

‘Fair labelling’

Prof. mr. E. van Sliedregt

Gerechtshof ‘s-Gravenhage 7 juli 2011, LJN: BR0686; Rechtbank ‘s-Gravenhage 23 maart 2009, LJN: BI2444

Inleiding

In 1998 vraagt de 43-jarige Rwandees Joseph M. politiek asiel aan in Nederland hetgeen hem wordt geweigerd vanwege (vermeende) betrokkenheid bij internationale misdrijven. Joseph M. is de broer van Obed Ruzindana, een van de eerste verdachten bij het Rwandatribunaal en veroordeeld tot 25 jaar gevangenisstraf ter zake van genocide. Op verzoek van de aanklager bij het internationale Rwandatribunaal neemt het Openbaar Ministerie in 2006 de vervolging van Joseph M. ter hand. M. wordt gedagvaard voor genocide, begaan in 1994 in Rwanda, bestaande uit doodslag, zware mishandeling, gijzeling en verkrachting.

De rechtbank en het Hof hebben het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk verklaard bij gebreke van strafrechtsmacht ten aanzien van genocide door een buitenlander in het buitenland begaan.¹ De Uitvoeringswet Genocideverdrag (UVG) verleent de rechter rechtsmacht voor zover het misdrijf is begaan door een Nederlander of tegen een Nederlander. Dat de huidige Wet Internationale Misdrijven (WIM) een ruimhartiger rechtsmachtregeling bevat (universele rechtsmacht), doet niet ter zake nu deze regeling op 1 oktober 2003, dus na bedoelde feiten, zonder terugwerkende kracht in werking is getreden.² Op 21 oktober 2008 oordeelt de Hoge Raad dat de Nederlandse strafrechter geen originele noch afgeleide rechtsmacht heeft voor zover de aan de verdachte tenlastegelegde feiten het misdrijf genocide betreffen.³ De strafvervolging wordt voortgezet ter zake van oorlogsmisdrijven, strafbaar gesteld bij artikel 8 Wet Oorlogsstrafrecht (WOS) en subsidiair foltering, strafbaar gesteld bij artikel 1 en 2 Uitvoeringswet Anti-Folterverdrag (AFV).

Op 7 juli 2011 veroordeelt het Haagse Gerechtshof Joseph M. tot een levenslange gevangenisstraf wegens oorlogsmisdrijven gepleegd ten tijde van de genocide van Rwanda in april 1994. Het Hof acht bewezen dat de

verdachte, met anderen, voorop heeft gelopen bij, en deelgenomen heeft aan, een grootscheepse Hutu-aanval op een Adventistencomplex waar grote aantallen Tutsi-burgers hun toevlucht hadden gezocht. Daarbij zijn talloze vluchtelingen gedood en gewond geraakt. Ook heeft de verdachte volgens het Hof een rol gespeeld bij de aanhouding van een ambulance en het vermoorden van Tutsi-inzittenden, waaronder zeer jonge kinderen. Voorts speelde de verdachte volgens het Hof een beslissende rol bij de aanhouding van een vluchtend gezin dat met de dood is bedreigd en ernstig is vernederd. Het Hof overweegt dat het gaat om feiten die tot de ernstigste misdrijven gerekend moeten worden die sinds de Tweede Wereldoorlog door de Nederlandse rechter zijn berecht. Aan de ernst van de feiten kan slechts recht worden gedaan door oplegging van een levenslange gevangenisstraf. Alleen dan kan voldoende worden tegemoetgekomen aan de belangen van slachtoffers en kan aan de strafoplegging een internationaal gehoord signaal van afschrikking uitgaan.

Het arrest van het Hof roept vragen op, met name ten aanzien van de kwalificatie van de feiten als oorlogsmisdrijven. Meer fundamenteel rijst de vraag naar de rol en bijdrage van nationale gerechten aan de berechting van internationale misdrijven.

Weergave van enkele passages: Gerechtshof ‘s-Gravenhage 23 maart 2009, LJN: BR0686

Het hof stelt voorop dat niet alle misdrijven die zijn gepleegd tijdens een gewapend conflict tevens oorlogsmisdrijven zijn. Wil er sprake zijn van een oorlogsmisdrijf dan moet het tenlastegelegde misdrijf tevens in voldoende nauwe relatie staan (‘a clear nexus’) tot het gewapend conflict. Deze nauwe relatie tussen gewapend conflict en criminele handelwijze van de pleger, de nexus, onderscheidt oorlogsmisdrijven van ‘gewone’ commune misdrijven gepleegd tijdens – maar niet verband houdende met – een gewapend conflict.

1 Rechtbank ‘s-Gravenhage 26 juli 2007, LJN: BB0494; Gerechtshof ‘s-Gravenhage 17 december 2007, LJN: BC0287. Voor een bespreking zie L.J. van den Herik, ‘A Quest for Jurisdiction and an Appropriate Definition of Crime.

Mpambara before the Dutch Courts, *Journal of International Criminal Justice* 2009, p. 1117-1132 en E. van Sliedregt, ‘Rechtsgrenzen voor onbegrensde misdrijven – “Neerlands dualisme” bestendigd’, *DD* 2008, p. 653-669.

2 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 337, nr. 3, p. 25.

