



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Origineel of reproductie? Internationale strafbaarstellingen in de Nederlandse rechtsorde

Ferdinandusse, W.N.; Kleffner, J.K.; Nollkaemper, P.A.

Publication date

2002

Document Version

Final published version

Published in

Nederlands Juristenblad

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Ferdinandusse, W. N., Kleffner, J. K., & Nollkaemper, P. A. (2002). Origineel of reproductie? Internationale strafbaarstellingen in de Nederlandse rechtsorde. *Nederlands Juristenblad*, 341-349.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Origineel of reproductie?

Internationale strafbaarstellingen in de nederlandse rechtsorde

De uitspraak van de Hoge Raad in de Decembermoorden-zaak bevestigt ten dele de sterk dualistische houding van de verhouding tussen internationaal en nationaal strafrecht. Hieronder wordt een andere positie ingenomen. Ondanks bezwaren, zoals ten aanzien van de kenbaarheid en duidelijkheid van internationaal recht, concluderen de auteurs dat een ruimere toepassing van directe werking wenselijk en voor verdragsrechtelijke strafbaarstellingen naar geldend recht ook mogelijk is.



De procedure over de Surinaamse Decembermoorden in 1982, op 18 september jl. afgesloten met de vernietiging door de Hoge Raad van de Beschikking van het Gerechtshof Amsterdam strekkende tot vervolging van Dési Bouterse,¹ heeft een fundamentele rechtsvraag aan de oppervlakte gebracht: onder welke voorwaarden kan een internationale strafbaarstelling direct werken in de nationale rechtsorde? Deze vraag is van principiële belang. Zij is medebepalend voor de integratie van de internationale en de nationale rechtsorde en voor de reactie van de nationale rechtsorde op een snel internationaliserend strafrecht. Zij is ook van praktisch belang: voor ingezetenen (moeten deze om uit de gevangenis te blijven naast het Staatsblad ook het Tractatenblad lezen?), voor de rechter (kan deze een internationale norm toepassen indien die norm niet, niet volledig of niet tijdig in nationaal recht is omgezet?) en voor de wetgever - hoe dient deze internationaal strafrecht in de nationale rechtsorde te implementeren? Met name deze laatste vraag is actueel, nu de wetgever dient te bepalen hoe de strafbaarstellingen uit het Statuut voor het Internationaal Strafhof² in de Nederlandse rechtsorde dienen te worden uitgevoerd: dient hij deze bepalingen nauwkeurig om te zetten in Nederlands recht of kan hij volstaan met een verwijzingsregel die het mogelijk maakt dat de bepalingen direct, zonder omzetting, worden toegepast?

In de uitspraken en de discussies inzake de procedure over de Decembermoorden is de toon van de antwoorden op deze vragen gezet. In deze zaak oordeelde de Hoge Raad dat Dési Bouterse niet hier ten lande kon worden vervolgd omdat Nederland in 1982 geen rechtsmacht toekwam ten aanzien van foltering begaan buiten Nederland door onderdanen van andere staten. De Hoge Raad liet de vraag terzijde of er in 1982 regels van internationaal recht bestonden die foltering strafbaar stelden en die Nederland wellicht internationale rechtsmacht zouden hebben verleend, nu deze regels hoe dan ook geen werking in het Nederlandse strafrecht konden hebben.³ De Hoge Raad bevestigt hiermee althans ten dele⁴ de sterk dualistische lezing van de verhouding tussen internationaal recht en nationaal strafrecht zoals die eerder door Gerard Strijards in dit blad is verwoord.⁵

In dit artikel keren wij ons tegen deze dualistische positie. We baseren ons hierbij ten dele op een lezing van het geldend recht die afwijkt van die van Strijards en ten dele op een oordeel over de gewenste rechtsontwikkeling. We erkennen dat bezwaren met betrekking tot de kenbaarheid en duidelijkheid van internationaal recht, in het bijzonder gewoonterecht, dwingen tot een kritische beoordeling van het toe te passen recht. Bovendien kan in een aantal gevallen de afwezigheid van een geëxpliciteerde strafmaat directe werking onmogelijk maken. Deze bezwaren staan echter niet in de weg aan de conclusie dat een ruimere toepassing van directe werking wenselijk is en

ten aanzien van verdragsrechtelijke strafbaarstellingen naar geldend recht ook mogelijk.

Het artikel is als volgt opgebouwd. Par. 1 definieert 'directe werking'. Par. 2 en 3 bespreken de directe werking van respectievelijk verdragsrecht en gewoonterecht naar geldend recht. In par. 4 bespreken wij de rechtspolitieke overwegingen die ten grondslag liggen aan ons pleidooi voor directe werking. In par. 5 gaan we afzonderlijk in op de problemen van kenbaarheid en voorzienbaarheid van internationale strafbaarstellingen. Par. 6 bevat enkele aanbevelingen teneinde een bredere toepassing van directe werking van internationale strafbaarstellingen te realiseren.

1. Directe werking gedefinieerd

Met 'directe werking' bedoelen we dat een Nederlandse rechter een internationale strafbaarstelling toepast als grondslag voor een veroordeling, zonder dat die strafbaarstelling is omgezet in nationaal recht.⁶ Directe werking behelst toepassing van de internationale bepaling zelf en dient te worden onderscheiden van toepassing van een nationale bepaling waarin de inhoud van de internationale norm is omgezet.⁷ Het feit dat een internationale bepaling is omgezet betekent niet dat directe werking is uitgesloten. De wetgever kan besluiten de inhoud van direct werkende bepalingen van een verdrag om te zetten in nationale wetgeving, bijvoorbeeld omdat hij twijfelt of dat verdrag nu wel of niet direct kan werken. Dit hoeft de rechter echter niet te beletten alsnog directe werking aan deze bepalingen toe te kennen.

Omzettingswetgeving dient voorts te worden onderscheiden van uitvoeringswetgeving. Een verdrag (of een deel daarvan) kan direct werken terwijl een uitvoeringswet aanvullingen bevat, of een verwijzingsregel die het verdrag de Nederlandse rechtsorde binnenhaalt. Aldus ontstaat een gelede strafbaarstelling. Pas als een uitvoeringswet de te handhaven normen overneemt, zodat de rechter niet meer aan toepassing van het verdrag zelf toekomt, is er sprake van omzetting.

Of directe werking van internationaal recht mogelijk is, wordt in eerste instantie bepaald door nationaal recht. Toepassing van internationaal recht zelf kan alleen plaatsvinden bij gratie van een nationale verwijzingsregel. Zo'n verwijzingsregel kan algemeen zijn (zoals art. 93 Gw) of specifiek zijn en slechts betrekking hebben op bepaalde internationale normen.⁸ Als er geen verwijzingsregel is opgenomen in het geschreven recht, moet men aannemen dat de directe werking van internationaal recht op een ongeschreven verwijzingsregel rust.

Bepalend voor het verschil tussen directe werking en omzetting is in onze optiek dan ook niet het ontbreken van iedere bemoeienis van de nationale wetgever, maar de vraag of de rechter zich baseert op de internationale strafbaarstelling zelf, of dat hij alleen de nationale omzetting daarvan toepast. Immers, uit rechtssystematisch oogpunt bestaat er geen principieel verschil tussen algemene en specifieke verwijzingsregels. Ook toepassing van internationaal recht op basis van een verwijzingsregel kan derhalve als directe werking worden gekwalificeerd. Deze conceptualisering is van belang, nu in Nederland toepassing van gewoonterecht op basis van een uitdrukkelijke verwijzingsregel wel, en toepassing van gewoonterecht op basis van een ongeschreven verwijzingsregel niet aanvaardbaar wordt geacht (zie nader par. 4).

2. Directe werking van verdragsrechtelijke strafbaarstellingen⁹

De Nederlandse grondwet geeft een duidelijk primaat aan het verdragsrecht. Artikel 93 Gw. kent bepalingen van verdragen (en besluiten van volkenrechtelijke organisaties) na bekendmaking verbindende kracht toe, voor zover zij 'naar haar (sic) inhoud een ieder kunnen verbinden'. Artikel 94 Gw. bepaalt dat nationale wetgeving zonder toepassing moet blijven voor zover die toepassing strijdt met een ieder verbindende verdragsbepalingen.

