**Position paper[[1]](#footnote-1)**

Vervolging en berechting MH17

Commissie BUZA, Tweede Kamer

22 januari 2016

Prof. dr. Mr. Göran SLUITER

Hoogleraar internationaal strafrecht (Universiteit van Amsterdam)

Advocaat (Prakken d’Oliveira Human Rights Lawyers)

1. Nederland staat voor de belangrijke vraag hoe de vervolging en berechting van MH17 vorm te geven. Het is voor beantwoording van deze vraag van belang om eerst vast te stellen wat de kernwaarden zouden moeten zijn waaraan vervolging en berechting van MH17 zouden moeten beantwoorden, voordat het mogelijk is de verschillende opties zinvol te vergelijken.
2. Ik kom tot vaststelling van een aantal belangrijke elementen waaraan de vervolging en berechting van MH17 zou moeten voldoen. Ik geef die kernwaarden kort weer en zal vervolgens bezien hoe de verschillende berechtingsopties scoren op elk van die punten. Tot slot geef ik, dit alles in acht genomen, mijn standpunt. Ook verstrek ik aanbevelingen over de stappen die thans genomen zouden kunnen worden.
3. Het spreekt –hopelijk- voor zich dat in het mij beschikbare korte tijdsbestek ik slechts op hoofdlijnen en zeker niet uitputtend mijn analyse geef. Op een aantal punten is verdieping en verder onderzoek zeker aangewezen. Indien gewenst ben ik bereid daaraan een bijdrage te leveren.
4. **KERNWAARDEN**

De volgende essentiële aspecten zouden bij vormgeving van vervolging en berechting van MH17 voorop moeten staan.

* 1. *Voldoende mate van rechtsmacht*

Dit gaat er vooral over dat de berechtende instantie beschikt over het juiste arsenaal aan strafbare feiten en deelnemingsvarianten. Het lijkt mij raadzaam, en dat zou ook recht doen aan samenleving en slachtoffers, dat alle mogelijke en op MH17 toegespitste strafbare feiten beschikbaar zijn, dus van oorlogsmisdrijven tot aan dood door schuld. Dit is des te meer van belang omdat het uiteindelijk in een te voeren strafzaak nooit zeker kan zijn of de zwaarste strafrechtelijke variant, oorlogsmisdrijven, dat uitgaat van opzet bij de verdachte, uiteindelijk bewezen kan worden. Het spreekt ook voor zich dat het rechtsmachtsbeeld van de uiteindelijke berechtingsvariant compleet moet zijn. Dit kan betekenen dat bij een keuze voor een bepaalde variant –bijvoorbeeld Nederland- er nog aanvullende maatregelen moeten worden getroffen om de rechtsmacht van Nederland volledig te maken en recht te laten doen aan elk mogelijk denkbaar strafbaar feit; hierover later een concreet voorstel.

* 1. *Sterke rechtspositie slachtoffers*

Het lijdt denk ik geen twijfel dat in de te voeren strafrechtelijke procedure nabestaanden van slachtoffers ruime (participatie)rechten zouden moeten hebben. In het bijzonder valt te denken aan het spreekrecht en het vorderen van schadevergoeding. Ook de mogelijkheid van het leveren van bewijs voor (georganiseerde) nabestaanden van slachtoffers is wenselijk. Tot slot lijkt mij het wenselijk dat direct belanghebbenden, dus slachtsoffers, vervolgingsbeslissingen, in het bijzonder het uitblijven van vervolging, door de rechter kunnen laten toetsen.

* 1. *Positie van de verdachte en de verdediging*

Het recht op een eerlijk proces van de verdachte moet boven elke twijfel gegarandeerd kunnen worden. Dat is te meer aan de orde nu in geval van een mogelijke Russische verdachte de rechtsgang uiterst kritisch gevolgd zal worden door Rusland.

* 1. *Voldoende mate van samenwerking*

Efficiënte en eerlijke rechtspleging is alleen mogelijk indien derde landen, in het bijzonder Rusland, bereid zijn in voldoende mate met de berechtende instantie samen te werken.

* 1. *Mogelijkheid van berechting van verstek*

Er is echter een meer dan reële mogelijkheid dat bovenvermelde samenwerking in de praktijk niet voldoende functioneert, met name dat geen uitlevering (of overlevering) plaats vindt van mogelijke –Russische- verdachten. In dat geval kan het belangrijk zijn dat de berechtende instantie de mogelijkheid van verstekprocedures biedt.

* 1. *Efficiëntie, gezag en kosten*

De gewenste wijze van berechting zal voldoende efficiënt moeten zijn, want *justice delayed is justice denied*. Ook zal de rechtsgang -internationaal gezien- voldoende gezag moeten hebben. Daarnaast is het nodig af te vragen wat de te verwachten kosten zijn van de gewenste wijze van berechting en of kostenoverwegingen voor de uiteindelijke keuze een relevante factor mogen zijn.

1. **TOEPASSING**

Ik ga bovenstaand kader toepassen op wat ik thans zie als de drie belangrijkste en meest reële opties van vervolging en berechting. Deze zijn: ICC, nieuw op te richten internationaal MH17 Tribunaal, en nationale berechting.

