geldt voor de vestiging in het land zelf. Hierdoor is het voor de bevolking mogelijk te participeren in de procedures. Op dit punt vervullen de tribunalen een vergelijkbare zichtbare functie als waarheids- en verzoeningscommissies.

In enkele gevallen zijn niet-betrokken staten overgegaan tot het instellen van strafvervolging met betrekking tot internationale misdrijven die elders zijn begaan.²⁰ Er valt over te twisten of uit het handjevol gevallen waarin dat gebeurde nu moet worden afgeleid dat hierin een stijgende lijn valt te ontdekken of dat zij moeten worden gekarakteriseerd als toevalstreffers en dat er mede gezien de internationale verhoudingen weinig van valt te verwachten.²¹ Het gaat ons er meer om dat staten die

¹⁸ Zie voor een uitgebreide bespreking van deze en andere nieuwe vormen K. Ambos and M. Othman (Eds.), *New approaches in international criminal justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia*, Freiburg im Br.: Max Planck Institut 2003.

¹⁹ Zie voor een overzicht van de ontwikkelingen rond diverse tribunalen G.K. Sluiter, Kroniek Internationaal Strafrecht I en II, *NJCM-Bulletin 2004*, p. 329-342 en 475-484.

²⁰ Zie de bijdrage van Menno Kamminga elders in deze bundel.

²¹ Zie A.H. Klip, 'Komt er een eind aan de nationale strafvervolging van internationale misdrijven?', in: *Iets bijzonders, Liber amicorum prof. jhr. Mr. M. Wladimiroff*, Den Haag 2002, p. 263-279.

dat doen dus kennelijk vinden dat zij zeggenschap hebben over een aspect van het conflict, dat het feit dat de meest betrokken staat niets doet hen het recht geeft wel te reageren. In de zaak Bouterse onderzocht het Amsterdamse Hof of van strafvervolging in Suriname iets viel te verwachten, een vraag die het negatief beantwoordde.²² Kennelijk vond de Nederlandse rechter dat de gebeurtenissen uit het verleden niet uitsluitend tot de Surinaamse rechtsmacht behoorden. Suriname heeft zich over de Nederlandse pogingen tot vervolging niet publiekelijk beklagd, maar wel de eigen strafzaak tegen Bouterse voortgezet. Juist waar verschillende partijen betrokken zijn bij het conflict, kan reageren met een strafvervolging tot conflicten aanleiding geven. Indonesië veroordeelde recentelijk de laatste Indonesische gouverneur van het bezette Oost-Timor (Timor-Timur) Abílio Osório Soares tot een gevangenisstraf van drie jaar voor zijn betrokkenheid bij de gewelddadigheden in Oost-Timor in 1999. Zowel de verdachte als hoge Timorese politici, waaronder president Gusmão, verklaarden dat deze veroordeling afleidt van de werkelijke Indonesische schuldigen.²³

Interessant is te constateren dat niet-betrokken staten uitsluitend het strafrechtelijk instrumentarium ter beschikking hebben. Dat heeft niet alleen praktische oorzaken; het is immers moeilijk een waarheids- en verzoeningscommissie te entameren vanuit het buitenland, maar ook belangrijke gevolgen. Voor niet-betrokken staten leidt één en ander tot een zwart-wit-benadering die wellicht geen recht doet aan de eigenaardigheden van elk conflict. Er is geen andere keuze dan vervolgen of niets doen. De nuance, de fijngevoeligheid die andere reacties kunnen meebrengen valt hier weg. Dat kan zowel betekenen dat het buitenland dan als een olifant in porceleinkast te keer gaat, als dat het buitenland zich niet geïnteresseerd toont in andermans ellende. De internationale gemeenschap, als ze al reageert, lijkt eveneens de strafrechtelijke reactie voor te staan, alhoewel in enkele gevallen Waarheids- en Verzoeningscommissie door de Verenigde Naties werden ondersteund.²⁴

Voor wat betreft het oordeel over andere wijze van afdoening dan wellicht in West-Europese ogen logisch zou zijn zullen we ons derhalve moeten realiseren dat mogelijkheden soms gering kunnen zijn.²⁵ De *gaccaca*-justitie in Rwanda, heel kort door de bocht gedefinieerd als verzoening en bekentenis tussen families van daders en slachtoffers ten overstaan van de dorpsvergadering, verdient eerder steun dan afwijzing en het verwijt dat de procedures niet volgens algemeen erkende mensenrechtelijke normen verlopen. Rwanda hield in 1994 ongeveer 120.000 mensen onder erbarmelijke omstandigheden in detentie. Met een weggevaagd justitieel apparaat moet je dan wel op zoek naar andere wegen dan een fraaie strafprocedure met alle toeters en bellen. Ook in onze eigen Nederlandse geschiedenis is zo'n voorbeeld eenvoudig aan te wijzen. Kort na de oorlog in 1945 waren ook in Nederland zo'n 120.000 mensen opgesloten op verdenking van misdrijven ten tijde van de bezetting. Met de (enkelvoudige) Tribunalenrechtspraak is dat aantal zeer spoedig gereduceerd tot 16799 op 1 juli 1946.²⁶

²² Hof Amsterdam, 20 november 2000, *NJ* 2001, 51.