Internationale strafbepalingen zijn niet principieel van het algemene doorwerkingsregime uitgesloten en kunnen derhalve direct door de Nederlandse rechter worden toegepast.¹⁰ Het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel staat hieraan niet in de weg, omdat het wetsbegrip van artikel 1 lid 1 Sr en artikel 16 Gw. geacht moet worden zich uit te strekken over het verdrag.¹¹ Een dergelijke ruime interpretatie van het wetsbegrip is in lijn met de internationaal georiënteerde uitleg die doorgaans wordt gegeven aan de Grondwet¹² en het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel.¹³ Directe

werking van verdragsrechtelijke strafbaarstellingen wordt bovendien opengelaten door het oordeel van de Hoge Raad dat met het begrip 'wettelijke strafbepaling' uit artikel 1 lid 1 Sr en artikel 16 Gw. 'wordt bedoeld op van een strafbedreiging voorziene normen die in de Nederlandse taal zijn gesteld en bekendgemaakt'.¹⁴

Directe toepassing van verdragsrechtelijke strafbaarstellingen door de Nederlandse rechter is niet een zuiver theoretische kwestie, maar vindt daadwerkelijk - zij het uiterst zelden - plaats in de rechtspraak. Een voorbeeld hiervan is te vinden in de Rijnvaartrechtspraak, waar schippers vervolgd kunnen worden direct op basis van artikel 32 van de Herzene Rijnvaartakte.¹⁵

Dat directe werking in de strafrechtspraak niet vaker voorkomt, heeft voor een deel te maken met de kenmerken van de strafrechtelijke verdragsbepalingen. Met Swart kan men van oordeel zijn dat het gros van de verdragsbepalingen niet geschikt is om direct aan de burger te worden tegengeworpen.¹⁶ Maar ook zou men kunnen menen dat de wetgever de mogelijkheid van directe werking van internationaal strafrecht wellicht meer beperkt dan nodig is. Terwijl de wetgever bij verdragen die voorzien in rechten van burgers zich veelal beperkt tot omzetting van bepalingen die geen directe werking kunnen hebben, gaat de wetgever veelvuldig over tot volledige omzetting van strafrechtelijke verdragen, ook waar hij de uitvoeringswetgeving tot de benodigde aanvullingen zou kunnen beperken.¹⁷ Zo is denkbaar dat de wetgever in uitvoeringswetgeving volstaat met een verwijzingsregel naar die verdragsbepalingen die zich naar hun aard en inhoud lenen voor directe werking. Een enkele keer gebeurt dit ook,¹⁸ maar in de overgrote meerderheid van de gevallen kiest de wetgever voor volledige omzetting.

Daarmee wordt de mogelijkheid van directe werking echter niet afgesloten. Het feit dat een verdragsbepaling wordt omgezet kan wellicht een aanwijzing zijn dat de wetgever van oordeel is dat directe werking niet mogelijk is, doch dit is niet beslissend en kan nooit in de weg staan aan directe werking van een verdrag. Maar deze praktijk heeft wel tot gevolg dat schijnbaar een scheiding wordt opgetrokken tussen het nationale en het internationale systeem.

Deze scheiding wordt versterkt doordat nergens in het wettelijk stelsel een expliciete weergave is te vinden van de directe werking van internationaal strafrecht. In de bewoordingen van artikel 16 Gw. en artikel 1 lid 1 Sr is geen plaats ingeruimd voor internationaal recht als bron van strafbaarheid. Het grondwettelijke criterium van 'een ieder verbindendheid' uit artikel 93 en 94 Gw. is ook in de strafrechtelijke context weinig behulpzaam en blijft met zoveel onduidelijkheid omgeven dat niemand precies weet welke eisen eruit voortvloeien.¹⁹ Bovendien brengen, in tegenstelling tot de situatie in het EG recht, internationale rechters slechts zelden duidelijkheid over de vraag welke bepalingen directe werking hebben.²⁰

Zowel voor de rechtszekerheid van de burger als voor de kennis van de deelnemers aan de rechtspraak, zou meer duidelijkheid over de mogelijkheid van directe werking van strafrechtelijke verdragsbepalingen wenselijk zijn.

3. Directe werking van gewoonte rechtelijke strafbaarstellingen

In tegenstelling tot verdragsrecht, komt aan gewoonterechtelijke strafbaarstellingen naar geldend recht in beginsel geen directe werking toe. Daarvoor ontbreekt een algemene verwijzingsregel zoals artikel 93 Gw. Hoewel rechtsprekende organen gewoonterecht dienen toe te passen (gewoonterecht vormt immers een integraal onderdeel van de Nederlandse rechtsorde),²¹ strekt deze bevoegdheid zich niet uit tot het bestraffen van een individu op grond van een gewoonterechtelijke strafbaarstelling, tenzij daarvoor een specifieke verwijzingsregel bestaat. Deze begrenzing is door de Hoge Raad erkend in zijn arrest inzake de Decembermoorden van 18 september 2001. De Hoge Raad gaf aan dat een eventuele gewoonterechtelijke strafbaarstelling van foltering niet in staat zou zijn artikel 16 Gw. of artikel 1 lid 1 Sr uit te schakelen.²²

Dat gewoonterecht geen zelfstandige basis voor strafbaarstelling kan zijn, volgt ook uit eerdere arresten. In zijn uitspraak van 24 juni 1997²³ gaf de Hoge Raad bijvoorbeeld aan dat strafbaarstellingen die in Nederland worden toegepast in de Nederlandse taal moeten zijn gesteld - aan deze eis zal gewoonterecht nooit kunnen voldoen.²⁴

Aan de begrenzing van de bevoegdheid van de rechter liggen twee gedachten ten grondslag. Allereerst wordt aangenomen dat gewoonterecht te onbekend en onbepaald is om aan burgers te worden tegengeworpen. Het is ook mede om deze reden dat de Grondwetgever niet heeft gewild dat gewoonterecht een wet in formele zin opzij zet.²⁵ Ten tweede heeft de Grondwetgever aangenomen dat directe toepassing van gewoonterecht, voor zover dat gepaard zou gaan met het buiten toepassing laten van nationale wetgeving, de rechter op de stoel van de wetgever zou plaatsen.²⁶

Het feit dat gewoonterechtelijke strafbaarstellingen in beginsel niet direct werken betekent dat zij in Nederland zonder gevolg kunnen blijven. Het belangrijkste voorbeeld hiervan zijn de misdrijven tegen de menselijkheid, die op dit moment geen zelfstandige strafbaarstelling kennen naar Nederlands recht.²⁷ Dit gat zal worden weggenomen door de thans in voorbereiding zijnde Misdrijvenwet ter uitvoering van het Statuut van het Internationaal Strafhof. Echter, nu het gewoonterecht zich zal blijven ontwikkelen (zulks wordt ook erkend door het Statuut zelf²⁸), zullen nieuwe gewoonterechtelijke strafbaarstellingen kunnen ontstaan, die niet in dezelfde vorm in nationaal recht zijn neergelegd. Bovendien kunnen ook internationale strafbaarstellingen die zijn neergelegd in verdragen, zich gewoonterechtelijk verder ontwikkelen²⁹ en kan de vraag aan de orde komen of die gewoonterechtelijke variant direct door de Nederlandse rechter kan worden toegepast.

Een uitzondering op de regel dat gewoonterechtelijke strafbaarstellingen niet direct werken, is de toepassing van gewoonterecht op grond van een uitdrukkelijke verwijzingsregel. Zo bepaalt Artikel 8 Wet Oorlogsstrafrecht dat 'Hij die zich schuldig maakt aan schending van de wetten en gebruiken van de oorlog, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren of geldboete van de vijfde categorie'. De term 'wetten en gebruiken van de oorlog' verwijst onder meer naar gewoonterecht. Het is merkwaardig dat deze gewoonterechtelijke normen in dit geval blijkbaar wel voldoende kenbaar en duidelijk worden geacht. Maar ook kan de vraag worden gesteld of, gezien de uit de Grondwet voortvloeiende eis van de Hoge Raad dat strafrechtelijke normen in het Nederlands zijn gepubliceerd, artikel 8 wel verbindend is en of de grondslag en consequenties van de belemmeringen tegen directe werking van gewoonterecht wel geheel zijn doordacht.

4. Het belang van directe werking

Tegen de achtergrond van de onduidelijkheid over de doorwerking van verdragsrechtelijke strafbaarstellingen en de onmogelijkheid van doorwerking van gewoonterechtelijke strafbaarstellingen, menen wij dat een aantal rechtspolitieke overwegingen pleit voor een bredere directe werking van internationale (zowel verdragsrechtelijke als gewoonterechtelijke) strafbaarstellingen in de Nederlandse rechtsorde. Internationaal recht laat daarvoor nadrukkelijk ruimte. Verdragen zijn in het algemeen neutraal ten aanzien van de vraag of zij worden omgezet of direct worden toegepast. Aan verdragspartijen wordt doorgaans de verplichting opgelegd zorg te dragen voor de 'noodzakelijke' wetgeving en het is aan hen om te kiezen voor directe werking of omzetting. Deze neutraliteit geldt vanzelfsprekend ook voor gewoonterecht. In deze omstandigheid zijn rechtspolitieke argumenten voor en tegen directe werking van bepalend belang.