3 Hoge Raad, 21 oktober 2008, LJN: BD6568, *NJ* 2009, 108, m.nt. N. Keijzer.

Oorlogsmisdaden hoeven evenwel niet zo verweven te zijn met de oorlog dat wanneer identiek crimineel gedrag zich zou hebben voorgedaan in vredetijd, dergelijke strafbare feiten niet kunnen worden beschouwd als oorlogsmisdaden begaan ten tijde van de oorlog. De strafbaarheid van de oorlog overlapt een veel met vredetijd criminaliteit en veel van die handelingen die in aanmerking zouden komen als oorlogsmisdrijven (zoals moord en verkrachting) zouden vaak te kwalificeren zijn als binnenlandse strafbare feiten, indien begaan in vredetijd, zodat het feit dat bepaalde handelingen of gedragingen kunnen vallen in een categorie niet uitsluit dat ze ook zou vallen in de andere.

De Appeals Chamber van het ICTR heeft in de zaak Rutaganda de contouren van de ondergrens van de nexus als volgt geschetst:

'It is only necessary to explain two matters. First, the expression under the guise of the armed conflict' does not mean simply at the same time as an armed conflict' and/or 'in any circumstances created in part of the armed conflict'. For example, if a non-combatant takes advantage of the lessened effectiveness of the police in conditions of disorder created by an armed conflict to murder a neighbour he has hated for years, that would not, without more, constitute a war crime under Article 4 of the Statute.'

De functie van het nexus vereiste is derhalve in wezen tweeledig. In de eerste plaats dient het om oorlogsmisdaden te onderscheiden van de zuiver commune misdaden. In de tweede plaats, is de nexus-eis noodzakelijk om louter toevallige of geïsoleerde criminele voorvallen die geen oorlogsmisdaden vormen in het kader van de internationale wetten van oorlog uit te sluiten. Bedoelde willekeurige of geïsoleerde incidenten worden in beginsel gesanctioneerd door de nationale wetgeving.

Het hof ziet zich voor de vraag gesteld welke invulling moet worden gegeven aan de vereiste nauwe samenhang van de bewezenverklarde feiten met het gewapende conflict, met andere woorden: welke factoren kunnen bijdragen om de nexus vast te stellen? Het hof bij de beantwoording van die vraag aansluiting gezocht bij de uitspraken van de ad hoc tribunaal, die bij de invulling van dit vereiste als richtinggevend kunnen worden beschouwd.

(....)

Het hof verwijst voorts naar de uitspraak van de Trial Chamber in de zaak Kunarac, waar het gerecht overwoog, zakelijk weergegeven, dat de handelingen van de dader (in casu verkrachting en andere vormen van seksueel geweld) nauw verwant waren aan het gewapend conflict, ondanks het feit dat de desbetreffende misdrijven waren begaan over een langere periode, inclusief de tijd waarin er helemaal geen militaire activiteiten hebben plaatsgevonden in de regio waar de misdrijven waren gepleegd. De Trial Chamber komt vervolgens tot de volgende vaststelling:

'Not only were the many underlying crimes made possible by the armed conflict, but they were very much a part of it'.

Anderzijds is het niet voldoende indien alleen kan worden vastgesteld dat het onderhavige misdrijf plaatsvond terwijl een gewapend conflict aan de gang was, of dat dit misdrijf kon worden gepleegd door de omstandigheden gecreëerd door het gewapende conflict. Voorwaarde blijft dat het crimineel gedrag plaatsvond in het kader van het gewapend conflict en daarmee kan worden geassocieerd.

(...)

Tenslotte wijst het hof nog op het volgende. Zoals hiervoor reeds werd overwogen, is op het grondgebied van Rwanda in 1994 op honderduizenden Tutsi's genocide gepleegd. Er kan sprake zijn van een nauwe relatie tussen het gewapend conflict en de genocide. Onder omstandigheden is het derhalve heel wel mogelijk dat de criminele handelingen van de verdachte, als onderdeel van de genocide, zelfs indien dit misdrijf onder het voorwendsel van een gewapend conflict wordt gepleegd, zowel zijn te kwalificeren als genocide en als een oorlogsmisdrijf. Het een sluit het ander niet uit. Hierbij zal uiteraard dienen komen vast te staan dat de genocide gericht was tegen burgers die geassocieerd werden met de tegenovergestelde strijdende partij en dat het gewapende conflict tussen de strijdende partijen bescherming en rechtvaardiging voor de genocide vormde. Dit is ook in lijn met de eerder aangehaalde uitspraak in de zaak Kunarac en het aldaar geformuleerde criterium dat: 'if can be established (...) that the perpetrator acted in furtherance or under the guise of the armed conflict, it would be sufficient to conclude that his acts were closely related to the armed conflict.'

(...)

Op grond van al het hiervoor overwogene is het hof met het openbaar ministerie van oordeel dat kan worden vastgesteld dat de misdrijven, zoals bewezen verklaard, gepleegd konden worden door het ont- of bestaan van het zich destijds in Rwanda voordoende gewapende niet-internationaal conflict. Het conflict heeft, via medewerking van militairen, Interahamwe en burgerlijke autoriteiten, het uitdelen van wapens en het instellen van wegbarricades de door de verdachte met anderen gepleegde misdrijven aanzienlijk vergemakkelijkt.