²³ Zie *Semanário Timor-Leste*, 24 julho 2004, p. 1, 4-5.

²⁴ Bijvoorbeeld in El Salvador, Sierra Leone en Oost-Timor.

²⁵ Zie W. A. Schabas, 'The Rwanda Case: Sometimes It's Impossible', in: M. Cherif Bassiouni, *Post Conflict Justice* New York, Transnational Publishers 2002, p. 499-520.

²⁶ Zie A.D. Belinfante, *In plaats van bijltjesdag*, Assen Van Gorcum 1978, p.76 en 270.

4.2 Strafrechtelijke afdoening

Er zijn verschillende manieren waarop de strafrechtelijke vervolging gestalte kan krijgen. Een onderscheid kan bijvoorbeeld gemaakt worden tussen het toepasselijke recht, bijvoorbeeld het commune strafrecht, het militaire strafrecht of het internationale strafrecht, waarbij met name aan het humanitaire oorlogsrecht gedacht moet worden. Daarnaast kunnen verdachten door gewone rechtbanken of door militaire rechtbanken berecht worden. Vervolgens kan nog een verschil gemaakt worden tussen een nationale strafrechtelijke vervolging door een betrokken staat, een internationale strafrechtelijk vervolging en een vervolging door een derde staat.

4.3 Niet-strafrechtelijke afdoening

Bij niet strafrechtelijke afdoening zal met name aan onderzoekscommissies, waarheidscommissies of waarheids- en verzoeningscommissies gedacht moeten worden. Elke waarheids- of verzoeningscommissie heeft haar eigen mandaat, tijd, financiële middelen en bevoegdheden om haar taak uit te voeren.²⁷ De commissie kan meer of minder afhankelijk zijn dan wel zelfs geheel onder curatele staan van het nieuwe regime. De doelstelling kan uitsluitend het opstellen van een kort rapport zijn waarin slechts melding wordt gemaakt van schendingen zonder daarbij namen van slachtoffers of daders bekend te maken of kan juist tot doel hebben om de schendingen publiekelijk kenbaar te maken, de daders aan te wijzen en een verzoening tussen daders en slachtoffers te bewerkstelligen. De commissie kan gedwongen worden grotendeels in de anonimiteit te werken of juist in door de media bezochte openbare zittingen haar werk doen. Verder kunnen er ook grote verschillen bestaan in de bevoegdheden van de commissie en juridische consequenties van haar uitspraken. Geldt er een algemene amnestie of is de commissie bevoegd om amnestie te verlenen en zo ja op basis waarvan kan en mag zij de amnestie verlenen? En wat gebeurt er met de verdachten die geen amnestie gekregen hebben? Worden deze ook daadwerkelijk vervolgd?²⁸ Allemaal vragen waarop per waarheidscommissie een ander antwoord gegeven kan worden, waardoor het niet mogelijk is om alle waarheidscommissies over een kam te scheren.²⁹ Daarnaast zijn er nog andere vormen, zoals rehabilitatie, doorhaling van veroordelingen of *Berufsverbote*, alsmede schadeloosstellingen van slachtoffers en publieke verontschuldigungen. Wij kwamen ook nog enkele Nederlandse verschijnselen tegen, de Excessennota uit 1969 en het Srebrenica-rapport uit 2002, die beide gekenmerkt kunnen worden als een historisch bronnenonderzoek.³⁰ Hierin lijkt het accent niet zozeer te liggen op volledige waarheidsvinding en erkenning voor slachtoffers, maar meer op de politieke schuldvraag bij donkere bladzijden uit de Nederlandse geschiedenis.

²⁷Zie voor een uitvoerige beschrijving van de Zuid-Afrikaanse commissie, A. Ellian, *Een onderzoek naar de Waarheids- en Verzoeningscommissie van Zuid-Afrika*, (diss. Tilburg) Nijmegen: Wolf Legal Publisher 2003.

²⁸ Zo ja, dan is feitelijk sprake van een gecombineerde strafrechtelijke en niet-strafrechtelijke afdoening.

²⁹ Zie voor een overzicht P.B. Hayner, *Fifteen Truth Commissions – 1974 to 1994: a comparative study*, *Human Rights Quarterly* 1994, p. 597-655.

