

Uitlevering – het vertrouwensbeginsel, legaliteit en dubbele strafbaarheid

Prof. mr. Elies van Sliedregt

Hoge Raad 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3627; Hoge Raad 17 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1441

Inleiding

Op 11 juli 2014 verklaart de uitleveringskamer van de Rechtbank Den Haag de uitlevering van Rwandees Jean Baptiste M. aan Rwanda voor betrokkenheid bij de Rwandese genocide in 1994 (gedeeltelijk) toelaatbaar.¹ De feiten waarop de zaak ziet, zijn gepleegd in Rwanda tussen 1990 en 1994. Tussen april en juli 1994 zijn in Rwanda tussen de 600.000 en 800.000 Tutsi's vermoord. M. was secretaris-generaal van de Coalition pour la Défense de la République (de CDR-partij) en wordt ervan verdacht, samen met anderen, te hebben deelgenomen aan de planning, voorbereiding en uitvoering van het doden of zwaar verwonden van Tutsi's met het oogmerk om die groep geheel of gedeeltelijk als zodanig te vernietigen (genocide). Hij zou daarbij ook artikel 3 van de Geneefse Conventies hebben geschonden (oorlogsmisdrijf).

In een overweging vooraf geeft de rechtbank aan dat ondanks het feit dat de Wet overlevering inzake oorlogsmisdrijven (WOO)² de term 'overlevering' en niet 'uitlevering' bezigt, de rechtbank deze laatste term zal gebruiken nu overlevering tegenwoordig is voorbehouden aan het rechtshulpverkeer tussen Nederland en internationale gerechten en het rechtshulpverkeer binnen de Europese Unie. Ik zal dat in het vervolg eveneens doen.

Namens de opgeëiste persoon is het verweer gevoerd dat bij uitlevering voor genocide het legaliteitsbeginsel wordt geschonden nu genocide in 1994 nog niet strafbaar was in Rwanda. Op 6 september 2003 had Rwanda bij organieke wet 33bis genocide strafbaar gesteld. De rechtbank verwerpt dit verweer nu volgens vaste jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) het legaliteitsbeginsel niet wordt geschonden als sprake is van bestraffing voor een misdrijf dat ten tijde van het plegen strafbaar was naar internationaal (gewoonte)recht.³ Onder verwijzing naar de Advisory Opinion van het Internationaal Gerechtshof in de zaak *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide* en rechtspraak van de Joegoslavië- en Rwanda-tribunalen oordeelt de rechtbank dat daarvan sprake was.⁴ Bovendien was Rwanda op 16 april 1975 toetreden tot het Genocideverdrag. Aan de gekwalificeerde eis van dubbele strafbaarheid wordt voldaan nu de feiten naar Rwandees recht strafbaar zijn gesteld met een gevangenisstraf van meer dan een jaar. Naar Nederlands recht wordt eveneens aan deze eis voldaan; genocide is strafbaar volgens artikel 3 Wet Internationale Misdrijven en kent een strafbedreiging van langer dan een jaar. Hiermee is sprake van dubbele

1 Rb. 's-Gravenhage 11 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8484. De uitlevering wordt ontoelaatbaar verklaard voor zover deze was gevraagd ter zake van de vervolging wegens het 'tussen april en juni 1994 [...] doelbewust met de toenmalige politieke partijen, leiders van de Interhamwe en andere civiele en militaire autoriteiten blijven samenwerken, ondanks zijn wetenschap van de voorzienbare gevolgen'. Vanwege de summier omschrijving van dit feitencomplex kan niet worden vastgesteld

of er een verdragsbasis bestaat voor uitlevering.

2 Wet van 19 mei 1954, *Stb.* 1955, 2. Laatstelijk gewijzigd in 2012, *Stb.* 2012, 314.

3 Onder verwijzing naar EHRM 10 april 2012, 51552/10 (*Šimšić v. Bosnia Herzegovina*), par. 23; EHRM 18 juli 2013, 2312/08 en 34179/08 (*Maktouf en Damjanovic t. Bosnië Herzegovina*), par. 55.