Door het gewapend conflict en de gehanteerde propaganda konden de Tutsi slachtoffers eenvoudig vereenzelvigd worden met de vijand, te weten het RPF, werden geweldsplegers als de verdachte gemotiveerd om misdrijven tegen Tutsi's te plegen, konden zij hun gang gaan en kregen een vrijbrief de onderhavige misdrijven te plegen. Ook was het gewapend conflict van substantiële invloed op de beslissing van de verdachte en zijn mededaders om Tutsi's aan te vallen en op de mogelijkheid om dat te doen. Tevens werd het gewapend conflict gebruikt als voorwendsel of dekmantel voor de misdrijven tegen de Tutsi bevolkingsgroep.

Op grond van de vorenbedoelde feiten en omstandigheden is het hof van oordeel dat buiten redelijke twijfel is komen vast te staan dat de verdachte en zijn mededaders handelden ter bevordering van het gewapende conflict of onder het mom daarvan. Bijgevolg is eveneens voldoende komen vast te staan dat er sprake is van de vereiste nexus tussen het gewapende conflict en de aan de verdachte tenlastegelegde misdrijven. Niet alleen waren de afzonderlijk tenlastegelegde feitelijke handelingen mogelijk geworden door het gewapend conflict, ze waren ook onderdeel van dat conflict.

Noot

1 De Nederlandse rechter en de Joegoslavië- en Rwanda-tribunaal hebben 'concurrent jurisdiction'.⁴ Tot voor enkele jaren geleden diende deze jurisdictie/rechtsmacht vooral als basis voor strafrechtelijke samenwerking in het kader van de berechting van verdachten door de Tribunaal.⁵ Sinds de VN-Veiligheidsraad de Tribunaal heeft

4 Art. 28(1) en van het ICTR Statuut en artikel 29(1) van het ICTY Statuut: '1. The International Tribunal and national courts shall have concurrent jurisdiction to prosecute persons for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1 January 1991.'

5 Art. 28(2) van het ICTR Statuut en artikel 29(2) van het ICTY Statuut: 'States shall co-operate with the International Tribunal in the investigation and prosecution of persons accused of committing serious violations of international humanitarian law. 2. States shall comply without undue delay with any request for assistance or

an order issued by a Trial Chamber, including, but not limited to: (a) the identification and location of persons; (b) the taking of testimony and the production of evidence; (c) the service of documents; (d) the arrest or detention of persons; (e) the surrender or the transfer of the accused to the International Tribunal.'

opgedragen de werkzaamheden op korte termijn te beëindigen en een 'Completion Strategy' is aangenomen om dat te bespoedigen, worden staten verzocht om strafzaken van de Tribunalen over te nemen (op basis van een zogenaamde 'referral') dan wel zelf ter hand te nemen. De vervolging van Joseph M. komt voort uit een dergelijk verzoek.

In de eerste fase van de strafzaak tegen Joseph M. werd duidelijk dat met betrekking tot genocide de Nederlandse rechtsmachtregeling een lacune vertoont. De Uitvoeringswet Genocideverdrag (UVG) verleent de rechter slechts rechtsmacht voor zover het misdrijf is begaan door een Nederlander of tegen een Nederlander. Daar zal redelijkerwijs niet zo vaak sprake van zijn als het gaat om genocide gepleegd in Rwanda. Als gevolg van de beperkte rechtsmachtbepaling blijven zaken van Rwandese asielsezoekers die na de genocide hun toevlucht zochten in Nederland buiten bereik van het Landelijk Parket en het team internationale misdrijven van de Nationale Recherche. Ondertussen is aan de Tweede Kamer een wetsvoorstel aangeboden dat beoogt het rechtsmachtgat te dichten.⁶ Voorgesteld wordt om de universele rechtsmacht van artikel 2 van de WIM te laten terugwerken tot aan het moment van inwerkingtreding van de UVG, te weten 18 september 1966.⁷

2 De rechtspraak van internationale tribunalen is voor de interpretatie van internationale misdrijven richtinggevend. De Nederlandse rechter wordt bij de interpretatie van internationale misdrijven ertoe aangespoord een 'internationale houding' aan te nemen,⁸ hetgeen zoveel betekent als het oriënteren op het internationale toetsingskader en dit, indien gepast en mogelijk, toe te passen. Dit prangt des te meer wanneer de rechter recht spreekt op basis van 'concurrent jurisdiction' en zich een partner betoont in de 'common judicial enterprise' bij de afdoening van internationale misdrijven.⁹

Terwijl een zekere overlap bestaat tussen genocide, misdrijven tegen de mensheid en oorlogsmisdrijven, zijn er belangrijke verschillen in de delictomschrijving en de strekking van de delicten. Misdrijven tegen de mensheid worden gepleegd als onderdeel van een wijdverbreide en/of systematische aanval op een burgerbevolking. Oorlogsmisdrijven worden gepleegd tegen een burgerbevolking als onderdeel van een gewapend conflict. Bij genocide heeft de pleger het oogmerk een nationale, etnische, godsdienstige groep, dan wel een groep behorend tot een bepaald ras, uit te roeien. Een moord kan afhankelijk van de omstandigheden en het oogmerk van verdachte, een oorlogsmisdrijf, misdrijf tegen de mensheid dan wel genocide zijn. Strikt

genomen bestaat er geen hiërarchie van internationale misdrijven. Er gelden geen vaste strafmaxima. Echter in de praktijk staat genocide te boek als het meest ernstige misdrijf (the crime of crimes)¹⁰ en oorlogsmisdrijven als de minst ernstige.¹¹