Dat er goede redenen zijn om internationaal recht in het algemeen directe werking te verlenen, is in Nederland breed aanvaard. Enkele van die redenen, zoals de verbetering van de effectiviteit van internationaal recht en het voorkomen van schendingen ervan, zijn evenzeer van toepassing op internationaal strafrecht en behoeven hier geen afzonderlijke bespreking. Datzelfde geldt voor een aantal bezwaren tegen directe werking, zoals de mogelijk belemmerende invloed op verdragsonderhandelingen.³⁰ Op andere punten is ten aanzien van internationaal strafrecht een nadere afweging op haar plaats. Sommige argumenten voor directe werking liggen bij het strafrecht wat scherper, en ook kunnen andere tegenargumenten worden aangevoerd.

Ons pleidooi voor directe werking is ten dele van principiële aard. Een keuze voor of tegen directe werking brengt een oordeel mee over de mate waarin het nationale systeem open dient te staan voor het op internationaal niveau geldende recht. Zoals Cassese schrijft: 'The choice of mechanisms for implementing international rules

within national legal systems is the acid test for establishing to what extent states are open for international values'.³¹ Deze keus heeft gevolgen voor de positie van de nationale rechter: treedt deze (ook) op als rechter namens de internationale gemeenschap of uitsluitend als nationale rechter? De Procureur-Generaal koos in zijn toelichting op de cassatiemiddelen in de zaak Bouterse voor een nationaal-rechtelijk georiënteerde benadering en stelde dat de Nederlandse rechter uitsluitend dient op te treden als nationale rechter.³² Wij menen dat deze positie onvoldoende recht doet aan het belang en de eisen van het internationaal (straf)recht. Dit eist immers dat het, in de internationaal gedefinieerde vorm, op alle burgers van toepassing is en in die vorm door de rechter wordt toegepast.

Dit geldt in het bijzonder voor de internationale misdrijven die voor internationale tribunalen of, op grond van het universaliteitsbeginsel, door alle staten in de wereld kunnen worden vervolgd. De essentie van hierop betrekking hebbende strafbepalingen is immers dat het individu verplichtingen heeft tegenover de internationale gemeenschap, niet slechts tegenover de staat waarin hij verblijft. Van de burger wordt hoe dan ook kennis van en gehoorzaamheid aan deze bepalingen geëist. Zijn hogere loyaliteit hoort immers bij de internationale gemeenschap te liggen; dat is de ideologie achter deze strafbepalingen. Daarom kan geen enkele vorm van nationaal recht in de weg staan aan strafbaarheid onder internationaal recht.³³ Bij de toepassing van internationale bepalingen hoort de invloed van de nationale wetgever beperkt te blijven tot de keuzes en aanvullingen die hem worden gelaten of opgedragen. Het laatste woord over de inhoud van het internationaal strafrecht dat al is vastgesteld mag hij niet spreken. Bij vervolgingen die evenzeer zouden kunnen plaatsvinden in internationale straftribunalen lijkt het vanzelfsprekend dat niet het recht wordt toegepast van de Nederlandse wetgever, maar dat van de internationale gemeenschap in wiens naam recht wordt gedaan.

De nationale rechter dient een belangrijke rol te spelen in de handhaving van het internationaal strafrecht.³⁴ Dan moet men hem daartoe ook de mogelijkheid geven. Dat betekent toepassing van het internationaal strafrecht zélf, niet van een mogelijk vervormde afspiegeling daarvan.

In theorie kan de mogelijkheid van een zuivere toepassing van internationale normen worden gerealiseerd door een perfect uitgevoerd systeem van omzetting, waarbij de Nederlandse rechter internationaal recht toepast in de vorm van bepalingen van Nederlands recht die internationale normen in zich opnemen. In de praktijk duurt het echter vaak zeer lang voor de wetgever met uitvoeringswetgeving komt, en die is dan nog niet altijd volledig en correct.³⁵ De adequate omzetting van internationaal gewoonterecht levert zelfs een vrijwel onmogelijke taak op, aangezien gewoonterecht zich blijft ontwikkelen en nationale wetgeving daar altijd bij achterblijft.³⁶ Hetzelfde probleem kan zich voordoen bij de omzetting van verdragsrecht, in het geval van voortschrijdende verdragsinterpretatie waarbij de nationale wet geen ruimte laat voor deze zich wijzigende interpretatie.³⁷

De mogelijkheid van toepassing van het internationaal recht zélf, naast of in plaats van nationale wetgeving, geeft de rechter beter de kans aan te sluiten bij de jongste stand van dat recht door, bijvoorbeeld, relevante jurisprudentie van internationale tribunalen en buitenlandse rechters in aanmerking te nemen.³⁸ Dit vraagt wel internationale deskundigheid van de rechter, maar dat lijkt een onvermijdelijk gevolg van de internationalisering van het recht en kan niet als reden worden beschouwd om directe werking van het internationaal recht af te wijzen.

Tegen directe werking is een aantal bezwaren aangevoerd. Zo leidt het tot verlies aan invloed van de wetgever op het strafrecht.³⁹ Directe werking leidt in de praktijk niet alleen tot meer invloed voor de internationale gemeenschap en minder voor de nationale staat, maar tevens tot een verschuiving van het interne machtsevenwicht, doordat de wetgever aan invloed verliest en de uitvoerende macht aan invloed wint. Het parlement kan een door de regering getekend verdrag immers alleen goedkeuren of verwerpen en wordt voor het overige voor een voldongen feit gesteld.⁴⁰ Bij gewoonterecht is de invloed van de wetgever al helemaal beperkt.

Inderdaad rijzen ernstige bezwaren ten aanzien van de democratische legitimatie van het internationaal recht.⁴¹ Wij menen echter dat deze bezwaren moeten worden ondervangen door democratisering van de totstandkoming van internationaal recht, niet door aan geldend internationaal recht zijn werking te onthouden. Dit is te meer zo

omdat men moeilijk zal kunnen zeggen dat de nationale verdragsprocedure wél democratisch genoeg is om internationaal-rechtelijke verplichtingen voor het individu te formuleren die door een internationale rechter kunnen worden gehandhaafd (zoals is geschied bij het Statuut van het Internationaal Strafhof), maar niet om rechtsregels in het leven te roepen die in de nationale rechtsorde direct toepasbaar zijn. Een tweede bezwaar dat wel tegen directe werking wordt aangevoerd, is dat internationaal recht door de wetgever op maat moet worden gesneden, om goed aan te sluiten bij kenmerken en eigenaardigheden van het nationale rechtssysteem.⁴² Waar het internationaal recht keuzes openlaat, moeten die inderdaad door de wetgever worden ingevuld. Bij internationaal strafrecht gaat het echter veelal om normen die weinig keuzes openlaten, omdat zij in alle (verdrags)staten dezelfde gedragsnormen willen verzekeren. Kijkt men bijvoorbeeld naar de Uitvoeringswetten bij het Folterverdrag⁴³ en het Genocideverdrag,⁴⁴ dan zijn daar weinig keuzes van belang te bespeuren. Zowel wetgever als rechter proberen zo dicht mogelijk bij de inhoud van het verdrag te blijven. De wenselijkheid van maatwerk bij de omzetting van internationaal recht lijkt dan ook geen sterk argument te zijn tegen directe werking van bepalingen die zich naar hun inhoud daartoe lenen.⁴⁵ Samenvattend kunnen wij stellen dat er goede argumenten zijn om internationale strafbaarstellingen directe werking te verlenen in de nationale rechtsorde. Daarmee wordt recht gedaan aan de geest en ontwikkeling van het internationale strafrecht. In de hiervoor behandelde argumenten zijn geen doorslaggevende bewaren tegen directe werking te vinden zijn.