³⁰ Zie De Excessennota, ingeleid door Jan Bank, Den Haag: SDU, heruitgave van 1995. En Srebrenica, een “veilig” gebied, Den Haag: SDU, 2002.

4.4 Vergelijking van doelstellingen en werkwijze

Het beeld van de praktijk van reacties op het verleden is complex. Dit vindt zijn oorzaak in het feit dat zowel doelstellingen als werkwijze nogal verschillen.³¹ Bij waarheidscommissies ligt de prioriteit bij het verkrijgen van een zo volledig mogelijk beeld van de mensenrechtenschendingen. Er is aandacht voor de aard, omvang, context en oorzaken van de schendingen. Waarheidscommissies zijn niet zo zeer gericht op incidenten maar eerder op het geheel aan schendingen, het systeem, het patroon en de context. Wat is er gebeurd? Welke schendingen hebben plaatsgevonden en op welke schaal? Hoe kon dat gebeuren? Welke organen en instanties zijn verantwoordelijk? Waarom hebben zij dergelijke schendingen begaan en wie zijn de slachtoffers? Deze en andere vragen worden onderzocht en de antwoorden worden over het algemeen in een openbaar en publiekelijk toegankelijk rapport vastgelegd.³² Naast de erkenning van het ondergane leed naar de slachtoffers toe zal de waarheidscommissie met het rapport vooral ook een punt achter het verleden willen zetten. De mogelijkheid om in openbare hoorzittingen hun verhaal ten overstaan van de commissie te vertellen voorziet in een belangrijke behoefte voor slachtoffers.³³ Het psychologische belang van deze mogelijkheid mag niet onderschat worden: 'the trauma story is transformed through testimony from a telling about shame and humiliation to a portrayal of dignity and virtue, regaining lost selves and lost worlds.'³⁴ Het nieuwe regime dat de aanzet tot het opstellen van het rapport heeft gegeven en het rapport als dusdanig in ontvangst neemt en erkent, neemt op deze wijze expliciet afstand van het vorige regime en de gepleegde misdrijven. In een aantal gevallen wordt daarmee het afrekenen met het verleden als het ware aan de waarheidscommissie uitbesteed en kan het nieuwe regime zich op andere belangrijke aspecten van het transformatieproces richten.³⁵ In dat opzicht zijn staten die voor een waarheids- en verzoeningscommissie kiezen over het algemeen sterk toekomstgericht en willen zij het omkijken naar het verleden beperken. Vaak is dat omkijken beperkt tot het globaal vastleggen wat er gebeurd is en het expliciet afstand nemen van de schendingen. Het eindrapport drukt, soms letterlijk zoals in Argentinië en Brazilië, het verlangen en de stelling uit van *dit nooit meer*.

Een mogelijkheid om hun verhaal te vertellen krijgen de slachtoffers in een strafrechtelijke procedure niet altijd. Daar staat de verdachte en zijn handelen centraal. Het slachtoffer mag alleen dat vertellen waarnaar gevraagd wordt en wat relevant is ter vaststelling van de eventuele schuld van de verdachte. Verder zal iedere getuige en dus ook het slachtoffer dat als getuige gehoord wordt, zich ten behoeve van de 'due

³¹ Zie ook M. Cherif Bassiouni, *International Criminal Justice in the Age of Globalization*, 19 *Nouvelles Etudes Pénales* 2004, p.153.

³² Zie o.a. het indrukwekkende *Truth and Reconciliation Commission of South Africa*, Report, Macmillan, Reference Ltd 1999, Vols. 1-5.

³³ Ook Schabas is van mening dat waarheids- en verzoeningscommissies meer zijn toegesneden op de behoeften van slachtoffers. Zie W. A. Schabas. *The Place of Victims in International Criminal Law*, 19 *Nouvelles Etudes Pénales* 2004, p. 505-517.

³⁴ Minow 1998, p. 66 verwijst naar R. Mollica, 'The Trauma story: the psychiatric care of refugee survivors of violence and torture', in: F. Ochberg (ed.) *Post-traumatic therapy and victims of violence*, New York: Brunner 1988, p. 295.

³⁵ In H. Miall, O. Ramsbotham and T. Woodhouse, *Contemporary Conflict Resolution – the prevention, management and transformation of deadly conflict*, Cambridge: Polity Press 1999, wordt uitgebreid ingegaan op de verschillende aspecten van Post-settlement Peacebuilding.

process' rechten van de verdachte aan een mogelijk pittig (kruis)verhoor moeten blootstellen. Waar het slachtoffer waarschijnlijk juist behoefte heeft aan de mogelijkheid om zijn verhaal te vertellen zonder dat het in twijfel getrokken wordt, zal de verdediging mogelijk zijn integriteit ter discussie stellen. In dat opzicht voldoet een waarheidscommissie die deze mogelijkheid biedt beter aan de behoefte van het slachtoffer om hem/ haar als dusdanig te erkennen. De erkenning houdt ook een rehabilitatie in en leidt, idealiter althans, tot *reparation* c.q. herstelbetalingen.³⁶ Deze expliciete erkenning van slachtoffers is zwakker in de strafrechtelijke procedure, alhoewel in een eventuele strafrechtelijke veroordeling van de verdachte wel een erkenning van het aangedane onrecht schuilt. De daders worden immers veroordeeld omdat zij in strijd met het (inter)nationale recht normen en waarden geschonden hebben.