Bij nationale berechting richt ik me voornamelijk op Nederland. Dat doe ik omdat a. ik geen/onvoldoende kennis heb van de rechtsstelsels van andere relevante landen, namelijk Oekraïne en Maleisië, b. Nederland om meerdere redenen van deze drie landen de beste papieren lijkt te hebben voor berechting. In geval van Maleisië kunnen er zorgen zijn over de bescherming van mensenrechten; het opleggen van de doodstraf is in dat land een reële optie en zelfs verplicht bij ernstige misdrijven. Wat betreft Oekraïne rijst de vraag of de rechtspleging van dat land ten aanzien van een Russische verdachte voldoende onpartijdig zal kunnen zijn. In dit verband is van belang dat Oekraïne op 8 september 2015 de rechtsmacht van het ICC heeft aanvaard over misdrijven tegen de menselijkheid gepleegd door Russen op Oekraïens grondgebied en het ICC in wezen oproept deze misdrijven te vervolgen.[[2]](#footnote-2) Uit deze rechtsmachtaanvaarding zou je niet alleen kunnen afleiden dat Oekraïne zichzelf kennelijk onvoldoende in staat acht misdrijven gepleegd door de Russen te vervolgen –en daarom dus bij het ICC aanklopt-, maar het zal ook het wantrouwen ten aanzien van de onpartijdigheid van de Oekraïense rechtspleging versterken. Het lijkt moeilijk voorstelbaar dat een Russische verdachte in een Oekraïense strafzaak daadwerkelijk een volledig eerlijk proces zal kunnen krijgen.

1. Als het gaat om de toetsing van een mogelijk nieuw op te richten internationaal straftribunaal dan kan ik dat uiteraard niet concreet beoordelen, omdat een dergelijke instantie er niet is. Ik heb wel het ontwerpstatuut voor het door Nederland –en andere landen- bij de VN Veiligheidsraad voorgestelde MH17-tribunaal bestudeerd; dit is kennelijk het tribunaal wat Nederland –en andere landen- voor ogen hebben.[[3]](#footnote-3) Een dergelijk tribunaal zal in ieder geval niet door de VN Veiligheidsraad kunnen worden opgericht vanwege een Russisch veto. Ik zal het MH17-ontwerpstatuut hieronder regelmatig als voorbeeld gebruiken voor hoe een nieuw op te richten MH17-tribunaal er uit zou kunnen zien.
2. **AD A: VOLDOENDE RECHTSMACHT**

Uit het ontwerp Statuut voor MH 17 blijkt al dat de betrokken landen wensen dat er rechtsmacht is over meerdere strafbare feiten.[[4]](#footnote-4) Deze kunnen we indelen als volgt: a. De meest ernstige internationale misdrijven, ook wel kernmisdrijven (core crimes) genoemd; dergelijke misdrijven staan in de statuten van bijvoorbeeld het ICC en het ICTY; in het geval van MH17 gaat het om oorlogsmisdrijven (er is onvoldoende aanleiding te veronderstellen dat er sprake zou kunnen zijn van misdrijven tegen de menselijkheid); b. Verdragsmisdrijven; dit zijn misdrijven die in een verdrag strafbaar zijn gesteld, dus ook internationaal van aard zijn, maar minder ernstig worden geacht dan de kernmisdrijven; met betrekking tot MH-17 gaat het primair om de misdrijven tegen de burgerluchtvaart, strafbaar gesteld in het Verdrag van Montreal;[[5]](#footnote-5) c. Commune misdrijven, de ‘gewone’ misdrijven die we in elk nationaal wetboek van strafrecht aantreffen. In het MH17-ontwerpstatuut staat een aantal commune misdrijven uit het Oekraïense wetboek van strafrecht, waaronder de lichtste variant, dood door schuld.

1. Een nieuw op te richten internationaal tribunaal, zoals blijkt uit het MH17-ontwerpstatuut, biedt alle flexibiliteit om alle relevante strafbare feiten op te nemen. Ook in geval van nationale berechting is er meestal een veelvoud van misdrijven waarvan –afhankelijk van de resultaten van het onderzoek- de passende strafbare feiten ten laste kunnen worden gelegd. Alle misdrijven die nu in het MH17-ontwerpstatuut staan zijn ook aanwezig in het Nederlandse strafrecht.
2. Het ICC is daarentegen ongeschikter als berechtingsvariant, omdat het zich –in geval van vervolging van MH 17-verdachten- alleen over oorlogsmisdrijven mag uitspreken en dus niet rechtsmacht heeft over bijvoorbeeld doodslag, aanslag op de burgerluchtvaart, of dood door schuld.
3. Als we vanuit puur strafrechtelijk oogpunt een keuze zouden moeten maken tussen het MH-17 ontwerpstatuut en Nederlandse berechting, dan valt de laatste te prefereren. De definitie en invulling van strafbare feiten en vormen van aansprakelijkheid zijn in Nederland helder en eenduidig. Het MH 17-ontwerpstatuut roept een aantal onduidelijkheden en juridische moeilijkheden op, omdat bijvoorbeeld het materiële strafrecht van Maleisië, Oekraïne en het materiele internationale strafrecht door elkaar worden gebruikt. Dat wekt verwarring.
4. **AD B: POSITIE SLACHTOFFERS**

De positie van slachtoffers in het strafrecht is sterk in ontwikkeling, zowel op nationaal niveau als bij internationale straftribunalen. Er zal bij een ieder de wens zijn dat MH17 slachtoffers een sterke positie krijgen in de te volgen strafprocedure. De nabestaanden hebben daar ook recht op, lijkt me.