3 Bepalend voor de kwalificatie van een feit als oorlogsmisdrijf is de relatie (nexus) met het gewapende conflict. In vroege rechtspraak bij het Joegoslaviëtribunaal was er sprake van een nexus als het misdrijf was gepleegd 'in the course of actual armed hostilities, that is, during and at the place of combat'.¹² In de latere *Kunarac*-zaak, een zaak waar militairen/strijders zich schuldig hadden gemaakt aan verkrachtingen waarbij zij misbruik maakten van hun positie en de gelegenheid die werd geboden door de militaire campagne (etnische zuivering) waaraan zij deelnamen, werd het nexus-criterium verruimd. De Kamer van Beroep oordeelde dat ook als de feiten in een ver temporeel en geografisch verband staan met de daadwerkelijke vijandelijkheden, er sprake kan zijn van een nexus. Voldoende werd geacht dat 'the alleged crimes were closely related to hostilities occurring in other parts of the territories controlled by the parties to the conflict'.¹³ Er is volgens de Kamer sprake van een nexus – en dus een oorlogsmisdrijf – indien de pleger handelde 'in the furtherance of or under the guise of the armed conflict'.¹⁴ Factoren die kunnen wijzen op een nexus zijn volgens de Kamer: het feit dat de pleger, in tegenstelling tot het slachtoffer, de status van strijder heeft, dat de misdrijven bijdragen aan het ultieme doel van een militaire campagne, dat het slachtoffer tot de tegenstander behoort en dat het misdrijf is gepleegd als onderdeel van of in de sfeer/context van de formele hoedanigheid van de pleger.¹⁵ Deze factoren vullen het nexus-criterium nader in, al blijft onduidelijk of het voldoen aan één van deze criteria voldoende is voor de vaststelling dat er sprake is van een nexus. Het criterium krijgt door deze nadere invulling een militaire focus waarmee het minder geschikt is voor toepassing op misdrijven gepleegd door civiele, niet-militaire personen.

4 In de literatuur wordt het *Kunarac*-criterium als (te) ruim gezien. Volgens Bianchi en Naqvi moet dit nexus-criterium vooral in de specifieke context van het gewapende conflict in voormalig Joegoslavië worden gezien en is terughoudendheid geboden bij toepassing van het criterium buiten die context.¹⁶ Een dergelijke toepassing leidt tot een onwenselijke verruiming van het begrip oorlogsmisdrijf en een overlap met andere misdrijven, bijvoorbeeld terroris-

6 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 475, nr. 1.

7 In de MvT gaat de Minister uitgebreid in op de daarmee gepaarde beperking van het legaliteitsbeginsel en de bezwaren die opgeworpen kunnen worden tegen het met terugwerkende kracht vestigen van rechtsmacht. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 475, nr. 3, p. 4-5.

8 *Kamerstukken II* 2002/03, 26 262, nr. 3, p.6.

9 L.J. van den Herik, 'A Quest for Jurisdiction and an Appropriate Definition of Crime. Mpambara before the Dutch courts', *Journal of International*

Criminal Justice 2009, p. 1129, onder verwijzing naar A. Slaughter, 'A typology of Transnational Communication', *The University of Richmond Law Review* 1994-1995, 122.

10 W.A. Schabas, *Genocide in International Law; The Crime of Crimes*, Cambridge: Cambridge University Press 2009.

11 B. Holá et al., 'Is ICTY Sentencing Predictable? An Empirical Analysis of ICTY Sentencing Practice', *Leiden Journal of International Law* 2009 p. 79-97; B. Holá et al., 'Punishment for Genocide –

Exploratory Analysis of ICTR Sentencing', *International Criminal Law Review* 2011, p. 745-773.

12 *Prosecutor v. Delalić et al.* (IT-96-21-T), Kamer van Beroep, 16 november 1998, r.o.193.

13 *Prosecutor v. Kunarac et al.* (IT-96-23 & IT-96-23-1-A), Kamer van Beroep, 12 juni 2002, r.o. 573.

14 *Kunarac*, Kamer van Beroep, *a.w.*, r.o. 58.

15 *Ibidem*, r.o. 59.