Een ander belangrijk kenmerk en soms ook doelstelling van een waarheidscommissie is de directe confrontatie tussen daders en slachtoffers tijdens openbare hoorzittingen.³⁷ Dit in de hoop dat deze zich in voldoende mate kunnen verzoenen om vervolgens samen naar de toekomst te kijken en daaraan te werken. Als een confrontatie plaatsvindt in de strafrechtelijke procedure dan is zij van andere aard. Voor emotie en verzoening is geen tijd en plaats. De procedure is formeel en strikt gereguleerd en speelt zich haast op een abstract vlak af. De voornaamste hoofdrolspelers binnen de strafrechtelijke procedure zijn dan ook niet de daders en slachtoffers zelf, maar juridische specialisten die de staat dan wel de verdachte vertegenwoordigen. De centrale onderzoeksvraag concentreert zich rond de vaststelling van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de verdachte. De procedure is er primair op gericht dat de verdachte een eerlijk proces krijgt. De verdachte kan dan ook een beroep doen op allerlei procedurele rechtswaARBorgen zoals bijvoorbeeld de onschuldpresumptie en het zwijgrecht. Dit zwijgrecht houdt in dat een verdachte niet tot het afleggen van een verklaring verplicht kan en mag worden. Toch richt ook het strafproces zich op het verkrijgen van de waarheid. Beide hoofdtypen van het strafproces (*civil law* en *common law*) zijn daarop uit, al gaat het bij ons om de materiële waarheid (wat er echt is gebeurd) en in *common law*-stelsels over de formele waarheid (waar partijen het over eens kunnen worden).

Een staat die kiest voor een strafrechtelijke wijze van afdoening probeert echter net zo goed een punt achter het verleden te zetten. Met deze van staatswege gelegitimeerde vorm van vergelding hoopt de staat de individuele gevoelens van wraak weg te nemen en te voorkomen dat de slachtoffers zelf hun recht gaan halen door terug te slaan. Het strafrecht heeft in die zin dan ook alles te maken met het herstellen van de rechtsorde, het (her)bevestigen van de geschonden *rule of law*. In dat opzicht heeft het strafrecht in dit soort situaties een belangrijke legitimerende functie. Door het afrekenen met het verleden via het strafrecht kan het nieuwe regime aantonen dat het orde op zaken heeft gesteld, orde en recht heersen en dat misstanden alsook schendingen niet ongestraft blijven. In die zin zet een staat met een strafrechtelijke afdoening een

³⁶ De herstelbetalingen zijn overigens het meest precare punt van de Zuid-Afrikaanse commissie omdat de belofte in dat opzicht onvoldoende zijn ingelost.

³⁷ Zie voor twee indrukwekkende verslagen J. Edelstein, *Truth and Lies – stories from the truth and reconciliation commission in South Africa*, New York: the New Press 2001; A.Krog, *Country of my skull: guilt, sorrow, and the limits of forgiveness in the New South Africa*, New York: Random House 1998.

duidelijke streep onder het verleden en geeft daarmee een belangrijk signaal naar de toekomst af.³⁸

Anderzijds scherpt de uitoefening van strafrecht het oude conflict aan. Wat misdaan is staat gedurende het hele strafproces centraal, evenals de beweegredenen van de dader en zijn rechtvaardiging. Strafzaken die tien, twintig of dertig jaar na de feiten worden gevoerd kunnen leiden tot herbeleving van gevoelens van onrecht van destijds. De emoties kunnen dan tientallen jaren later nog hoog oplopen.³⁹ De toepassing van het strafrecht als reactiemechanisme is om deze en andere redenen niet onomstreden. Veel vragen zijn namelijk niet zonder meer te beantwoorden, zoals: wie moeten, als zoveel mensen bij de misdrijven betrokken zijn, wel en wie moeten niet vervolgd worden? Is er een vrije keuze uit de potentiële verdachten, zodat een vervolgingsbeleid kan worden bepaald of wordt de keuze bepaald door het politieke krachtenveld.⁴⁰ Dat kan de kritiek oproepen dat willekeur wordt toegepast en dat niet de werkelijke daders worden bestraft.