5. Kenbaarheid en voorzienbaarheid van internationale strafbepalingen

De belangrijkste bezwaren tegen directe toepassing van internationale strafbepalingen houden verband met een vermeende spanning met het legaliteitsbeginsel. Het Europees Hof formuleert de hieruit voortvloeiende eisen aldus: 'an offence must be clearly defined in the law. This condition is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him liable'.⁴⁶ Dat betekent dat het recht kenbaar en voorzienbaar moet zijn. Bij kenbaarheid van het recht gaat het om de toegankelijkheid van de rechtsbronnen, en bij voorzienbaarheid om de duidelijkheid die door deze bronnen wordt geschapen. Hoewel de eisen van kenbaarheid en voorzienbaarheid nopen tot zorgvuldigheid, lijken zij echter niet principieel in de weg te staan aan directe werking van internationaal recht. Dit is uitdrukkelijk erkend in het internationale legaliteitsbeginsel, zoals onder meer opgenomen in artikel 7 EVRM en artikel 15 IVBPR.⁴⁷ Deze bepalingen drukken in vergelijkbare bewoordingen als de Nederlandse wet uit dat niemand veroordeeld mag worden voor gedrag dat niet strafbaar was gesteld toen het werd begaan. Maar terwijl ze grotendeels overeenstemmen met het nationale legaliteitsbeginsel zoals dat is neergelegd in artikel 1 lid 1 Sr en artikel 16 Gw. en dezelfde essentiële waarborgen bieden van kenbaarheid en voorzienbaarheid van het recht, erkennen ze uitdrukkelijk dat strafbaarheid gebaseerd kan zijn op internationale strafbaarstellingen - zowel van verdragsrechtelijke als gewoonterrechtelijke aard. Uit verdragsgeschiedenis en rechtspraak van het Europees Hof blijkt dat ook verdragsrecht en gewoonterrecht zeer wel aan de criteria van kenbaarheid en voorzienbaarheid kunnen voldoen.⁴⁸ Wij menen dat voor deze conclusie goede gronden bestaan.

Wat verdragsrecht betreft, is kenbaarheid in de meeste gevallen gewaarborgd door publicatie in het Tractatenblad. Hierbij dient wel aangetekend te worden dat het strikt vasthouden aan een in het Nederlands gepubliceerde tekst als bron van strafbaarheid in veel internationale gevallen al te formalistisch zou kunnen zijn. Dit kan blijken bij de uitvoering van het Statuut van het Internationaal Strafhof. Als het in Nederland ooit tot vervolging komt voor de hierin geregelde misdrijven, zal dat waarschijnlijk het geval zijn op grond van universele rechtsmacht. Hierbij zal het gaan om verdachten die meestal gekenmerkt zullen worden door een gebrek aan kennis van de Nederlandse taal. Bovendien kan men van niemand verwachten dat hij zich op de hoogte stelt van alle rechtsstelsels ter wereld om na te gaan of hij zich mogelijk bloot stelt aan vervolging op basis van universele rechtsmacht. Uiteraard hoeft dit geen beletsel te

zijn voor vervolging. Iedereen kan zich immers richten op het internationaal recht dat zowel voor strafbaarheid als universele rechtsmacht de basis vormt. Het betekent wel dat de eis van kenbaarheid zich niet in de eerste plaats moet richten op de implementatiewetgeving van de vervolgende staat, maar op het internationaal strafrecht zelf.

Anders dan wel is gezegd,⁴⁹ lijkt ook de eis dat een norm voldoende duidelijk dient te zijn gedefinieerd, opdat een individu geacht kan worden te weten welke handelingen strafbaar zijn, niet principieel in de weg te staan aan directe werking van internationale strafbaarstellingen. Er is geen grond voor een algemene conclusie dat verdragsbepalingen onvoldoende duidelijk zouden zijn. Voorbeelden van voldoende duidelijke verdragsrechtelijke strafbaarstellingen zijn foltering en de misdrijven opgenomen in het Statuut van het Internationale Strafhof.⁵⁰ Dergelijke bepalingen wijken niet principieel af van strafbaarstellingen in het nationale recht. Als de vage omschrijvingen van mishandeling⁵¹ of schennis van de eerbaarheid⁵² voldoen aan de eis van duidelijkheid, is er geen reden aan te nemen dat internationale strafbaarstellingen die standaard niet zouden halen. Onduidelijke formulering van nationale bepalingen is natuurlijk geen rechtvaardiging voor de toepassing van gebrekkige internationale normen, maar er is ook geen reden om een dubbele maatstaf te hanteren.

Uit de eis van voorzienbaarheid vloeit tevens voort dat het voor individuen duidelijk moet zijn dat verdragsrechtelijke bepalingen handelingen direct en daadwerkelijk criminaliseren, en niet slechts de basis vormen voor criminalisering op nationaal niveau in de toekomst. Wij menen dat dit het geval is als verdragen naast een gedetailleerde delictomschrijving, een duidelijke intentie tot strafbaarstelling en een indicatie van de toepasselijke straf⁵³ bevatten. Dat verdragen op grond van hun (tenminste gedeeltelijk) inter-statelijke karakter niet altijd op dezelfde manier als nationale strafbepalingen zijn verwoord, doet hieraan niets af, zolang een contextuele lezing van de verdragsbepalingen duidelijk maakt, dat zij ook internationaal-rechtelijke verplichtingen opleggen die strafrechtelijke aansprakelijkheid van het individu met zich mee brengen.⁵⁴ Dat betekent bijvoorbeeld dat verdragsbepalingen die alleen maar over rechten spreken, op dit punt op zichzelf niet voldoende duidelijk zijn. Zo staan wij kritisch tegenover de suggestie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat de enkele schending van rechten van de mens kan leiden tot internationaal-rechtelijke strafbaarheid.⁵⁵

De praktijk van de tribunalen voor Rwanda en Joegoslavië, die individuen berechten en veroordelen op grond van formuleringen die direct afkomstig zijn uit verdragsrecht,⁵⁶ ondersteunt de stelling dat verdragsrechtelijke bepalingen zowel naar de duidelijkheid van hun formulering als de intentie tot criminalisering een directe grondslag voor strafbaarstelling kunnen vormen.

De kenbaarheid en voorzienbaarheid van gewoonterechtelijke strafbaarstellingen is minder evident. Maar voor sommige gewoonterechtelijke misdrijven kunnen deze eisen geen probleem zijn. Sinds Neurenberg, Tokio en de ad-hoc tribunalen voor het voormalig Joegoslavië en Rwanda is strafbaarheid van misdrijven als genocide, foltering en oorlogsmisdrijven zo evident dat onbekendheid met het recht niet snel als verdediging kan worden geaccepteerd.⁵⁷ En hoewel het feit dat de tribunalen gewoonterecht toepassen⁵⁸ op zichzelf geen rechtvaardiging vormt om dat in de nationale rechtsorde ook te doen, maakt de zeer brede erkenning door de internationale gemeenschap dat althans een aantal gewoonterechtelijke beginselen voldoende omlijnd is om door de internationale rechter te worden toegepast, dat in het criterium van voorzienbaarheid geen principieel bezwaar kan worden gevonden tegen directe werking.⁵⁹ Om deze reden kan ook het argument van de grondwetgever, dat vanwege de onzekerheid over de inhoud van gewoonterecht de rechter geen bevoegdheid dient te hebben een wettelijk voorschrift buiten toepassing te laten wegens strijd met gewoonterecht,⁶⁰ niet overtuigen. Als wij aanvaarden dat op internationaal niveau gewoonterecht een directe grondslag voor bestraffing kan zijn, kan bezwaarlijk worden aanvaard dat het te onzeker van inhoud is om te prevaleren boven een nationale wettelijke bepaling.⁶¹

Vanzelfsprekend moet worden gewaakt tegen een al te liberale en extensieve lezing van gewoonterecht zoals die in een aantal gevallen door de tribunalen is gevolgd.⁶² De eisen van statenpraktijk en rechtsovertuiging dienen strikt te worden toegepast.

Zeker in het strafrecht is geen plaats voor de vrije volkenrechtsvorming die in de rechtspraak van de ad hoc tribunalen is te zien en sommige auteurs en rechters als vooruitgang omarmen. Het toepassing geven aan gewoonterechtelijke strafbaarstellingen zal beperkt moeten blijven tot normen die daadwerkelijk in de statenpraktijk zijn erkend, die voldoende duidelijk zijn en waaraan een duidelijke bedoeling ten grondslag ligt om bepaalde handelingen te criminaliseren.⁶³ Maar indien zorgvuldig en kritisch toegepast, lijkt er geen principiële reden te zijn de nationale rechtsorde geheel te sluiten voor gewoonterechtelijk strafrecht.

Wel zou de rechtszekerheid er mee gediend zijn als de stand van het gewoonterecht regelmatig zou worden verduidelijkt. Regelmatige codificatie van gewoonterecht verdient hierbij de voorkeur. Voor zover dat niet gebeurt, zou de overheid het initiatief dienen te nemen tot een regelmatige rapportage over de stand van het gewoonterecht en met name over de normen die als direct werkend kunnen worden beschouwd. Een dergelijke rapportage zou de rechter niet binden, maar wel meer houvast bieden dan de huidige praktijk. Een bijkomend voordeel is dat hiermee een bijdrage wordt gevormd aan de statenpraktijk en daarmee ook op het internationale vlak duidelijkheid wordt gegeven over (de Nederlandse opvatting van) aard en inhoud van internationale strafbaarstellingen.