1. In geval van vervolging in Nederland zal dat gewaarborgd zijn, zeker als de wet over het verruimde spreekrecht nog wordt ingevoerd voordat een eventueel strafproces in Nederland zou beginnen.[[6]](#footnote-6) Daarnaast is er in Nederland in het strafproces de mogelijkheid tot het indienen van een vordering benadeelde partij, toegang tot het dossier en mogelijkheid tot leveren van bewijs. Art. 12 Sv biedt tot slot voor slachtoffers –en andere directe belanghebbenden- de mogelijkheid het uitblijven van vervolging door de rechter te laten toetsen.
2. Ook bij het ICC hebben slachtoffers op basis van art. 68 van het Statuut en jurisprudentie een sterke rol in de procedure. Art. 75 van het ICC-Statuut biedt de grondslag voor het ontvangen van schadevergoeding. Het recht van het ICC kent echter geen procedure vergelijkbaar aan onze art. 12 Sv.
3. Bij een nieuw op te richten tribunaal is er alle mogelijkheid recht te doen aan de positie van slachtoffers en hen een sterke rol te geven in het strafproces. Het wekt in dit verband verbazing dat in het ontwerpstatuut van het MH17-tribunaal slachtoffers alleen hun opvattingen mogen geven in de fase van het strafproces over straftoemeting;[[7]](#footnote-7) ook is er de mogelijkheid voor het voorgestelde MH17-tribunaal om schadevergoeding te gelasten, maar het is daartoe niet verplicht.[[8]](#footnote-8) In die zin is het dus onvergelijkbaar met onze voeging benadeelde partij.
4. Het ontwerpstatuut biedt net als het ICC Statuut niet de mogelijkheid tot beklag tegen de vervolgende autoriteit in geval van uitblijven van vervolging (de art. 12 Sv-procedure).
5. Het ontbreken van een art. 12 Sv-procedure op internationaal niveau is wellicht vanuit het perspectief van internationale straftribunalen te begrijpen; het zou de internationale strafrechtspleging sterk kunnen belasten. Toch is een dergelijke beklagmogelijkheid voor slachtoffers van belang, ook uit mensenrechtelijk oogpunt. Immers, het EHRM heeft erkend dat het in strijd kan zijn met het recht op leven, art. 2 EVRM, indien strafrechtelijk onderzoek uitblijft.[[9]](#footnote-9)
6. Ik denk dat het voor nabestaanden belangrijk is dat zij in voorkomende gevallen beslissingen van het openbaar ministerie om niet te vervolgen kunnen voorleggen aan de rechter. Dat zal de legitimiteit en het gezag van de procedure versterken.
7. Al met al is het slachtoffer om meerdere redenen aanzienlijk beter af in een Nederlandse strafprocedure. Het correctiemechanisme van art. 12 Sv is alleen in de Nederlandse context beschikbaar, de participatierechten voor slachtoffers zijn in redelijk ruime mate aanwezig gedurende de gehele procedure en slachtoffers hebben het recht om een civiele schadevergoedingsvordering in de strafrechtelijke procedure in te dienen tegen de verdachte – en de rechter moet daarop beslissen.
8. **AD C: RECHTEN VERDACHTE/POSITIE VERDEDIGING**

Indachtig het grote leed dat vele mensen is aangedaan is het wellicht niet populair om het bij vervolging van MH17-verdachten te hebben over de rechten van de verdachte en de positie van de verdediging. Toch is dat absoluut noodzakelijk.

1. De rechten van verdachten en de positie van de verdediging zijn op zich in goede handen bij alle drie opties van vervolging en berechting: ICC, nieuw op te richten MH17-tribunaal, Nederland. Wat betreft mogelijke berechting in andere landen, dus Oekraïne en Maleisië rijst wel de vraag hoe het in die stelsels thans gesteld is met het recht op een eerlijk proces. Zoals al is gememoreerd, in geval van Oekraïne kunnen er zorgen zijn over onpartijdige en onafhankelijke rechtspleging in geval van Russische verdachten; bij Maleisië lijkt de doodstraf een onoverkomelijke mensenrechtelijke barrière.
2. Vergelijkenderwijs zou men kunnen beweren dat op onderdelen de positie van de verdachte en de verdediging beter is bij internationale tribunalen. Bij die tribunalen is er de (financiële) mogelijkheid voor het vormen van *defence teams* bestaande uit meerdere personen en ook ruime mogelijkheid tot het doen van zelfstandig onderzoek door de verdediging; dat gaat verder dan in Nederland tot dusver het geval is geweest bij de berechting van internationale misdrijven. Daarnaast lijkt het horen van belastende getuigen, het ondervragingsrecht, beter gewaarborgd bij internationale straftribunalen omdat getuigen daar in de praktijk nagenoeg allemaal ter zitting worden gehoord.
3. Op een ander oordeel scoort Nederland weer beter. Na uitputting van de rechtsgang in Nederland hebben veroordeelde verdachten de mogelijkheid te klagen over vermeende mensenrechtenschendingen bij internationale mensenrechtenorganen- en hoven; ik denk dan vooral aan het EHRM. Zeker in de relatie met Rusland kan dat een aanzienlijk voordeel zijn. Rusland is namelijk zelf partij bij het EVRM. Indien er van Russische kant sprake zou zijn van mensenrechtelijke zorgen over de kwaliteit van de Nederlandse rechtsgang dan kan in reactie daarop -met gezag- het volgende worden beweerd: a. Een Russische verdachte kan in geval van mensenrechtelijke bezwaren over de Nederlandse rechtsgang uiteindelijk altijd terecht bij het EHRM, en b. Rusland kan zich ook zelf bedienen van het statenklachtrecht onder het EVRM, indien het zou vinden dat de procedure in Nederland vanuit mensenrechtelijk perspectief tekort zou schieten.[[10]](#footnote-10)
4. Noch het ICC noch een nieuw op te richten MH17-tribunaal zal aan mensenrechtelijk toezicht onderworpen zijn in geval van berechting van –Russische- verdachten. In algemene zin is er al reden om ook bij internationale straftribunalen te pleiten voor een vorm van externe mensenrechtelijke toetsing, maar de mogelijkheid daartoe kan van nog meer waarde zijn indien men op voorhand al zou kunnen verwachten dat Rusland geen mogelijkheid onbenut zal laten om vervolging en berechting van Russen als oneerlijk te bestempelen.
5. **AD D: VOLDOENDE SAMENWERKING**