16 Y.Q. Naqvi & A. Bianchi, *International Humanitarian Law and Terrorism*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 31-32.

me. Inderdaad, op basis van het *Kunarac*-criterium kan de gijzeling in Moskou in 2002 worden gekwalificeerd als een oorlogsmisdrijf. Deze aanslag kan immers worden gerelateerd wordt aan het conflict in Tsjetsjenië.¹⁷

De Kamer van Beroep in de zaak *Rutaganda*, de eerste veroordeling voor oorlogsmisdrijven bij het Rwanda-tribunaal, is zich bewust van het ruime bereik van het *Kunarac*-criterium en benadrukt de militaire connotatie van de zaak. 'Under the guise of the armed conflict' betekent volgens de Kamer niet simpelweg 'at the same time as an armed conflict' of 'in any circumstances created in part by the armed conflict'.¹⁸ Een niet-strijder die van de oorlogssituatie en het wegvallen van effectief gezag profiteert door zijn buurman, jegens wie hij al langere tijd een diepe haat koestert, te doden, maakt zich volgens de *Rutaganda*-Kamer van Beroep niet schuldig aan een oorlogsmisdrijf.¹⁹

5 De *Kunarac*-zaak ligt aan de basis van Hofs kwalificatie van de feiten als oorlogsmisdrijven. Dat dit nexus-criterium is ontwikkeld en toegepast in een 'militaire context', is kennelijk geen reden het in de voorliggende zaak – Joseph M. was geen militair/strijder – buiten toepassing te laten. Onder verwijzing naar de *Vasiljević*-uitspraak van het Joegoslaviëtribunaal, en de *Akayesu*-uitspraak van het Rwandatribunaal nuanceert het Hof het belang van de militaire status van verdachten.²⁰ Een oorlogsmisdrijf kan volgens het Hof worden gepleegd door zowel strijders als niet-strijders.²¹ Deze nuancering overtuigt echter niet. *Vasiljević* had nauwe (persoonlijke) banden met Servische paramilitairen en trad op als hun informant²² terwijl in de *Akayesu*-zaak juist werd geoordeeld dat het plegen van oorlogsmisdrijven een 'special relationship with one party of the conflict' impliceert, zonder dit als harde eis te formuleren.²³

6 Met betrekking tot het voorwendsel ('under the guise of the armed conflict')-argument waar de *Rutaganda*-Kamer voor waarschuwt, bevat het arrest een interessante passage. Het Hof overweegt dat op het grondgebied van Rwanda in 1994 op honderdduizenden Tutsi's genocide is gepleegd. Het is daarmee mogelijk dat de ten laste gelegde misdrijven, als onderdeel van de genocide, zowel te kwalificeren zijn als genocide evenals oorlogsmisdrijven. Dit argument van samenloop wordt aangegrepen om de verwevenheid in Rwanda tussen het gewapend conflict en de genocide te onderstrepen. Het *Rutaganda*-argument dat pleit tegen het aannemen van een nexus en dient ter begrenzing van het begrip oorlogsmisdrijf, wordt zo omgedraaid en als aanknopingspunt gebruikt bij de bepaling of er sprake is van een nexus.

Op basis van een rapport van de Organization of African Unity, schriftelijke verslagen van deskundige Des Forges en de 'guilty plea' van voormalig interim-president Jean Kambanda, stelt het Hof vast dat het conflict tussen het regeringsleger FAR (in het Engels: RAF) en het rebellenleger RPF door de autoriteiten als voorwendsel werd misbruikt om Tutsi's te vermoorden. Via het bewapenen van de bevolking, het instellen van een burgerzelfverdedigingsprogramma en het ophitsen van jongerengroepen van politieke partijen – waaronder de MRND, de partij waar verdachte lid van was – werd een klimaat geschapen dat het plegen van misdrijven vergemakkelijkte. Dat in de prefectuur waar verdachte woonde geen gevechtshandelingen plaatsvonden doet daar volgens het Hof niet aan af. Verantwoordelijke burgerlijke autoriteiten in de regio waar verdachte woonde, waren volgens het Hof nauw betrokken bij trainingen van jongerengroepen als Interhamwe. Bovendien is het humanitair recht steeds van toepassing in het gehele gebied dat onder controle van partijen staat. Dit leidt tot het oordeel van het Hof dat de bewezenverklarde misdrijven voldoende gerelateerd zijn aan vijandelijkheden in andere delen van Rwanda. Er is sprake van een nexus en de feiten zijn daarmee te kwalificeren als oorlogsmisdrijven.

7 De rechtbank kwam eerder tot een geheel ander oordeel. Joseph M. wordt op 23 maart 2009 door de Haagse rechtbank vrijgesproken van oorlogsmisdrijven en veroordeeld tot 20 jaar gevangenisstraf wegens foltering. Om te beginnen concludeert de rechtbank dat de aanklager bij het Rwandatribunaal slechts in beperkte mate verdachten heeft aangeklaagd voor het plegen van oorlogsmisdrijven. Volgens de rechtbank zijn de gebeurtenissen in Rwanda eerst en vooral als genocide te kenschetsen en is artikel 4 van het Statuut van het Rwandatribunaal, dat ziet op oorlogsmisdrijven, een vangnetbepaling.²⁴

De rechtbank stelt voorts vast dat de rechtspraak van de Rwanda- en Joegoslaviëtribunalen geen toetsingskader biedt op basis waarvan kan worden bepaald of aan het nexus-vereiste is voldaan. De rechtbank wijt dit aan 'de casuïstische benadering'²⁵ waarin de nexus-vraag wordt beantwoord en aan het feit dat er geen abstracte ondergrens wordt getrokken waarboven in een concreet geval sprake is van een nexus. Ervan uitgaand dat casuïstiek wel degelijk generaliserend en casuoverstijgend kan zijn,²⁶ lees ik deze overweging als een constatering dat de Tribunalen onvoldoende inzichtelijk maken welke feiten en omstandigheden, in welke mate, dragend zijn voor de bepaling of aan het nexus-vereiste is voldaan. Op basis van een uitgebreide analyse van internationale strafrecht-spraak concludeert de rechtbank ten slotte dat in alle

17 Aldus Van den Herik bij de presentatie van het boek van Naqvi en Bianchi (zie voetnoot 16) op het T.M.C. Asser Instituut d.d. 27 september 2011.