Het grootste bezwaar tegen directe toepassing van internationale strafbaarstellingen, zowel van verdragsrechtelijke als gewoonterechtelijke aard, is gelegen in de eis dat op het moment van het begaan van een handeling ook de straf bepaald dient te zijn. Mede als gevolg van de uiteenlopende rechtstelsels van betrokken staten, beperken verdragen zich in het algemeen tot de eis dat bestraffing moet zijn 'commensurate with the character and gravity of the crime',⁶⁴ tot 'passende straffen, waarbij rekening wordt gehouden met de ernstige aard ervan'⁶⁵, of tot 'doeltreffende strafbepalingen'.⁶⁶

Dit is andere taal dan de in het Nederlands recht gehanteerde formulering van straffen. Gewoonterechtelijke strafbaarstellingen bieden nog minder duidelijkheid. We benadrukken dat het in alle gevallen de voorkeur verdient dat de wetgever (of het verdrag) in een duidelijke strafmaat voorziet. In het enkele feit dat dit niet is geschied, kan echter geen absoluut beletsel worden gevonden tegen directe werking van internationaal recht. Allereerst merken we op dat de door het nulla poena beginsel vereiste graad van precisie van de strafmaat niet zonder meer duidelijk is. In ieder geval is een exacte aanduiding van de te verwachten straf niet vereist. Vele staten, waaronder Nederland, bepalen alleen een maximum straf. Niets in de jurisprudentie van het EHRM wijst erop dat een dergelijke benadering strijd met het nulla poena beginsel zou opleveren.

In een aantal gevallen kunnen in het internationaal strafrecht aanknopingspunten voor de bepaling van de hoogste strafmaat worden gevonden. Dat geldt in ieder geval voor de meest fundamentele internationale strafbaarstellingen, zoals misdrijven tegen de menselijkheid. De ernst van dergelijke misdrijven maakt dat onder internationaal recht de zwaarste beschikbare straffen toegepast mogen worden.⁶⁷ Een individu kan zeer wel weten dat dergelijke misdrijven de zwaarste straf kunnen uitlokken en heeft de nationale rechter een kader voor straftoemeting - de zwaarste straf die onder nationaal recht beschikbaar is.

In een aantal gevallen geeft internationaal recht nadere aanknopingspunten voor de strafmaat. Deze kunnen zowel in verdragen⁶⁸ als in de praktijk van internationale tribunalen en vergelijkbare buitenlandse rechtstelsels worden gevonden.

En tot slot kunnen in een aantal gevallen in het nationale recht aanknopingspunten worden gevonden voor de bepaling van een strafmaat. Dit kan het geval zijn indien internationale strafbaarstellingen naar aard en inhoud voldoende overeenkomen met nationale strafbaarstellingen en de sancties van overeenkomstige toepassing kunnen worden geacht. Sommige daden, die onder internationaal recht als misdrijven gekwalificeerd kunnen worden, zoals opzettelijke doodslag en onrechtmatige detentie, zijn ook strafbaar onder nationaal recht in de vorm van doodslag, moord, wederrechtelijke vrijheidsberoving en gijzeling.⁶⁹

In een aantal gevallen zal desondanks geconcludeerd moeten worden dat noch in de ernst van het misdrijf, noch in het internationaal recht, noch in het nationaal recht voldoende aanknopingspunten te vinden zijn. In die gevallen zal aanvullende nationale wetgeving geboden zijn, zonder welke directe werking niet mogelijk is.

6. Conclusies en aanbevelingen

De bovenstaande beschouwingen brengen ons tot de volgende conclusies en aanbevelingen:

1. Met directe werking wordt recht gedaan aan de eigen aard van het internationaal strafrecht. Hoewel theoretisch zeer zorgvuldige omzetting en aanpassing van internationale normen in nationale wetgeving zorg kunnen dragen voor de vereiste aansluiting tussen de internationale en nationale rechtsorde, leert de praktijk dat dit inderdaad een theoretische mogelijkheid is. Brede toepassing van directe werking waar dat mogelijk is, is daarom te verkiezen.
2. Aan het internationaal strafrecht valt veel te verbeteren. Strafbaarstellingen kunnen preciezer en completer worden geformuleerd, verdragsprocedures zouden democratischer moeten zijn dan nu vaak het geval is, en gewoonterechtelijke strafbaarstellingen dienen zoveel als mogelijk gecodificeerd te worden. Om directe werking van het internationaal strafrecht met een beroep op deze gebreken af te wijzen, is, nu datzelfde recht wel door internationale rechters kan worden toegepast, echter de kop in het zand steken. Het gaat niet aan toepassing van het geldend recht in de nationale rechtssfeer te verhinderen terwijl datzelfde recht zonder noemenswaardige kritiek door de internationale rechter wordt toegepast en de wijze van totstandkoming van het recht dat de internationale rechter toepast evenmin wordt aangepast. Een beter besef en gebruik van directe werking zouden juist een stimulans kunnen vormen om serieus werk te maken van de noodzakelijke kwaliteitsverbetering van het internationaal (straf)- recht. Uiteraard moet daarbij wel kritisch worden geoordeeld over de toepasbaarheid van het internationaal strafrecht dat voor directe werking in aanmerking komt.
3. Het legaliteitsbeginsel zoals neergelegd in artikel 1 lid 1 Sr en artikel 16 Gw. vormt een nodeloos vergaande belemmering voor de werking van het internationaal strafrecht. Het internationale legaliteitsbeginsel toont dat internationale strafbaarstellingen wel degelijk kunnen voldoen aan de eisen van kenbaarheid en duidelijkheid zoals geformuleerd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Het legaliteitsbeginsel uit artikel 1 lid 1 Sr en artikel 16 Gw. dient derhalve te worden aangepast aan het internationale legaliteitsbeginsel door opnemng van een expliciete verwijzing naar het internationaal recht als bron van strafbaarheid.
4. Het verbod op directe toepassing van gewoonterechtelijke strafbaarstellingen belemmert een adequate aansluiting tussen internationaal en nationaal strafrecht. Het verdient aanbeveling om teneinde directe toepassing van gewoonterechtelijke strafbaarstellingen door de Nederlandse rechter mogelijk te maken, een algemene verwijzingsregel op te nemen in het Wetboek van Strafrecht of de Grondwet. De rechter dient bij de beoordeling van gewoonterecht wel hoge eisen te stellen aan de vereiste statenpraktijk en rechtsovertuiging.
5. Ook de implementatiepraktijk van verdragen belemmert een adequate aansluiting tussen internationaal en nationaal strafrecht. Verdragsrechtelijke strafbaarstellingen kunnen wel doorwerken, maar daar wordt nauwelijks gebruik van gemaakt. De wetgever volstaat doorgaans niet met aanvulling van verdragen die ook direct zouden kunnen werken, maar gaat over tot volledige omzetting. Deze praktijk komt de kenbaarheid en samenhang van het recht niet ten goede. Bij verdragsimplementatie dient de wetgever te streven naar een betere aansluiting met de internationale rechtsorde. Dit kan geschieden door uitvoeringswetgeving zoveel mogelijk te beperken tot aanvulling van en verwijzing naar internationale normen. Zo zou de uitvoeringswetgeving van het Statuut van het Internationaal Strafhof kunnen bepalen dat 'Misdrijven tegen de menselijkheid, zoals vastgelegd in artikel 7

van het Statuut van het Internationaal Strafhof, worden bestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste x jaren'.

6. Zowel met het oog op de doorwerking van gewoonterecht als de toepassing van verdragsrecht op basis van het universaliteitsbeginsel dient het absolute vereiste dat een strafnorm in de Nederlandse taal gesteld moet zijn, ten minste voor vervolging op grond van universele rechtsmacht, te worden verlaten.
7. Teneinde de kenbaarheid van het recht te verbeteren, zou de overheid moeten voorzien in regelmatige rapportage over de stand van het internationaal recht. Deze rapportage zou onder meer moeten beschrijven wat naar de mening van de regering (dan wel een onafhankelijke instelling) de inhoud van het toepasbare gewoonterecht is.

Mr W.N. Ferdinandusse, mr J.K. Kleffner en prof. mr P.A. Nollkaemper
*De auteurs zijn verbonden aan het Amsterdam Center for International Law van de Universiteit van Amsterdam. In het kader van de Amsterdam International Law Clinic schreven zij samen met Yolande Ditewig, Maurits Filet en Remy Gaarhuis een advies aan de advocaten van de nabestaanden van de Decembermoorden inzake het cassatieberoep van het Openbaar Ministerie in de zaak Bouterse. De auteurs danken Kiki Brölmann, Harmen van de Wilt (UvA) en Liesbeth Zegveld (advocaat te Amsterdam) voor constructief commentaar op een eerdere versie van dit artikel. Het artikel maakt deel uit van het Pionier-project *The Symbiosis between international and national law aan de UvA.**

NOTEN

1. [Terug](#)

HR 18 september 2001. ELRO-nummer: AB1471.