Indien verdachten en bewijs zich in het buitenland bevinden is strafrechtelijke samenwerking essentieel voor het welslagen van elke strafrechtelijke vervolging. Vanuit juridisch perspectief is hierover veel te zeggen. Maar er zal ook het besef zijn, uiteraard, dat de rol van het recht –helaas- vaak beperkt is. Bijvoorbeeld, ICC-verdachte Bashir, president van Soedan, is nog altijd niet aangehouden ondanks verplichtingen daartoe. Ik beperk mij tot het juridische kader.

1. Alleen in geval van oprichting van een nieuw MH17-Tribunaal door de VN Veiligheidsraad zal het mogelijk zijn om nagenoeg alle staten in de wereld een samenwerkingsverplichting op te leggen (zoals bij het ICTY), op de voet van art. 25 van het VN Handvest. Vanwege het Russische veto is die mogelijkheid afgesloten.
2. Het ICC beperkt zich qua samenwerkingsverplichtingen tot partij-staten; Rusland hoort daar niet bij. Ook het ICC zal dus niet de benodigde samenwerking vanuit Rusland kunnen genereren, mocht MH17-vervolging bij het ICC plaats vinden.
3. Een nieuw op te richten MH-17 tribunaal door middel van een verdrag kan alleen de verdragsluitende staten tot samenwerking verplichtingen. Bij die landen zal Rusland –essentieel voor samenwerking- niet horen.
4. In geval van strafrechtelijke vervolging door Nederland kunnen voor de benodigde samenwerking de vervolgende autoriteiten zich bedienen van het gehele arsenaal aan bestaande samenwerkingsverdragen. Dat omvat specifieke uitleveringsverdragen en *mutual legal assistance treaties* (over het verkrijgen van bewijs in het buitenland), maar ook bijzondere verdragen met rechtshulpelementen; mensenrechtenverdragen kunnen eveneens van belang zijn voor het wijzen op een verplichting tot samenwerking. Het voert te ver om al deze verdragen hier te bespreken. Wel is het nuttig om in de relatie met Rusland te wijzen op een drietal verdragen waaruit voor Rusland samenwerkingsverplichting voortvloeien, in geval van vervolging in Nederland.
5. Indien oorlogsmisdrijven ten laste wordt gelegd en er sprake is van een in Rusland aanwezige verdachte, dan verplichten de Geneefse Verdragen Rusland ertoe deze verdachte aan Nederland uit te leveren, als Rusland deze verdachte niet zelf vervolgt.[[11]](#footnote-11)
6. Daarnaast zijn Rusland en Nederland, zoals al eerder gezegd, beide partij bij het EVRM. Rusland heeft positieve verplichtingen om in geval van ernstige mensenrechtenschendingen verdachten zelf te berechten –danwel elders te doen berechten. Nederland kan Rusland op deze EVRM-verplichtingen aanspreken –eventueel door gebruikmaking van het statenklachtrecht. Bovendien is het voor slachtoffers mogelijk om –na uitputting van rechtsmiddelen in Rusland- bij het EHRM te klagen over het gebrek aan inspanningen bij de Russen om MH17-verdachten vervolgd te krijgen.
7. Tot slot is Rusland –net als Nederland- partij bij het Montreal Verdrag uit 1971 dat als doel heeft de strafbaarstelling en vervolging van misdrijven tegen de burgerluchtvaart, waaronder ook valt de vernietiging van een passagiersvliegtuig. Art. 7 van het Verdrag van Montreal verplicht Rusland om een verdachte van dergelijke feiten zelf te berechten of uit te leveren naar een land dat wel tot berechting wenst over te gaan.[[12]](#footnote-12)
8. Al met al is de slotsom dat Rusland geen enkele concrete volkenrechtelijke verplichting zal hebben tot samenwerking –in het bijzonder uitlevering- met welke vorm van internationale berechting dan ook. Daarentegen zijn er op zijn minst drie verdragen die Nederland kan inroepen in de rechtsrelatie met Rusland indien Rusland zou weigeren een MH17-verdachte aan Nederland uit te leveren.
9. **AD E: BERECHTING BIJ VERSTEK**

Iedereen zal er rekening mee houden dat –zelfs indien er relevante volkenrechtelijke samenwerkingsverplichtingen zijn- enkele of wellicht alle verdachten niet ter beschikking staan van de vervolgende en berechtende instantie. In dit verband kan nu al gewezen worden op het feit dat art. 61 lid 1 van de Russische grondwet uitlevering van eigen onderdanen verbiedt. Zeker met dit vooruitzicht kan het wenselijk zijn om te voorzien in verstekprocedures. Tegelijkertijd dringt zich ook de vraag op wat de uiteindelijke waarde zal zijn van MH17-berechting met alleen maar verstekprocedures.