18 *Prosecutor v. Rutaganda* (ICTR-96-3-A) Kamer van Beroep, 26 mei 2003, r.o. 570.

19 Ibidem.

20 LJN: BR0686, p. 55.

21 Ibidem.

22 *Prosecutor v. Vasiljević* (IT-98-32-T), Kamer van Beroep, 29 november 2002, r.o. 72-95.

23 *Prosecutor v. Akayesu* (ICTR-96-4-A) Kamer van Beroep, 1 juni 2001, r.o. 444.

24 Rechtbank 's-Gravenhage, 23 maart 2009, LJN: BI2444, hoofdstuk 15, r.o. 32.

25 Ibidem, r.o. 47.

26 Zie K.van Willigenburg, 'Casuïstiek en scherpe

normen in het materiële strafrecht', *DD* 2011, afl. 4/27, p. 365-387. Zie ook (over casuïstiek in het internationale strafrecht) M. Cupido, 'The Policy Underlying Crimes Against Humanity: Practical Reflections On A Theoretical Debate', *Criminal Law Forum* (2011), p. 275-309.

zaken waarin het Rwandatribunaal een nexus heeft aangenomen de verdachte of een (hoge) militair was, of een hoge positie inname in een politieke beweging die sterk verbonden was met het leger en/of het overheidsbestuur.²⁷

De rechtbank wijst op de vermaning van de Kamer van Beroep in de *Rutaganda*-zaak dat ten aanzien van niet-strijders niet te snel een nexus moet worden aangenomen. Meer in het algemeen, pleit de rechtbank voor behoedzaamheid bij toepassing van de rechtspraak van de tribunaal en de criteria die daaruit voortvloeien. Met betrekking tot de *Kunarac*-uitpraak, wordt geoordeeld dat deze niet zomaar kunnen worden getransponeerd op voorliggende zaak nu verdachte geen militaire positie, noch een (hoge) politieke positie bekleedde.

8 Aan de hand van de strekking van oorlogsmisdrijven, gaat de rechtbank in op het onderscheid tussen oorlogsmisdrijven en genocide. Strafbaarstelling van oorlogsmisdrijven dient een specifiek belang; het bieden van bescherming aan non-combatanten/strijders die ten tijde van een oorlog slachtoffer dreigen te worden van misdrijven die in nauwe relatie tot die oorlog worden gepleegd.²⁸ Deze benadering contrasteert met de samenloop waar het Hof op wijst. Toetsend aan de feiten constateert de rechtbank uiteindelijk dat in de prefectuur waar verdachte woonde, in de tenlastegelegde periode, geen gevechtshandelingen plaatsvonden tussen FAR en RPF, dat verdachte geen militaire functie bekleedde noch een speciale band met de FAR onderhield en dat hij geen invloed had op het verloop van gevechtshandelingen.²⁹

De rechtbank gaat tot slot in op de meer abstracte vraag of aan het nexus-vereiste is voldaan nu kan worden gezegd dat het gewapende conflict als dekmantel is gebruikt voor het plegen van misdrijven/genocide tegen de Tutsi-bevolking. De mogelijkheid dat de gewapende strijd het Rwandese regime een voorwendsel gaf voor etnisch geweld tegen de Tutsi's wordt onderkend. Daarmee is volgens de rechtbank echter niet gezegd dat er sprake is van nauwe samenhang zoals dat wordt vereist in de internationale strafrechtspraak.

Weergave van enkele passages. Rechtbank 's-Gravenhage, 23 maart 2009, LJN: BI2444, hoofdstuk 15

64. De rechtbank stelt aldus vast dat de samenhang tussen de door verdachte gepleegde misdrijven en het gewapend conflict uitsluitend heeft bestaan in de vereenzelving van alle Tutsi's met het RPF. Voor het Hutu-regime was deze vereenzelving een belangrijk voorwendsel om de genocide te rechtvaardigen en de bevolking aan te sporen de Tutsi's uit te moorden. Deze propaganda verschaftte verdachte een vrijbrief zijn misdrijven te plegen. In dit opzicht verschilt hij niet van zijn talloze Hutu-landgenoten die zich in de periode van april 1994 t/m juli 1994 eveneens aan soortgelijke misdrijven landgenoten die zich in de periode van april 1994 t/m juli 1994 eveneens aan soortgelijke misdrijven tegen (vluchtende) Tutsi's hebben schuldig gemaakt.

Indien alleen deze vereenzelving voldoende zou zijn om een nexus aan te nemen, zou dit dan ook tot gevolg hebben dat vrijwel alle tegen de Tutsi's begane misdrijven in de periode april 1994 t/m juli 1994 - en in de visie van het Openbaar Ministerie noodzakelijkerwijs ook soortgelijke misdrijven in de periode vanaf 1 oktober 1990, het begin van de burgeroorlog - als oorlogsmisdrijf moeten worden aangemerkt.