2. [Terug](#)

Statuut van Rome inzake het Internationale Strafhof, Rome, 17 juli 1998, Trb. 2000, 120.

3. [Terug](#)

R.o. 4.6 en 4.7. De Hoge Raad sluit aan bij de stellingnames van het Hof Amsterdam, het Openbaar Ministerie en de minister van Justitie in respectievelijk de Beschikking van 20 november 2000, r.o. 8. ELRO-nummer: AA8395, NJ 2001/51; Vordering tot cassatie in het belang der wet van 8 mei 2001, (m.n. par. 40.) ELRO-nummer: AB1471; Aanhangsel Handelingen Kamerstukken II 2000/01, 2073-2074 (Kamervragen 995, d.d. 28 maart 2001).

4. [Terug](#)

Dit deel van de uitspraak had alleen betrekking op internationaal gewoonterecht.

5. [Terug](#)

G. A. M. Strijards, 'Neerlands dualisme en zijn strafmacht', Nederlands Juristenblad 2000, p. 2115.

6. [Terug](#)

De term 'directe werking' kan soms samenvallen met de term 'een ieder verbindend' in de zin van art. 93 en 94 Gw., maar kan daarmee niet gelijk worden gesteld; Zie C. A. J. M. Kortmann, Constitutioneel recht, Deventer: Kluwer 2001, p. 175.

7. [Terug](#)

De tegenstelling directe werking/omzetting zoals die in Nederland aan de orde is, dient te worden onderscheiden van de tegenstelling tussen het in Nederland geldende stelsel van incorporatie (dat directe werking mogelijk maakt) en het stelsel (zoals dat in het Verenigd Koninkrijk) waarin omzetting (transformatie) een noodzakelijke voorwaarde is voor toepassing van de inhoud van een regel van internationaal recht en waarin directe werking zonder meer is uitgesloten. Zie over het verschil tussen de tegenstellingen incorporatie/transformatie en monisme/dualisme; J. G. Brouwer, Verdragsrecht in Nederland: een studie naar de verhouding tussen internationaal en nationaal recht in een historisch perspectief, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 10. In Nederland correspondeert de tegenstelling directe werking/omzetting niet met een principiële, algemene keuze inzake het toepasselijke rechtstelsel, maar met een besluit in een specifiek geval binnen het Nederlandse rechtstelsel.

8. [Terug](#)

Bijv. art. 17 lid 2 van het Rijtuigenbesluit, Stb. 1994, 687, dat bepaalde dat een bemanningslid als bedoeld in het eerste lid van dit artikel, indien de Europese Overeenkomst nopens de arbeidsvoorwaarden voor de bemanningen van motorrijtuigen in het internationale vervoer over de weg (AETR) van toepassing was, diende 'te handelen overeenkomstig de artikelen 6 tot en met 8 van deze overeenkomst.' Art. 8 Wet Oorlogsstrafrecht (Stb. 1952/408) is een ander voorbeeld (zie nader par. 3).

9. [Terug](#)

Wij volstaan hier met een beknopte uiteenzetting van het geldend recht. Dat verdragsrechtelijke strafbaarstellingen direct kunnen werken, wordt uitgebreider beargumenteerd in: Ward Ferdinandusse, 'Verdragsrechtelijke strafbaarstellingen in de Nederlandse rechtsorde, Over directe werking en het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel', Rechtsgeleerd Magazijn Themis november 2001, p. 275-281.

10. [Terug](#)

In het arrest Ahlbrecht I (BRvC 17 februari 1947, NJ 1947/87) stelt de Bijzondere Raad van Cassatie al dat voor rechtsmacht noodzakelijk is dat de rechter 'hetzij een met Nederlandse medewerking tot stand

gekomen, daartoe strekkende internationale overeenkomst rechtstreeks kan toepassen, hetzij kan steunen op een Nederlandse wet'. Zie ook D.R. Doorenbos, EG-recht en strafwetgeving, *Delikt & Delinkwent* 1992, p. 1044; J. G. Brouwer, supra noot 7, p. 268; J. G. Brouwer, 'Het verdragsrecht in vogelvlicht', NJCM-bulletin 1994, p. 638; J. B. Mus, 'Kan de overheid rechtstreeks op basis van een verdrag de vrijheid van burgers aan banden leggen?', NJCM-bulletin 1994, p. 237/voetnoot 54; J. B. Mus, *Verdragsconflicten voor de Nederlandse rechter*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 15 en A. K. Koekoek, *De Grondwet: een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 210-211 en 464.

11. [Terug](#)

Art. 1 lid 1 Sr en art. 16 Gw. vereisen voor strafbaarheid een 'voorafgegane wettelijke strafbepaling', wat volgens de Hoge Raad betekent dat een te vervolgen feit ten tijde van pleging 'bij of krachtens de Nederlandse wet' strafbaar moet zijn gesteld (HR 18 september 2001 (Bouterse), r.o. 4.3.1). Omdat een ieder verbindende verdragen krachtens art. 93 Gw. aan het individu mogen worden tegengeworpen, moeten zij worden geacht een wettelijke strafbepaling in de zin van art. 1 lid 1 Sr en art. 16 Gw. te kunnen opleveren.

12. [Terug](#)

Zo werd eerder door regering en parlement aangenomen dat het wetsbegrip uit art. 106 Gw. ook het verdrag omvat, dat de bekendmaking uit art. 95 Gw. tevens een internationale bekendmaking kan zijn, en dat de rechter in art. 15 en 17 Gw. een internationale rechter kan zijn. Zie respectievelijk Brouwer, 'Het verdragsrecht in vogelvlicht', supra noot 10, p. 638; Brouwer, *Verdragsrecht in Nederland*, supra noot 7, p. 263-264 en Kamerstukken II 2000/01, 27 484 (R 1669), A, p. 5.

13. [Terug](#)

Zie HR 24 januari 1984, NJ 1984/538, HR 26 april 1988, NJ 1986/186, m.n. r.o. 5.1 en HR 9 januari 1998, NJ 1998/724, r.o. 3.3. Zie ook Mus, 'Kan de overheid rechtstreeks op basis van een verdrag de vrijheid van burgers aan banden leggen?', supra noot 7, p. 236-237.

14. [Terug](#)

HR 24 juni 1997, NJ 1998/70, r.o. 5.6; zie ook de annotatie van 't Hart, m.n. par. 2.

15. [Terug](#)

Trb. 1955, 161. Zie bijvoorbeeld HR 9 juni 1981, NJ 1981/472 en HR 10 december 1996, NJ 1997/223.

16. [Terug](#)

Swart meent dat verdragsrechtelijke strafbaarstellingen in principe wel kunnen doorwerken, maar daar vrijwel altijd te onbepaald of incompleet, en dus ongeschikt, voor zijn. Zie Bert Swart, *General Observations*, in: A. H. J. Swart en A. H. Klip, *International criminal law in the Netherlands*, Freiburg im Breisgau: Edition iuscrim 1997, p. 5; Rijnhard Haentjes en A.H.J. Swart, 'Substantive Criminal Law', in: id., op 27. Zie ook A.M.M. Orié, C.F. Rüter, A.H.J. Swart en J.J.E. Schutte in *Revue internationale de droit penal, Les crimes internationaux et le droit pénal interne*, Toulouse: Editions Eres 1989, p. 401.

17. [Terug](#)

Zie G. A. M. Strijards, *Internationaal strafrecht, strafmachtsrecht [I]: Algemeen deel*, Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 192.

18. [Terug](#)

Zie de voorbeelden in voetnoot 8.

19. [Terug](#)

Zie hierover bijvoorbeeld A. C. J. de Rouw, *Verwarring door verwoording, een ieder verbindende verdragsbepalingen in de Nederlandse rechtspraak*, in: Tien jaren T.M.C. Asser Instituut, T. M. C. Asser Instituut: 1965-1975, 's-Gravenhage: T.M.C. Asser Instituut 1975, p. 79-86; H. R. B. M. Kummeling, *Internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde; Over een onduidelijke grondwet(gever) en verwarrende jurisprudentie*, in: J. B. J. M. ten Berge en M. C. B. Burkens (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg: Burkens-bundel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 369-385 en C. A. J. M. Kortmann, supra noot 4, p. 177.

20. [Terug](#)

Zie voor een uitzondering: Internationaal Gerechtshof, *Duitsland v. Verenigde Staten (La Grand)*, 27 juni 2001, par. 75-77. Hoewel deze uitspraak niet beslissend is voor directe werking van de in het geding zijnde bepalingen, geeft zij een aanwijzing waar de Nederlandse rechter moeilijk omheen zou kunnen.