1. Ik erken het belang van verstekprocedures onder bepaalde omstandigheden, maar zou daaraan bepaalde voorwaarden stellen. In het bijzonder zou het aannemelijk moeten zijn dat a. De verdachte op de hoogte is van een strafproces tegen hem/haar en dus doelbewust heeft gekozen daarbij niet aanwezig te zijn; b. De verdachte nog in leven is.
2. Als het wenselijk wordt bevonden dat berechting van MH17-verdachten ook bij verstek moet kunnen plaats vinden dan dient uiteraard bij de berechtende instantie mogelijk te zijn.
3. Om deze reden zou het ICC direct afvallen. Berechting bij verstek is bij het ICC uitgesloten.
4. Bij een nieuw op te richten Tribunaal kan er uiteraard in verstekprocedures worden voorzien. Net zo als het STL Statuut voorziet het ontwerp-Statuut voor het MH17-Tribunaal dan ook in berechting bij verstek.[[13]](#footnote-13) Kijken we verder in de toekomst dan is er wel een mogelijk mensenrechtelijk probleem bij elk tijdelijk internationaal straftribunaal dat voorziet in verstekprocedures. Indien de bij verstek veroordeelde verdachte nadien, bijvoorbeeld jaren later, alsnog wordt aangehouden en uitgeleverd dan zal er een nieuwe procedure op tegenspraak moeten volgen. Art. 38 lid 3 van het MH17-ontwerpstatuut voorziet hierin, maar dit betekent wel dat het betreffende tribunaal niet zomaar gesloten kan worden.
5. Nederland heeft als het om verstekprocedures gaat eveneens goede papieren. Deze mogelijkheid is er, wordt met enige regelmaat toegepast en indien nodig kan een nieuwe procedure op tegenspraak altijd gerealiseerd worden. Een punt van mogelijke discussie –en nieuw te voeren beleid en/of wetgeving- is hoe bij verstekprocedures moet worden omgegaan met rechtsbijstand. In het bijzonder als er geen enkele advocaat namens de verdachte bij verstek gemachtigd is de verdediging te voeren dan zou het onder deze omstandigheden in het belang van en de positie van de verdachte en de rechtspleging nuttig kunnen zijn een advocaat door de rechter te benoemen.[[14]](#footnote-14)
6. Kortom, indien het wenselijk –of zelfs essentieel- geacht wordt dat verstekprocedures mogelijk zijn dan kan dat in de Nederlandse rechtspleging en bij een nieuw op te richten internationaal tribunaal; het is niet mogelijk bij het ICC.
7. **AD F: EFFICIËNTIE, GEZAG EN KOSTEN**

De vraag in hoeverre een rechtsgang naar verwachting voldoende efficiënt zal zijn en voldoende gezag zal hebben is moeilijk te beantwoorden en zal kunnen afhangen van een ieders voorkeuren en perspectief. Wat betreft de vraag naar de kosten van MH17-vervolging dan is de opvatting te huldigen dat aan het doen van recht ten aanzien van MH17 geen prijskaartje mag komen te hangen, met andere woorden dat kostenoverwegingen niet doorslaggevend mogen zijn. Toch wil ik over deze in juridische zin minder grijpbare aspecten het een en ander naar voren brengen.