65. De rechtbank wijst deze interpretatie van het nexus-vereiste af. Zij brengt in herinnering hetgeen zij hierboven voorop heeft gesteld, namelijk dat de strafbaarstelling van oorlogsmisdrijven beoogt burgers bescherming te bieden tegen de gevolgen van een oorlog tussen strijdende legermachten die in staat zijn de verplichtingen van het humanitair oorlogsrecht na te komen. Zij onderkent dat de uitleg die in de rechtspraak van de internationale tribunaal aan deze strafbaarstelling is gegeven, het bereik daarvan ontegenzeggelijk heeft uitgebreid, echter zonder het daarmee beoogde beschermde belang uit het oog te verliezen. De rechtbank overweegt voorts dat deze rechtspraak, meer in het bijzonder die van het Rwanda-tribunaal, gevormd is in zaken tegen verdachten die een andere status hadden dan de verdachte die thans terecht staat en dat het Rwanda-tribunaal oproept tot terughoudendheid ten aanzien van non-combatanten, zoals verdachte. Naar haar oordeel maakt de enkele omstandigheid dat de gewapende strijd tegen het RPF het regime een voorwendsel gaf voor etnisch geweld en verdachte een motief en een vrijbrief voor zijn misdrijven, die misdrijven echter niet tot oorlogsmisdrijven. Daarvoor staan zij in een te verwijderd verband tot de gewapende strijd die de RAF en het RPF op datzelfde moment met elkaar voerden; met andere woorden de vereiste nauwe samenhang (de nexus) ontbreekt.

66. De rechtbank spreekt verdachte daarom vrij van het hem op dagvaarding 09/750009-06 onder de feiten 1 en 3 primair tenlastegelegde.

9 Het oordeel van de rechtbank ten aanzien van de 'non-kwalificatie' van de feiten als oorlogsmisdrijven verdient bijval. Allereerst vanwege de behoedzaamheid waarmee het internationale nexus-criterium wordt behandeld. De rechtbank wijst op de casuïstische benadering van de internationale Tribunaal en de specifieke context waarbinnen het nexus-criterium is ontwikkeld. Het internationale toetsingskader kan niet zomaar worden toegepast op de onderhavige zaak. Deze vaststelling kan mijns inziens worden aangescherpt door te wijzen op het feit dat het nexus-vereiste in de eerste plaats is ontwikkeld ter onderscheid van commune misdrijven en 'random occurrences of violence', daarmee duidelijk makend wat een oorlogsmisdrijf *niet* is. In onderhavige zaak verwordt het tot een positief kenmerk van oorlogsmisdrijven. De rechtbank kiest er terecht voor om aan te knopen bij de *strekking* van oorlogsmisdrijven en het belang dat strafbaarstelling daarvan beoogt te beschermen. Daarmee wordt niet alleen het onderscheid met commune misdrijven duidelijk, maar ook met andere internationale misdrijven, waaronder genocide. In tegenstelling tot het Hof benadrukt de rechtbank het verschil tussen oorlogsmisdrijven en genocide en markeert het de eigenheid van deze misdrijven. Deze benadering, die in de pas loopt met internationale strafrechtspraak,³⁰ contrasteert met de samenloopbenadering van het Hof.

27 Rechtbank 's-Gravenhage, 23 maart 2009, LJN: BI2444, hoofdstuk 15, r.o. 50.

28 Ibidem, r.o. 52.

29 Ibidem, r.o. 54.

30 Bijvoorbeeld met de 'cumulative conviction'-benadering waaruit deze eigenheid kan worden afgeleid. Zie Mettraux onder verwijzing naar de Krstić en Delalić et al., G. Mettraux, *International*

Crimes and the Ad Hoc Tribunals, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 315-319 en 328.

10 De kwalificatie door het Hof van genocidale handelingen als oorlogsmisdrijven komt over als een kunstgreep, een noodsprong. Bij gebrek aan rechtsmacht over genocide wordt vervolgd voor oorlogsmisdrijven. Tegelijkertijd schemert de genocide-aanklacht door het label van oorlogsmisdrijven heen. Zo wordt in het arrest gewezen op het 'genocidale beleid'³¹ van de overheid, en wordt bewezen verklaard dat verdachte heeft gehandeld in een 'bewust uitgevoerd, genocidaal patroon'.³² Ook in de straf, levenslange gevangenisstraf, klinkt de genocide-aanklacht door.

De onontkoombare vraag is dan, is dit erg? Is deze manier van kwalificeren, van 'labelen', problematisch en zo ja, voor wie? Is het geen goede zaak dat verdachte wordt veroordeeld en daarmee verantwoording draagt voor hetgeen hij zijn slachtoffers heeft aangedaan? En is het oordeel van de rechtbank dat Joseph M. zich schuldig heeft gemaakt aan foltering, meermalen met de dood tot gevolg, niet evenzeer gekunsteld?