21. [Terug](#)

Zulks volgt onder meer uit art. 99 lid 2 Wet RO. Zie ook de uitspraken van de regering hierover in Kamerstukken II 1977/78, 15 049 (R 1100), nr 3, p. 11 e.v., aangehaald door de Hoge Raad in zijn arrest van 18 september 2001, r.o. 4.4.2.

22. [Terug](#)

Par. 4.4 - 4.6 en par. 6.4.

23. [Terug](#)

NJ 1998/70, r.o. 5.6.

24. [Terug](#)

Ook oordeelde de Hoge Raad dat voor de toepassing van dwangmiddelen die een inbreuk op grondrechten maken in het kader van internationale rechtshulp, een wettelijke, c.q. verdragsrechtelijke grondslag onontbeerlijk is, HR 9 januari 1998, NJ 1998/724, r.o. 3.3. Dat zal ook gelden voor de toepassing van strafbaarstellingen.

25. [Terug](#)

Kamerstukken II 1977/78, 15 049 (R 1100), nr 3, p. 11 e.v.

26. [Terug](#)

Id.

27. [Terug](#)

Kamerstukken II 2000/01, 27 484 (R 1669), nr 13, p. 2.

28. [Terug](#)

Zie art. 10 van het Statuut van Rome inzake het Internationale Strafhof, Rome, 17 juli 1998, Trb. 2000, 120: 'Niets in dit deel wordt zodanig uitgelegd dat daarmee, op welke wijze dan ook, een beperking zou worden aangebracht in of inbreuk zou worden gemaakt op bestaande of in ontwikkeling zijnde regels van internationaal recht, anders dan voor de doeleinden van dit Statuut.'

29. [Terug](#)

Een voorbeeld hiervan wordt gevormd door de jurisdictiebepalingen in het Genocideverdrag, Trb. 1960/32, die zich tot het territorialiteitsbeginsel beperken, terwijl gewoonterecht universele rechtsmacht toestaat. Zie art. 8 van de Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind,

aangenomen door de International Law Commission in 1996; Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May-26 July 1996, GAOR, 51st Session, Supplement No. 10 (A/51/10).

30. [Terug](#)

Zie bijvoorbeeld J. H. Jackson, 'Status of treaties in domestic legal systems: A policy analysis', *The American journal of international law* 1992, p. 326; Henry G. Schermers, *The Netherlands, in The Effect of Treaties in Domestic Law*, London: Sweet and Maxwell, 1987, pp 109-22, op p. 112.

31. [Terug](#)

Antonio Cassese, *International Law*, Oxford UP, 2001, p. 179.

32. [Terug](#)

Zie *Vordering tot cassatie in het belang der wet van 8 mei 2001*, par. 6. ELRO-nummer: AB1471.

33. [Terug](#)

Zie art. 1 (2) van de *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, supra noot 29.

34. [Terug](#)

Zie R. Wolfrum, 'The Decentralized Prosecution of International Offences Through National Courts', in *War Crimes in International Law* (Yoram Dinstein en Mala Tabory, eds.), Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 233-249. Het idee dat handhaving van het internationaal strafrecht in eerste instantie een zaak voor de nationale rechter is, vormt de grondslag voor de complementaire rechtsmachtbasis zoals neergelegd in art. 1 en 17 van het Statuut van het Internationale Strafhof, supra noot 28.

35. [Terug](#)

De *Uitvoeringswet Genocideverdrag 1964*, Stb. 243 volgde pas zestien jaar na dat verdrag, en zoals gezegd kennen misdrijven tegen de menselijkheid buiten oorlogstijd tot op heden geen aparte Nederlandse strafbaarstelling. Zie over de discrepantie tussen de *Wet Oorlogsstrafrecht en de Verdragen van Genève*; R. v. Elst, 'De zaak Darco Knezevic: rechtsmacht over Joegoslavische en andere buitenlandse oorlogsmisdadigers', *Nederlands Juristenblad* 1998, p. 1587-1593.

36. [Terug](#)

Zie P. Malanczuk, *Akehurst's modern introduction to international law*, London; New York: Routledge 1997, p. 69. Deze overweging ligt ook ten grondslag aan het voorgestelde art. 12a van de ontwerp *Wet Internationale Misdrijven* (concept d.d. 5 oktober 2001), dat, zoals de toelichting stelt, volstaat met een verwijzingsregel die het de rechter mogelijk maakt rekening te houden met eventuele ontwikkelingen in het volkenrecht, omdat de volkenrechtelijke regels inzake immuniteiten zich verder kunnen ontwikkelen.

37. [Terug](#)

Een voorbeeld hiervan is de veranderde interpretatie van het begrip 'beschermde persoon' in art. 4 van het *Verdrag van Genève* betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd, Genève, 12 augustus 1949, Trb. 1951, 75. Zie *Internationaal Tribunaal voor de vervolging van personen verantwoordelijk voor ernstige schendingen van internationaal humanitair recht op het grondgebied van het voormalig Joegoslavië sinds 1991* (hierna: *Joegoslavië Tribunaal*), *Prosecutor v. Zejnib Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Landzo (Celebici-zaak)*, 16 november 1998, par. 244-277.

38. [Terug](#)

Immers, als de nationale rechter hetzelfde recht (verdragen en gewoonte) toepast als de internationale tribunalen zal hij hun jurisprudentie zonder voorbehoud kunnen inroepen. Als de nationale rechter daarentegen corresponderende nationale wetgeving toepast, zal hij eerst moeten onderzoeken of de internationale jurisprudentie ten aanzien van het achterliggende verdrag (of gewoonte) wel van toepassing is op die wetgeving, of dat er beslissende verschillen bestaan tussen de internationale norm en de nationaalrechtelijke omzetting daarvan.

39. [Terug](#)

In die zin heeft de grondwetgever zich wel uitgelaten; zie voetnoot 25.

40. [Terug](#)

Wel kan het parlement bij het behandelen van een goedkeuringswet natuurlijk invloed uitoefenen op het maken van een voorbehoud of het afleggen van een interpretatieve verklaring.

41. [Terug](#)

Voor Nederland, waar het parlement nog relatief veel invloed heeft op de verdragsprocedure, zijn de gevolgen van directe werking voor de machtenscheiding overigens minder groot dan voor landen waar de verdragsluitende bevoegdheid (vrijwel) exclusief aan de uitvoerende macht is toegekend.

42. [Terug](#)

J. H. Jackson, supra noot 30, p. 324.

43. [Terug](#)

Zie respectievelijk Trb. 1985/69 (*Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of onterende behandeling of bestraffing*, hierna: *Folteringverdrag*) en Stb. 1988/478 (*Uitvoeringswet folteringverdrag*). Zie hierover: F.A. Egter van Wissekerke, *De implementatie van het folteringsverdrag: internationaal versus nationaal strafrecht*, *Nederlands Juristenblad* (1988) p. 113.

44. [Terug](#)

Zie respectievelijk Trb. 1960/ 32 (*Genocideverdrag*) en Stb. 1964/243 (*Uitvoeringswet Genocideverdrag*).

45. [Terug](#)

Zie ook G. A. M. Strijards, 'Rechtsharmonie en wetsharmonie in het internationale strafrecht', *Ars Aequi* 1996, p. 385 die opmerkt: 'Zijn die getrapte gedragsvoorschriften zo duidelijk geredigeerd? Zijn ze zo kenbaar en eenduidig? (...) De plicht het gedragsvoorschrift in nationaal recht te transformeren, voegt aan de zekerheid van de redactie vaak weinig of niets toe. De oorspronkelijke verdragstaal is meestal het duidelijkst. Waarom dan niet erkennen dat het voorschrift op basis van de verdragssluiting direct werkt? (...) Het voorschrift dat de gedragsregel nationaalrechtelijke transformatie behoeft beschermt de burger thans ook niet wezenlijk.'

46. [Terug](#)

EHRM, *Kokkinakis v. Greece*, 25 mei 1993, Series A, no. 260-A, p. 22, par. 52.

47. [Terug](#)

Andere voor Nederland relevante bepalingen die het legaliteitsbeginsel verwoorden, zoals art. 64 en 67 van het *Verdrag van Genève* betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd, supra noot 36, en art. 6(2)c van het *Aanvullend Protocol bij de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949*, betreffende de bescherming van slachtoffers van niet-internationale gewapende conflicten (*Protocol II*), 12 december 1977, Trb. 1980/88, blijven in het navolgende buiten beschouwing.

48. [Terug](#)

EHRM, *Sunday Times v. United Kingdom*, 26 april 1979, par. 47 en EHRM, *S.W. v. the United Kingdom en C.R. v. the United Kingdom*, 22 november 1995, (Series A nos. 335-B en 335-C), p. 41-42, par. 34-36, en p. 68-69, par. 32-34.