1. De insteek van de Nederlandse regering bij het voorstel voor een MH17-tribunaal bij de VN-Veiligheidsraad was kennelijk dat alleen een internationale vorm van berechting van MH17-voldoende gezag zal hebben –of in de woorden van Minister Koenders ‘*credible’*.[[15]](#footnote-15) Ik heb mij over dit standpunt verbaasd.
2. De thans nog actieve internationale tribunalen, in het bijzonder ICC, ECCC en STL, zijn in toenemende mate mikpunt van kritiek. Bij het ICC keert de Afrikaanse Unie zich steeds meer af van het Hof, zijn de onderzoeken kwalitatief problematisch (onder meer vanwege de beïnvloeding van getuigen) en duren de processen bijzonder lang. Het ECCC, een gemengd tribunaal in Cambodja, is eveneens bijzonder traag en is onderworpen aan de bemoeienis van, zelfs tegenwerking door, de Cambodjaanse autoriteiten. De STL, tot slot, is het meest recent opgerichte actieve tribunaal; de procedures zijn daar ook bijzonder traag en vinden bovendien plaats zonder dat enige verdachte aanwezig is.
3. Ik durf te stellen dat al deze internationale instellingen thans aanzienlijk minder gezag hebben –of minder *credible* zijn- dan de –zeker in vergelijking daarmee- uiterste sterke en efficiënte Nederlandse rechtspleging, die bovendien onderworpen is aan extern, internationaal, mensenrechtelijk toezicht.
4. Het is natuurlijk mogelijk dat oprichters van een nieuw internationaal MH17-tribunaal er alles aan doen om de tekortkomingen van andere internationale straftribunalen niet te herhalen. Maar de realiteit is dat elk nieuw internationaal tribunaal daar in de praktijk niet in lijkt te slagen. De onderzoeken bij internationale straftribunalen gaan, zeker in de eerste fase, traag en worden voorts geplaagd door diverse incidenten. Daaraan ligt veel juridische complexiteit en onduidelijkheid ten grondslag – er is na oprichting van een nieuw internationaal tribunaal nog geen heldere jurisprudentie, dus men zal steeds weer het juridische wiel moeten uitvinden.
5. De aanlooptijd, die gemoeid gaat met het oprichten van een nieuw tribunaal en de doorlooptijd van een zaak, van het doen van onderzoek tot en met hoger beroep, moeten we niet onderschatten; de ervaring leert dat dit vele jaren kan duren. Een voorbeeld: mijn cliënt bij het ECCC is vanaf 2008 onderwerp van onderzoek; sinds 2012 ben ik zijn advocaat. Naar verwachting weten we pas eind 2017 of de zaak überhaupt inhoudelijk gaat worden behandeld. Cliënt is inmiddels 83. Ook als oprichters van een nieuw MH17-tribunaal er van uit gaan dat het allemaal veel sneller zou moeten kunnen gaan en de regels op realisering van een efficiënte rechtsgang worden toegespitst, dan kan men nooit voorspellen wat uiteindelijk in de dagelijkse praktijk de dynamiek zal zijn. Het is in ieder geval voorzienbaar dat de verdediging, vanuit haar legitieme belangen, zal proberen bepaalde uitgangspunten en efficiëntie-aspecten ter discussie te stellen; de rechter zal daarop moeten beslissen en niemand weet hoe deze beslissingen zullen uitpakken.
6. Het ICC is in zoverre aantrekkelijker dan een nieuw op te richten internationaal tribunaal doordat de organisatie staat en zich inmiddels op basis van ervaring en jurisprudentie een zekere routine heeft ontwikkeld. Het kan nog steeds veel beter, maar er zal bij het ICC geen sprake zijn van een lange aanlooptijd die er altijd wel is bij de oprichting van een nieuw tribunaal.
7. Ook bezien vanuit efficiëntie-overwegingen biedt vervolging en berechting van MH17 in Nederland het beste perspectief. Als het gaat om de berechting van internationale misdrijven –of zaken met grote internationale aspecten, zoals Somalische piraterij-zaken of terrorisme-zaken- dan is er de afgelopen jaren in Nederland zeer veel ervaring opgedaan. Er zijn in Nederland specialistische rechters, officieren van justitie en advocaten, met aanzienlijke kwaliteiten op het terrein van het internationaal strafrecht. Ik ben ervan overtuigd dat zij de MH17-vervolging vele malen voortvarender en efficiënter ter hand zullen nemen dan enig internationaal tribunaal.
8. Als ik een inschatting zou moeten maken dan denk ik dat een rechtsgang in Nederland mogelijkerwijs 5 jaar eerder kan worden afgerond dan bij een nieuw op te richten tribunaal. Dat is een essentieel verschil in tijd. Slachtoffers mag deze te verwachten efficiëntie en voortvarendheid niet worden onthouden. Daarnaast is het zo dat elk jaar, zelfs elke dag, aan vertraging een risico vormt voor efficiënte en eerlijke rechtspleging omdat, bijvoorbeeld, met het verstrijken van tijd essentieel bewijs verloren kan gaan.
9. Tot slot nog de kosten. De budgetten van internationale straftribunalen zijn openbaar en beschikbaar via de verschillende websites. Qua omvang zal een nieuw op te richten MH17-tribunaal vergelijkbaar kunnen zijn met de STL of ECCC. Het gaat dan om honderden miljoenen dollars aan kosten.[[16]](#footnote-16)
10. Vervolging en berechting van internationale misdrijven in Nederland zijn naar verhouding zeker kostbare strafzaken. Maar deze kosten zullen naar mijn inschatting slechts een fractie zijn van wat een nieuw op te richten MH17-tribunaal zal gaan kosten.
11. Het is natuurlijk zo dat de oprichters van een MH17-tribunaal de kosten met elkaar kunnen delen; het is ongewis hoe dat zal uitpakken voor Nederland, maar het ligt voor de hand dat Nederland nog steeds een grote bijdrage in de kosten zal gaan leveren en dat die nog altijd vele malen hoger zal zijn dan een Nederlandse strafzaak.
12. **CONCLUSIE**

In aanmerking genomen de kernwaarden waaraan MH17-vervolging zou moeten beantwoorden spreek ik een sterke voorkeur uit voor verdere vervolging in en door Nederland. Het Nederlandse rechtstelsel is in alle opzichten een rijdende trein, die eigenlijk altijd op tijd komt. In vergelijking daarmee is een nieuw op te richten tribunaal een trein die nog gebouwd moet worden en de risico’s die aan het bouwen van een nieuwe trein kleven zijn algemeen bekend.

1. Vervolging door het ICC komt niet serieus in aanmerking vanwege het ontbreken van essentiële strafbare feiten in het statuut van het ICC en de voorwaarde van de aanwezigheid van de verdachte voor het voeren van een strafproces bij het ICC (geen verstekprocedures).
2. Ik beweer met mijn voorkeur voor rechtspleging in Nederland niet dat vervolging hier probleemloos en soepel zal verlopen, maar het biedt in mijn overtuiging wel de beste kansen op bevrediging van een ieders rechtsgevoel. Bovendien zal in geval van vervolging in Nederland de kans groter zijn dat de juiste vervolgingsbeslissingen worden genomen. Niemand is gediend bij het starten van vervolgingen op wankele basis; in geval van de oprichting van een internationaal tribunaal zal de druk wel bijzonder groot zijn om dat eventueel toch te doen (anders zou de gehele oprichting voor niets geweest zijn).
3. Het valt de politiek mijns inziens te verwijten dat er te veel en te grote beloften gedaan zijn wat betreft de inzet -en mogelijke resultaten- van het strafrecht in het kader van MH17. De uitkomst van een strafproces laat zich in een rechtstaat–gelukkig maar!- niet op voorhand sturen; zonder kennis van alle relevante factoren –bewijs, in beeld zijnde verdachten, mogelijke succesvolle verweren etc- moet rekening worden gehouden met alle mogelijke uitkomsten van vervolgingsbeslissingen, ook die waarin uiteindelijk van vervolging wordt afgezien, simpelweg omdat er op dit moment geen redelijk te verwachten kans van slagen is.
4. Als het openbaar ministerie in acht genomen alle bewijsmiddelen zou besluiten tot seponeren betekent dit niet dat de daders van MH17 dan voor altijd van vervolging gevrijwaard zullen zijn. Het strafrecht is in die zin geduldig dat in geval van gewijzigde omstandigheden, bijvoorbeeld nieuw bewijs, er alsnog tot vervolging kan worden overgegaan. Dergelijke afwegingen zijn bij het Nederlandse openbaar ministerie in goede handen, omdat we immers te maken hebben met een permanent strafrechtelijk stelsel dat op elk gewenst moment kan worden ingezet.
5. Ter voorbereiding van vervolging in Nederland zijn mijns inziens een aantal verdere stappen noodzakelijk en wenselijk. Ik ga daar nu op in.
6. **HOE NU VERDER?**

Indien gekozen wordt voor vervolging in en door Nederland, wat mijn voorkeur heeft, dan is denk ik het volgende geboden.