11 Het arrest van het Hof is problematisch vanuit het perspectief van 'fair labelling'. Het beginsel van 'fair labelling' eist dat 'widely held distinctions between kinds of offences are subdivided and labelled so as to represent fairly the nature and magnitude of the law-breaking'.³³ 'Fair labelling' richt zich tot de wetgever en de rechter en dient de belangen van de veroordeelde, de samenleving, het slachtoffer en 'agencies' die binnen en buiten het strafrechtssysteem werkzaam zijn.³⁴ 'Fair labelling' maakt een opmars in het internationale strafrecht. Het belang van dit beginsel vloeit voort uit 'the truth-telling role' van het internationale strafproces.³⁵ Waarheidsvinding in het internationale strafrecht overstijgt het belang van de individuele strafzaak en dient een groter doel van geschiedschrijving, transitie en educatie.³⁶ 'Fair labelling' is daarbij van groot belang. In de woorden van Nesserian,

The fair labelling principle aims to ensure that the label describing criminal conduct accurately reflects its wrongfulness and severity... labels tell the story of the offender's criminality... A proper label reflects both the *essence* and the *totality* of the criminal conduct.³⁷

Zowel de rechtbank als het Hof besteden veel aandacht aan de historische context van de gebeurtenissen in

Rwanda van 1994.³⁸ Dit is van belang voor ondermeer de kwalificatie van de misdrijven. De rechtbank gaat in op hoe de oorlog als dekmantel werd gebruikt voor de genocide en noemt dit een 'mystificatie van de werkelijkheid'.³⁹ De kwalificatie van de misdrijven als oorlogsmisdrijven voedt deze mystificatie. Vanuit een functie van 'truth-telling', een rol die ook de rechtbank en het Hof als 'onderaannemers' van het Rwandatribunaal hebben te vervullen, geeft dit een verkeerd signaal af.

12 Tot slot is 'fair labelling' van belang in de strafoplegging; het beperkt de straftoemingsvrijheid. Dit geldt des te meer in de internationale context, waar delictsoverschrijvingen ruim en overlappend zijn en geen strafmaxima zijn vastgesteld. Kwalificatie biedt vanwege de impliciete hiërarchie van internationale misdrijven de enige houvast.

In dit verband kan niet ongenoemd blijven de straf die het Hof aan Joseph M. oplegt: levenslange gevangenisstraf.⁴⁰ Deze straf staat niet in verhouding tot de straf die aan Obed Ruzindana, de broer van verdachte, werd opgelegd. Ruzindana, nota bene een van de leiders van de Interhamwe, werd door het Rwandatribunaal veroordeeld tot 25 jaar gevangenisstraf. Het Hof houdt nadrukkelijk geen rekening met internationale straftoemeting, en met de plaats van oorlogsmisdrijven in de hiërarchie van internationale misdrijven. Het ziet daarvoor onvoldoende aanknopingspunten in de internationale strafrechtspraktijk.⁴¹ De rechtbank heeft daarentegen bij het bepalen van de straf (20 jaar gevangenisstraf) wel rekening gehouden met de straftoemeting bij het Rwandatribunaal.⁴²

Een al overziend kan gezegd worden dat vanuit een perspectief van 'fair labelling' het arrest van het Hof problematisch is. De kwalificatie 'oorlogsmisdrijven' doet geen recht aan de realiteit van Rwanda in 1994 en de opgelegde straf doet vermoeden dat het Hof het verkeerde label heeft gebruikt. Het is om deze reden dat het oordeel van de rechtbank valt te prefereren boven dat van het Hof. De kwalificatie van foltering is in zekere zin ook een kunstgreep, maar geen misleidende. Als deelnemers aan een 'common judicial dialogue', rechtsprekend op basis van 'concurrent jurisdiction', kwijt de rechtbank zich beter van deze taak dan het Hof. ■

31 LJN: BR0686, p. 59.

32 Ibidem, p. 71.

33 A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 78. De term gaat terug naar een discussie over gradaties van *mens rea*: A. Ashworth, 'The Elasticity of Mens Rea', in: C. Tapper (red.), *Crime, Proof and Punishment: Essays in memory of Sir Rupert Cross*, London: Butterworth 1981, p. 45, 53.

34 J. Chalmers & F. Leverick, 'Fair Labelling in Criminal Law', *Modern Law Review* 2008, p. 217-246.

35 D. Guilfoyle, 'Responsibility for Collective Atroci-

ties: Fair labelling and Approaches to Commission in International Criminal Law, *Current Legal Problems* 2011, p. 6 (doi:10.1093/clp/cu006).

36 M.J. Osiel, 'Ever again: Legal remembrance of administrative massacre', *University of Pennsylvania Law Review*, 1995-1996, p. 470-478.

37 D. Nesserian, 'Comparative Approaches to Punishing hate: The Intersection of Genocide and Crimes Against Humanity', *Stanford Journal of International Law* 2007, p. 255-256, geciteerd door Guilfoyle, a.w. 34.

38 Over de rol van geschiedschrijving in het inter-

nationale strafrecht, R.A. Wilson, *Writing History in International Criminal Trials*, Cambridge: Cambridge University Press 2011.

39 LJN: BI2444, hoofdstuk 3, r.o. 35.

40 LJN: BR0686, p. 70.

41 Ibidem.

42 En heeft bovendien oog voor de huidige wijze van tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf en ziet daarin een reden geen levenslang op te leggen, zie BI2444, hoofdstuk 19).