Een andere vraag is welke straf bij welke rol past? Met andere woorden: moet de folteraar zwaarder of minder zwaar bestraft worden dan degene die hiërarchisch hoger geplaatst is en de opdrachten (door)geeft? Bestaande internationale strafrechtspraak werpt hierop enig licht. Bij deze misdrijven is een bevel van hogerhand nooit een legitiem excuus en zelfs overmacht (*duress*) is onder andere door het Joegoslavië tribunaal in de Erdemović-zaak als schulditsluitingsgrond afgewezen.⁴¹ De vraag rijst, gegeven die jurisprudentie, of er bij internationale misdrijven nog wel plaats is voor strafuitsluitingsgronden. De ervaringen met de vervolging van oorlogsmisdrijven jaren na dato, leert dat er grote bewijsrechtelijke problemen vanwege het tijdsverloop kunnen ontstaan. Bij het Joegoslavië-tribunaal zijn deze opgelost met wat gemakkelijke deelnemingsvormen: *joint criminal enterprise*. Waarbij via een soort *culpa in causa*-redenering daderschap wordt gevestigd.⁴² Juist zo'n ruime (haast risico-) aansprakelijkheid laat weinig ruimte voor strafuitsluitingsgronden. Dit soort vragen vergt een geheel eigen studie die thans niet kan worden verricht. Wat hier van

³⁸ Bijvoorbeeld dat het oude regiem definitief is gevallen. Zie bijvoorbeeld Roemenië, waar niet veel meer is gebeurd dan het schijnproces tegen Ceaușescu en zijn vrouw. Zie de fraaie beschrijving van C. Kelk, 'Het Tribunaal', in: *Afgeschreven*, Arnhem 1990, p. 73-83. Mogelijk heeft de berechting van Saddam Hussein en zijn naaste medewerkers in Irak eenzelfde functie.

³⁹ Zelfs tot aan de beëindiging van de tenuitvoerlegging van de straf toe. Zie bijvoorbeeld de discussie over de (eerst) zeven, later vijf, vervolgens drie en laatstelijk twee van Breda. Pas in 1989 werden de laatste twee Duitse oorlogsmisdadigers vrijgelaten. In Duitsland loopt thans (zomer 2004) de vraag of de in Nederland ter dood veroordeelde Bikker in Duitsland voor feiten uit 1944 en 1945 alsnog kan worden vervolgd cq het Nederlands vonnis in de vorm van gevangenisstraf kan worden geëxecuteerd.

⁴⁰ Als voorbeeld het Joegoslavië-tribunaal dat in het begin van zijn bestaan moeite had verdachten aan te houden. Anno 2004 zou een verdachte als Tadic (de eerste verdachte) niet meer in Den Haag terecht staan. Indonesië weigert alle medewerking aan de Special Panels of the Dili District Court van oost-Timor. Indonesische verdachten staan derhalve niet terecht.

⁴¹ ICTY, Judgement, *Prosecutor v. Erdemović*, Case No.IT-96-22-A, A.Ch., 7 October 1997, Klip/Sluiter ALC-I-527; East Timor Transitional Administration, Dili District Court, Special Panel for Serious Crimes, Case 10/2000, *The Prosecutor v. Manuel Goncalves Leto Bere alias Manuel Leto Bere*, Judgement, 15 May 2001; Court of Appeal of East Timor, Criminal Appeal No.7 of 2001, *Julio Fernandes versus Prosecutor General*, Judgement of Fredrick Egonda-Ntende, Judge of Appeal, 29 June 2001; East Timor Transitional Administration, Dili District Court, Special Panel for Serious Crimes, Case 08/2000, *The Prosecutor v. Mateus Tilman*, Judgement, 24 August 2001.

⁴² Zie bijvoorbeeld al sinds ICTY, Judgement, *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, T. Ch.II, 10 December 1998, Klip/Sluiter ALC-III-685, par. 216; ICTY, Judgement, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, A.Ch., 15 July 1999, Klip/Sluiter ALC-III-761, par. 220.

belang is dat een van de primaire doelstellingen van het strafrecht erin ligt dat de staat de dader als vergelding leed in de vorm van straf toevoegt en daden niet straffeloos blijven. Voorstanders van een strafrechtelijke afdoening gaan er in feite dan ook vanuit dat zonder gerechtigheid vergeving en verzoening ook niet mogelijk zijn.⁴³