1. In de eerste plaats is het nodig dat de landen die betrokken zijn bij het gezamenlijke onderzoek –*joint investigation team*- een verdrag sluiten. In dat verdrag zijn de volgende punten van belang:
	1. De landen besluiten gezamenlijk dat vervolging van MH17 plaats zal vinden in Nederland.
	2. De betrokken staten dragen strafvervolging over, in het bijzonder terzake van strafbare feiten waarover de rechtsmacht van Nederland niet volledig is. De strafrechtelijke rechtsmacht buiten Nederland is onlangs uitgebreid.[[17]](#footnote-17) Er is naar Nederlands recht rechtsmacht over oorlogsmisdrijven gepleegd tegen Nederlandse slachtoffers, maar niet over de niet-Nederlandse slachtoffers hebben van die misdrijven.[[18]](#footnote-18) Daarnaast is zonder overdracht van strafvervolging rechtsmacht over commune misdrijven beperkt. Art. 5 van het Wetboek van Strafrecht verleent thans rechtsmacht in geval van buiten Nederland tegen een Nederlander gepleegde misdrijven indien er op het misdrijf gevangenisstraf van 8 jaar of meer is gesteld (en het misdrijf strafbaar is waar het is gepleegd). Dat is wel het geval bij doodslag (art. 287 Wetboek van Strafrecht) en geweld tegen een luchtvaartuig (art. 385b Wetboek van Strafrecht), maar niet zo bij dood door schuld waar 2 jaar gevangenisstraf op staat (art. 307 Wetboek van Strafrecht). Op grond van art. 8b van het Wetboek van Strafrecht is het mogelijk om rechtsmacht na overdracht van strafvervolging door andere landen uit te breiden. In beginsel zou alleen de overdracht van de *locus* staat –het land waar de misdrijven zijn gepleegd en dat dus de sterkste rechtsmachtspapieren heeft- Oekraïne al voldoende zijn; dat zou dus eventueel ook in een bilateraal verdrag met Oekraïne kunnen. Wel zou het nodig zijn het bepaalde in art. 552y lid 1 Sv aan te passen; deze bepaling verplicht thans de Minister van Justitie de overdracht van strafvervolging te weigeren indien de verdachte een vreemdeling is zonder vaste woon of verblijfplaats in Nederland.[[19]](#footnote-19) Dat zal met een beoogde MH17-verdachte snel het geval zijn.
	3. Het ligt voorts voor de hand dat de samenwerkende landen bij het MH17-onderzoek de resultaten van dat onderzoek volledig en onvoorwaardelijk overdragen aan de verder vervolgende en berechtende instantie. Als dat Nederland is dan kan het nuttig zijn dat bij verdrag de benodigde vormen van samenwerking worden geregeld. Samenwerkingsverplichtingen bij nieuw te sluiten verdrag, die uitsluitend betrekking hebben op MH17-vervolging, doen geen afbreuk aan reeds bestaande rechtshulprelaties, die uiteraard gewoon van kracht blijven en altijd benut kunnen worden. Er valt aan te denken ook landen die nog niet in rechtshulprelatie staan met Nederland aan te laten sluiten bij een verdrag –of protocol bij een verdrag- dat gericht is op samenwerking *aan* Nederland in het kader van de MH17-vervolging.
2. Naast deze essentiële punten kan het wenselijk worden geacht ook nog eventueel andere punten te regelen in een tussen de JIT-landen te sluiten verdrag. Hierbij kunnen we denken aan, bijvoorbeeld, het creëren van een trust fund ten behoeve van slachtoffers, maar ook aan het toelaten, op verzoek van de verdachte, van een buitenlandse raadsman, die met een Nederlandse advocaat dan samen de verdediging kan voeren.
3. In mijn optiek zal een verdrag waarin wordt besloten tot vervolging van MH17 door Nederland geen verdere wetgeving vereisen, behalve dan de eerder vermelde aanpassing van art. 552y Wetboek van Strafvordering. Al met al, zou het besluitvormingsproces over vervolging en berechting van MH17, inclusief de benodigde goedkeuring van een verdrag en de daarbij horende aanpassing van wetgeving, snel moeten kunnen worden afgerond.
4. Dat is ook nodig. Het heeft wat mij betreft al te lang geduurd.
1. Een korte leeswijzer bij dit position paper, onder andere in verband met gebruikte afkortingen. Als ik spreek over slachtoffers dan bedoel ik daarmee ook nabestaanden van slachtoffers. De misdrijven die verband houden met het neerstorten van MH17 worden simpelweg vaak afgekort tot MH17. Er zijn voorts acroniemen te vinden in de tekst van internationale straftribunalen, hierbij kort de volledige naam en enige duiding. ICC = International Criminal Court, Internationaal Strafhof, permanent internationale strafrechtspleging gevestigd in Den Haag; ICTY = International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ‘Joegoslavië Tribunaal’, tijdelijk internationaal straftribunaal gevestigd in Den Haag; STL = Special Tribunal for Lebanon, een tijdelijke mengvorm van internationaal en nationaal tribunaal met rechtsmacht over de terroristische aanslag op de Libanese premier Hariri, eveneens gevestigd in Den Haag; ECCC, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, wederom een tijdelijk tribunaal, mengvorm van internationaal en nationaal, met rechtsmacht over de misdrijven van het Pol Pot regime in de jaren 70, is gevestigd in Phnom Penh, Cambodja. [↑](#footnote-ref-1)