49. [Terug](#)

L. Gardocki, General Report, *Revue internationale de droit penal, Les crimes internationaux et le droit pénal interne*, Toulouse: Editions Eres 1989, pp. 94-95; Strijards, supra noot 5, p. 2115, rechtvaardigt een dualistische benadering in het internationaal strafrecht door 'beginselen van rechtszekerheid, rechtsbescherming en kenbaarheid van recht.'

50. [Terug](#)

Zie art. 1 (1) van het VN Verdrag tegen Foltering, supra noot 43; art. 6-8 van het Statuut voor het Internationaal Strafhof, supra noot 28, dat bovendien in art. 9 specifieke 'elementen van misdrijven' voorziet die de inhoud van de misdrijven nog nader detailleren.

51. [Terug](#)

Art. 300 Sr.

52. [Terug](#)

Art. 239 Sr.

53. [Terug](#)

De problematiek van de strafmaat bij directe werking komt hieronder afzonderlijk aan de orde.

54. [Terug](#)

Zie bijv art. 146 van het van Verdrag van Genève betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd, supra noot 37, dat spreekt van 'doeltreffende strafbepalingen' voor personen die één der ernstige inbreuken op het Verdrag hebben gepleegd dan wel bevel tot het plegen daarvan hebben gegeven. Een andere voorbeeld is art. 4 van het Verdrag tegen Foltering (supra noot 43, 'zorgt dat alle vormen van foltering strafbaar zijn krachtens zijn strafrecht'; 'stelt deze delicten strafbaar met passende straffen' samen gelezen met woorden uit andere bepalingen, zoals 'persoon', 'strafvervolgning' en 'uitleveringsprocedure' (art. 6), 'verdachte' (art. 7) en 'vervolgingen' (art. 9).

55. [Terug](#)

In *Krenz e. a. v. Duitsland (merits)*, 22 maart 2001, EHRC nr 31, p. 216-238, oordeelde het EHRM dat 'at the time when it was committed the applicant's act constituted an offence defined with sufficient accessibility and foreseeability by the rules of international law on the protection of human rights'. Hierbij refereerde het Hof uitsluitend aan normen die geen criminalisering behelzen, zoals het recht op leven of het recht op vrijheid van beweging (par. 105). Zie over deze uitspraak J.A.W. Lensing en Th. Mertens, *Het Europese Hof voor de rechten van de mens en de 'muurschutters'*. De 'formulering van Radbruch' of innerlijke tegenstrijdigheid, *Nederlands Juristenblad* 2001, p. 1699-1706. Het EHRM voegde aan het in de voorafgaande noot weergegeven citaat overigens toe: 'Even supposing that such [individual] responsibility cannot be inferred from the above-mentioned international instruments on the protection of human rights, it may be deduced from those instruments when they are read together with Article 95 of the GDR's Criminal Code, which explicitly provided, [...], that individual criminal responsibility was to be borne by those who violated human rights, fundamental freedoms or the GDR's international obligations.' (ibid, par. 103).

56. [Terug](#)

Zie art. 2 en 4 van het Statuut van het Joegoslavië Tribunaal, die de 'ernstige inbreuken' bepalingen, afkomstig uit de Geneefse Verdragen, en genocide, afkomstig uit het Genocide Verdrag, ongewijzigd incorporeren, afgedrukt in *Trb.* 1993/168.

57. [Terug](#)

Dit vindt steun in art. 32 en 33 van het Statuut voor het Internationaal Strafhof, supra noot 28, dat dwaling ten aanzien van het recht niet als verdedigingsgrond aanvaardt en bevelen om genocide en misdrijven tegen de menselijkheid te plegen als 'onmiskenbaar onwettig' beschouwt. In gelijke zin stelde de Procureur-Generaal in zijn cassatieberoep in het belang der wet dat een ieder het strafwaardige karakter van feiten als in de Bouterse zaak 'met de klomp kan aanvoelen', zie supra noot 32, par. 16.

58. [Terug](#)

Zie bv de jurisprudentie van het Joegoslavië Tribunaal met betrekking tot 'violations of the laws and customs of war', art. 3 Statuut van het Joegoslavië Tribunaal (supra noot 56), daarin inbegrepen oorlogsmisdrijven in interne gewapende conflicten, *Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 oktober 1995, paras. 96-137.

59. [Terug](#)

Dat internationaal recht kan voldoen aan de eis van bepaaldheid die het legaliteitsbeginsel stelt, werd ook erkend bij de onderhandelingen van het IVBPR; zie Bossuyt en Humphrey, *Guide to the 'Ravens Preparatoires' of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff 1987, p. 324.

160. [Terug](#)

Kamerstukken II 1977/78, 15 049 (R 1100), nr 3, p. 11 e.v.

61. [Terug](#)

Dat gewoonterecht voldoende duidelijk kan zijn, is overigens ook erkend in art. 8 *Wos*, dat bepaalt dat handelingen in strijd met bepaalde regels van gewoonterecht strafbaar zijn. Een dergelijke verwijzingsregel is ook in de conceptwet *Internationale Misdrijven* opgenomen (concept d.d. 5 oktober 2001, art. 4(b)(3)). Verwijzingen naar het internationaal recht, al dan niet impliciet, komen ook elders in het strafrecht voor. Bij de beoordeling van de strafuitsluitingsgrond van art. 43 Sr ('Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een ambtelijk bevel, gegeven door het daartoe bevoegde gezag') kan het bijvoorbeeld nodig zijn de bevoegdheid van het gezag te beoordelen naar internationaal recht. Zie Raad van Justitie Ned. Nieuw-Guinea, 9 maart 1955, NJ 1955/256. Het Wetboek van Strafvordering kent art. 539a, dat bepaalt dat bevoegdheden voor opsporing en onderzoek buiten het rechtsgebied van een rechtsbank mogen worden uitgeoefend 'voorzover het volkenrecht en het interregionale recht dit toelaten'.

62. [Terug](#)

Zie hierover André Nollkaemper, *The Legitimacy of the Jurisprudence of the Yugoslavia Tribunal*, in: T.A.J.A. Vandamme & J.H. Reestman (eds.), *Ambiguity in the Rule of Law* (Europa Publishers, 2001), pp. 13-23.

63. [Terug](#)

Zie Joegoslavië Tribunaal, *Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 oktober 1995, par. 128.

64. [Terug](#)

Art. 3 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, 1996, supra noot 28.

65. [Terug](#)

Art. 4 (2) Verdrag tegen Foltering, supra noot 43.

66. [Terug](#)

Art. 146 van het van Verdrag van Genève betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd, supra noot 37.

67. [Terug](#)

William A. Schabas, Perverse Effects of the Nulla Poena Principle: National Practice and the Ad Hoc Tribunals, 11 EJIL (2001), pp. 521-539, op pp. 523-524. Schabas meent dat het nulla poena-beginsel niet in de weg kan staan aan vervolging van oorlogsmisdrijven onder internationaal recht omdat, nu de doodstraf onder internationaal recht wordt beschouwd als de geldende maximumstraf voor deze categorie misdrijven, geen enkele vorm van gevangenisstraf een 'zwaardere straf' oplevert in de zin van art. 15 lid 1 IVBPR. Zie ook over de strafmaat voor misdrijven tegen de menselijkheid; Joegoslavië Tribunaal, Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Sentencing Judgment, 26 november 1996, par. 38, (waar het Tribunaal stelt dat misdrijven tegen de menselijkheid 'have incurred the severest penalties' (nadruk toegevoegd)). Zie ook het commentaar van de International Law Commission op Draft Article 3 van de 1996 Draft of Crimes Code against the Peace and Security of Mankind, supra noot 29 ('not necessary for an individual to know in advance the precise punishment so long as the actions constitute crimes of extreme gravity for which there will be severe punishment').

68. [Terug](#)

Zie bijvoorbeeld art. 3 (1) van het Verdrag inzake bestrijding omkoping buitenlandse ambtenaren bij internationale zakelijke transacties (Trb. 1998/54): 'De toepasselijke straffen zullen vergelijkbaar zijn met die welke van toepassing zijn op omkoping van ambtenaren van de Partij zelf, waar het natuurlijke personen betreft, is hieronder tevens begrepen vrijheidsbeneming die toereikend is om doeltreffende wederzijdse rechtshulp en uitlevering mogelijk te maken.' Art. 3(3) verplicht staten verder de noodzakelijke maatregelen te nemen om ervoor te zorgen 'dat het omkoopmiddel en de opbrengsten van omkoping van een buitenlandse ambtenaar, of goederen waarvan de waarde overeenkomt met die van deze opbrengsten, in beslaggenomen of geconfisqueerd kunnen worden, of ervoor te zorgen dat geldboetes met vergelijkbaar resultaat opgelegd kunnen worden.'

69. [Terug](#)

Art. 282, 282a, 287 en 289 Sr.