De verschillen in doelstellingen en de verschillende accenten die in waarheidscommissies enerzijds en in strafrechtelijke procedures anderzijds gelegd worden, hebben ook invloed op de verschillende visies op waarheid en het belang van waarheidsvinding. De waarheidsvinding binnen de strafrechtelijke procedure staat volledig in het teken van de beantwoording van de schuldvraag en meer specifiek van de vraag of de verdachte het hem ten laste gelegde feit heeft begaan. Die vraag zal in de uiteindelijke bewezenverklaring beantwoord moeten worden. Aan deze bewezenverklaring worden in de vorm van de wettelijke bewijsregels hoge eisen gesteld: het gaat daarbij om de feitelijke en objectief vaststelbare waarheid. Het Openbaar Ministerie staat allerlei dwangmiddelen ter beschikking om deze feitelijke objectief vaststelbare waarheid te achterhalen en gebruikt deze ook. De rechter toetst of de gepresenteerde feiten aan de hoge eisen voldoen en zal alleen als daaraan voldaan is, de waarheid als dusdanig erkennen. Dit leidt ertoe dat de bewezenverklaring tot een bijna onomstotelijke *legal truth* verwordt. De keerzijde van de medaille is echter dat al het bewijs en dat deel van de waarheid dat niet aan genoemde hoge eisen voldoet binnen de strafrechtelijke procedure dan ook niet als waarheid erkend wordt. Voor waarheids- en verzoeningscommissies geldt over het algemeen een andere maatstaf. Als waarheid wordt niet slechts erkend wat aan de hoge strafrechtelijke bewijsregels en normen voldoet. De ‘bewijsdrempel’ –als je daar al van kunt spreken- is lager. Reeds als bepaalde gegevens, feiten, stellingen waarschijnlijk worden geacht dan wordt deze voor waar aangenomen.⁴⁴ Er komt aldus meer waarheid boven tafel maar deze waarheid is mogelijk niet onomstreden en ook niet onomstotelijk vaststelbaar en dus subjectiever dan in een strafrechtelijk proces.

Tenslotte rest nog de vraag in hoeverre een (rechts)cultuur zich zou kunnen verzetten tegen strafrechtelijke afdoening naar Westers model. In Oost-Timor is bijvoorbeeld 70% van de bevolking analfabeet. Ook voor de Special Panels van de Dili District Court is het bewijs grotendeels gebaseerd op getuigenverklaringen. Uit eigen waarneming is vastgesteld dat getuigen en verdachten veelal niet beseffen wat de betekenis van een verklaring is.⁴⁵ Bovendien zijn er nogal wat vertaalschakels die twijfel oproepen over de herkomst van verklaringen. In het geval van Oost-Timor zijn de officiële talen van het gerecht Portugees en Engels. De meeste Timorezen spreken die talen niet, maar wel Bahasa Indonesia, Tétum, Tocodede, Mambai of één van de andere vijftien talen en dialecten van het eiland.⁴⁶ Op de zitting waar beëdigde gerechtstolken ontbreken omdat ze in die talen niet bestaan, leidt dit tot een voortdurende spraakverwarring. Cultureel bepaald is ook dat een Timorees zal vermijden een standpunt in te nemen en eerder geneigd is dat te verklaren wat kennelijk door de vragensteller wenselijk wordt geacht. Dit zijn natuurlijk allemaal

⁴³ Vgl. Minow 1998, p. 81.

⁴⁴ Zie de vergelijking die Van Daele 2000, p. 236-237 maakt: ‘balance of probability’ versus ‘is more probable than not’.

⁴⁵ André Klip bezocht in juli 2004 Oost-Timor, sprak onder andere met rechters, aanklagers, raadslieden en ngo’s en woonde zittingen van het Tribunaal bij.

⁴⁶ Zie hierover J. Chrys Crystello, *Timor Leste, O Dossier Secreto 1973-1975*, Contemporânea, Matosinhos: 1999, p.19-20.

zeer lokaal bepaalde factoren, die zich in een ander land niet behoeven voor te doen, maar zij werpen de vraag op of in zo'n geval strafrechtelijke afdoening wel haar doelstellingen kan halen.

5. Overlap tussen modaliteiten en fora

5.1 Overlap

Eerder is vastgesteld dat er niet alleen tal van mogelijkheden bestaan om te reageren op ernstige gebeurtenissen uit het verleden, maar dat dat ook door tal van entiteiten kan gebeuren. Dat gegeven dwingt te onderzoeken wat de gevolgen zijn van een dergelijke overlap. Dit wordt zowel gedaan met betrekking tot het naast of achter elkaar hanteren van verschillende modaliteiten (par.5.2) als terzake van bemoeienis van meer dan een forum (par. 5.3).