2. Zie https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Ukraine\_Art\_12-3\_declaration\_08092015.pdf. [↑](#footnote-ref-2)
3. Statute of the International Criminal Tribunal for Malaysia Airlines Flight MH17 (ICTMH17), ingediend als appendix bij een VN Veiligheidsraad-ontwerpresolutie, S/2015/562, 29 juli 2015. [↑](#footnote-ref-3)
4. Zie ontwerpstatuut, supra noot 3, artt. 1 – 4. [↑](#footnote-ref-4)
5. Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation (Montreal, 1971). Onder dit verdrag, waar ook Rusland partij bij is, is het volgende strafbaar gesteld in art. 1 lid 1: 1. Any person commits an offence if he unlawfully and intentionally:
(a) performs an act of violence against a person on board an aircraft in flight if that act is likely to endanger the safety of that aircraft; or (b) destroys an aircraft in service or causes damage to such an aircraft which renders it incapable of flight or which is likely to endanger its safety in flight; or (c) places or causes to be placed on an aircraft in service,by any means whatsoever, a device or substance which is likely to destroy that aircraft, or to cause damage to it which renders it incapable of flight, or to cause damage to it which is likely to endanger its safety in flight; or (d) destroys or damages air navigation facilities or interferes with their operation, if any such act is likely to endanger the safety of aircraft in flight; or (e) communicates information which he knows to be false, thereby endangering the safety of an aircraft in flight. [↑](#footnote-ref-5)
6. Wijziging van het Wetboek van Strafvordering ter aanvulling van het spreekrecht van slachtoffers en nabestaanden in het strafproces en wijziging van de Wet schadefonds geweldsmisdrijven ter uitbreiding van de mogelijkheid van uitkering aan nabestaanden (34082). [↑](#footnote-ref-6)
7. Art. 42 Ontwerpstatuut MH17. [↑](#footnote-ref-7)
8. Id., art. 44. [↑](#footnote-ref-8)
9. EHRM, uitspraak van 20 november 2014, J*aloud vs the Netherlands* (appl. nr. 47708/08). [↑](#footnote-ref-9)
10. Zie art. 33 EVRM. [↑](#footnote-ref-10)
11. Zie art. 147 Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Geneva, 12 August 1949): ‘Each High Contracting Party shall be under the obligation to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, such grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts. It may also, if it prefers, and in accordance with the provisions of its own legislation, hand such persons over for trial to another High Contracting Party concerned, provided such High Contracting Party has made out a ' prima facie ' case.’ [↑](#footnote-ref-11)
12. Zie art. 7: ‘The Contracting State in the territory of which the alleged offender
is found shall, if it does not extradite him, be obliged, without exception whatsoever and whether or not the offence was committed in its territory, to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution. Those authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any ordinary offence of a serious nature under the law of that State.’ [↑](#footnote-ref-12)
13. Zie art. 38 van het ontwerpstatuut. [↑](#footnote-ref-13)
14. Vgl. Art. 38 lid 2 sub c van het MH17-ontwerpstatuut dat hier al in voorziet. [↑](#footnote-ref-14)
15. In zijn speech bij de VN Veligheidsraad-stemming over de ingediende resolutie ter oprichting van een MH17-tribunaal zou Minister Koenders: ‘Our purpose is to create a timely, depoliticized and credible mechanism to ensure that the perpetrators face justice and are held to account.’ [↑](#footnote-ref-15)
16. Het STL kost gemiddeld zo’n 60 miljoen dollar per jaar; in zeven jaar van diens bestaan heeft het in totaal 440 miljoen dollar gekost; het is onduidelijk wat de uiteindelijke kosten zullen zijn, er is nog geen enkel proces in eerste aanleg afgerond. De ECCC, werkzaam vanaf 2006 en nog zeker operationeel tot na 2020, kost gemiddeld zo’n 35 miljoen dollar per jaar. [↑](#footnote-ref-16)
17. Wet van 27 november 2013 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de herziening van de regels over werking van de strafwet buiten Nederland (herziening regels betreffende extraterritoriale rechtsmacht in strafzaken). [↑](#footnote-ref-17)
18. Zie art. 2 lid 1 sub b van de Wet Internationale Misdrijven. Dat zou tot de rare –en onwenselijke- situatie leiden dat bij het opstellen van een telastelegging terzake oorlogsmisdrijven alle niet-Nederlandse slachtoffers (bv Australiërs) buiten beschouwing blijven en deze slachtoffers dus ook niet een vordering benadeelde partij zou kunnen indien terzake van oorlogsmisdrijven. [↑](#footnote-ref-18)
19. In zijn oratie uitgesproken op 19 januari 2016 wees Prof. Ferdinandusse, hoogleraar internationaal strafrecht aan de Universiteit Groningen en officier van justitie gespecialiseerd in vervolging van internationale misdrijven, op dit obstakel in de Nederlandse wetgeving. [↑](#footnote-ref-19)