5.2 Fricities tussen modaliteiten

Een van de eerste juridische problemen dat opdoemt bij het naast elkaar hanteren van een strafrechtelijke reactie en bijvoorbeeld de instelling van een waarheidscommissie is de vraag of een verklaring afgelegd ten overstaan van de waarheidscommissie kan worden gebruikt in de strafzaak. Immers heeft een ieder het recht niet gedwongen te worden zich zelf te belasten. Het is strijdig met het *nemo tenetur*-beginsel dat een verdachte die in het kader van een waarheidscommissie openhartig verklaart over wat hij in het verleden heeft gedaan, op basis daarvan strafrechtelijk wordt vervolgd. Dit gegeven zet de kansen op optimalisering van de waarheidsvinding voor dergelijke commissies onder druk en is redengevend geweest voor de toekenning van immunitet, amnestiën en andere belemmeringen van strafvervolging.⁴⁷

Het naast elkaar laten lopen van strafrechtelijke en andersoortige reacties heeft nog andere gevolgen. Men kan elkaar letterlijk en figuurlijk voor de voeten lopen. Het kan de spaarzame budgetten onder druk zetten en leiden tot kwaliteitsverlies in beide gevallen. Voorts moet de belasting voor slachtoffers niet onderschat worden. Het vertellen van het verhaal is zeer ingrijpend. Getuigen kunnen er moe van worden het verhaal steeds opnieuw te moeten vertellen. Dat kan de bereidheid van mensen om mee te werken ernstig frustreren. Hoe meer een getuige in een strafproces voorafgaand aan de strafzaak voor een commissie of in de pers heeft verklaard, hoe groter de kans dat zijn verklaring onbruikbaar of ongeloofwaardig wordt omdat er verschillen zullen gaan optreden. Door tijdsverloop kan dit effect worden versterkt.

Een en ander roept de vraag op of het verstandig is wanneer een staat naast elkaar een waarheids- en verzoeningscommissie en strafvervolging entameert. In twee landen die ons bekend zijn (Zuid-Afrika en Sierra Leone) lijkt zich dit gevaar niet voor te doen. Naar ons inzicht ligt de verklaring hiervoor in het feit dat de waarheidscommissie trachtte de gehele waarheid te achterhalen van het conflict, terwijl de strafvervolging zich richt op een klein deel van de daders (in Sierra Leone de hoofddaders en in Zuid-Afrika personen die niet wilden meewerken aan de waarheids- en Verzoeningscommissie). In die landen vindt dus wel strafvervolging plaats, maar deze

⁴⁷ Promotion of National Unity and Reconciliation Act, No.34 of 1995 in Zuid-Afrika. Zie voorts Report Truth and Reconciliation Commission 1998, vol. V, p.108-124.

richt zich van meet af aan slechts op een klein segment van de verdachten. Het komt ons voor dat een dergelijke taakafbakening als een voorwaarde moet worden gekenmerkt van het naast elkaar kunnen bestaan van verschillende afdoeningsmodaliteiten. Aangezien in deze gevallen twee modaliteiten door dezelfde entiteit worden ingericht mag worden verondersteld dat een zekere afbakening heeft plaatsgevonden.⁴⁸

5.3 Fricties tussen verschillende fora

Eerder stelden we vast dat de internationale gemeenschap en niet-betrokken staten als ze al wat doen, de voorkeur lijken te geven aan strafvervolging. Dat is merkwaardig, immers zijn de inspanning en kosten van strafvervolging toch niet geringer dan het opzetten van een waarheids- en verzoeningscommissie? Misschien ligt de verklaring eerder in een gebrek aan betrokkenheid en inlevingsvermogen dat oproept tot een hardere en wellicht ook gemakkelijker reactie. Men hoeft dan niet alle finesses van het gehele conflict te onderzoeken, kan zich concentreren op de feiten van de verdachten en hoeft zich niet te bekommeren om de gevolgen van strafvervolging in het land waar het uiteindelijk allemaal om draait. Er is nog een rem op inmenging van buitenaf, omdat deze inbreekt op de soevereiniteit van een land. Hoewel dat bij inbreuken door de internationale gemeenschap wellicht minder speelt, wordt ook daar de *oplossing* van buiten opgelegd.

Met betrekking tot het naast elkaar bestaan van verschillende modaliteiten dient ook te worden onderzocht wat de verhouding is tussen een internationale (of door een niet-betrokken staat geëntameerde) strafvervolging en een door het betrokken land uitgevaardigde amnestie. Concreet rijst bijvoorbeeld de vraag of een land dat op grond van de Anti-Apartheidsconventie bepaalde in Zuid-Afrika begane misdrijven zou willen vervolgen daarin belemmerd wordt omdat Zuid-Afrika zelf inmiddels op niet-strafrechtelijke wijze daar op heeft gereageerd. De op 18 juli 1976 in werking getreden *Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid* criminaliseert apartheid als een misdrijf tegen de menselijkheid (art.I).⁴⁹ Uit de artikelen IV en V spreekt dat partijstaten zich elke rechtsmacht kunnen aanmeten om dat misdrijf te bestraffen. Nadrukkelijk voorziet het verdrag er in dat een staat apartheid vervolgt in gevallen dat deze niet op zijn grondgebied is begaan. Het verdrag voorziet niet in een conflictenregeling met amnestieën. Hieruit moet worden afgeleid dat een vervolgende staat op grond van het verdrag niet een strafvervolgingsbeletsel ontmoet. Met andere woorden: een nationale oplossing kan op grond van dit verdrag worden doorkruist.

Het is de vraag of dat voor alle internationale misdrijven geldt. Dit onderzoeken we aan de hand van het Statuut voor het Internationaal Strafhof. Verschillende van de hier besproken aspecten keren terug in de ontvankelijkheidsvraag van strafvervolgingen voor het Internationaal Strafhof. Hier tellen de begrippen *concurrent jurisdiction* en *complementarity* van de artikelen 1, 17-19 van het Statuut voor het Internationaal Strafhof. Hieruit valt als hoofdregel af te leiden dat de eerste

⁴⁸ Ten aanzien van Oost-Timor lijkt dat ook het geval omdat de Timorese Waarheids- en Verzoeningscommissie zich slechts mag bezighouden met feiten die niet tot de bevoegdheid van de Special Panels behoren.

⁴⁹ Zuid-Afrika is ook na 1994 geen partij geworden.

taak voor strafvervolgning ligt bij de meest betrokken staat.⁵⁰ Pas als deze staat stil blijft zitten, beoordeelt het Strafhof of de omstandigheden rechtvaardigen dat de zaak op internationaal niveau aanhangig wordt gemaakt. Dat kan als de betrokken staat niet wil of niet kan vervolgen (*unwilling or unable*). Hierin schuilt dus een beoordeling van het stilzitten van een staat. Een staat die kan vervolgen wordt geacht dat te doen. Ook in het geval een staat wel handelt en strafvervolgning of opsporing initieert, is zijn handelen onderhevig aan enige controle. Het hof kan dan alsnog een strafzaak toe laten als blijkt dat de vervolging niet op integere wijze geschiedt en bijvoorbeeld er slechts toe strekt de verdachte door middel van een schijnproces te beschermen tegen reële strafvervolgning. Het Internationaal Strafhof zal zich ook over andere gevallen van niet-stilzitten moeten buigen. Kunnen bijvoorbeeld waarheids- en verzoeningscommissies worden aangemerkt als een vorm van *genuine prosecution*? Naar de letter van het verdrag niet, toch zou dat stellig in strijd met de geest van het verdrag zijn.⁵¹

6. Afsluiting

Met de vraag of het mogelijk is vast te stellen welke reactie het meest passend is op internationale misdrijven hebben we ons voor een ambitieuze opdracht gesteld. De eerlijkheid gebiedt vast te stellen dat we er niet geheel in zijn geslaagd die vraag te beantwoorden. Toch is er wel iets duidelijk geworden en dat is dat er geen blauwdruk van een reactiemechanisme op tafel kan liggen. Daarvoor zijn de omstandigheden van conflict tot conflict van land tot land te verschillend.⁵² Een en ander heeft wel tot gevolg dat het veronderstelde primaat van strafvervolgning van internationale misdrijven correctie behoeft. Nationale tradities of rechtsculturen (bijvoorbeeld Rwanda of Oost-Timor) kunnen maken dat een juridische reactie te ver af komt te staan van de bevolking, zodat zij elke beoogde invloed ontbeert. Op het plegen van internationale misdrijven dient wel te worden gereageerd, maar deze reactie dient niet per definitie strafrechtelijk te zijn. Dat laatste wordt vooral gestaafd door het succes van de Zuid-Afrikaanse Waarheids- en Verzoeningscommissie, die dankzij de voorwaardelijke amnestieregeling heel veel op tafel heeft gekregen.

⁵⁰ Zie A.H. Klip, 'Complementarity and Concurrent Jurisdiction, in International Criminal Law: Quo Vadis?', 19 *Nouvelles Etudes Pénales* 2004, p. 173-197.

⁵¹ Zie B. N. Schiff, 'Do Truth and Reconciliation Commissions Promote Accountability or Immunity?', The Case of the South African Truth and Reconciliation Commission', in: M. Cherif Bassiouni, *Post Conflict Justice* New York: Transnational Publishers 2002, p. 325; B. Broomhall, The International Criminal Court, A Checklist for National Implementation, 13^{quater} *Nouvelles Etudes Pénales* 1999, p.144.

⁵² Een dergelijke benadering is ook terug te vinden in de *Chicago Principles on Post-Conflict Jurisdiction*. Wij beschikken over een onder leiding van M. Cherif Bassiouni in het najaar van 2003 ontwikkeld ontwerp.