4 Onder verwijzing naar de *Advisory Opinion* van het Internationaal Gerechtshof: *Reservations to*

the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide, 28 mei 1951, (1951 ICJ Reports 15), p. 23; ICTR (Trial Chamber Judgement) 21 mei 1999, ICTR-95-1-T (*Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*), par. 88; ICTY (Trial Chamber Judgement), 14 december 1999, IT-95-10-T (*Prosecutor v. Jelisić*), par. 60; ICTY (Trial Chamber Judgement), 2 augustus 2001, IT-98-33-T (*Prosecutor v. Krstić*), par. 541.

strafbaarheid volgens artikel 5, eerste lid van de Uitleveringswet (Uw) dat vanwege artikel 6 WOO van overeenkomstige toepassing is.

De raadslieden voeren voorts aan dat uitlevering aan Rwanda in strijd is met het vertrouwensbeginsel nu Nederland geen bilateraal uitleveringsverdrag met Rwanda heeft. Bovendien ontbreekt de bescherming van het EVRM wat maakt dat de rechtbank ten volle zou moeten toetsen of de opgeëiste persoon een eerlijk proces krijgt in Rwanda. De rechtbank verwijst naar de uitspraak in een eerdere Rwandese uitleveringszaak waar eenzelfde verweer was gevoerd. Op 17 juni 2014 oordeelde de Hoge Raad dat de uitlevering van de Rwandese genocideverdachte Jean-Claude I. toelaatbaar was nu mocht worden vertrouwd op een eerlijke rechtsgang vanwege de in het uitleveringsverzoek door Rwanda afgegeven garanties. Dezelfde garanties waren door Rwanda afgegeven in deze tweede uitleveringszaak. Interessant is evenwel dat, hoewel een dreigende flagrante schending van artikel 6 EVRM niet waarschijnlijk wordt geacht, de rechtbank in beide zaken aanleiding zag de minister te adviseren over de vraag of uitlevering daadwerkelijk moet worden toegestaan. Zo adviseerde de rechtbank in de zaak van Jean-Baptiste M. dat de opgeëiste persoon zich laat bijstaan door een buitenlandse advocaat. Deze zal zich vrijer voelen een het huidige regime onwelgevallige verdedigingsstrategie te voeren.

De Hoge Raad uitspraken in beide uitleveringszaken lenen zich voor gezamenlijke bespreking. De eerste zaak, die van Jean-Claude I., is van belang voor de vraag naar de werking van het vertrouwensbeginsel. De tweede zaak, die van Jean-Baptiste M., is van belang vanwege het beroep op het legaliteitsbeginsel en de dubbele strafbaarheidstoets.

Weergave van enkele passages: Hoge Raad 17 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1441

Het tweede middel klaagt over de verwerping door de Rechtbank van het verweer 'dat vanwege het ontbreken van een uitleveringsverdrag tussen Nederland en Rwanda niet mag worden uitgegaan van de gelding van het vertrouwensbeginsel in de onderhavige uitleveringsprocedure', terwijl het vierde middel klaagt over de verwerping van het verweer dat de opgeëiste persoon door zijn uitlevering aan Rwanda het risico loopt te worden blootgesteld aan een (flagrante) schending van enig hem ingevolge art. 6 EVRM toekomend recht.

(...)

3.3. De Rechtbank heeft in de in het uitleveringsverzoek gegeven garanties een voldoende waarborg gezien dat de opgeëiste persoon in Rwanda een eerlijk proces zal krijgen, met inbegrip van het recht op hoger beroep. Gelet hierop geeft haar oordeel dat de enkele omstandigheid dat het recht op een eerlijk proces niet is vastgelegd in een uitleveringsverdrag het vertrouwensbeginsel niet zonder meer buiten werking stelt, niet blijkt van een onjuiste rechtsopvatting en is het niet onbegrijpelijk.

3.4.1. De bevoegdheidsverdeling tussen de rechter die over de toelaatbaarheid van een verzochte uitlevering moet oordelen en de Minister die, indien de rechter de uitlevering toelaatbaar heeft geoordeeld, uiteindelijk beslist of en zo ja onder welke condities daadwerkelijk tot uitlevering zal worden overgegaan, brengt mee dat de rechter op grond van zijn toetsing aan art. 6 EVRM de uitlevering slechts ontoelaatbaar kan verklaren indien blijkt dat de opgeëiste persoon door zijn uitlevering zou worden blootgesteld aan een zodanig risico van

een flagrante inbreuk op enig hem ingevolge art. 6 EVRM toekomend recht, dat de ingevolge art. 1 EVRM op Nederland rustende verplichting om dat recht te verzekeren, in de weg staat aan de uit het toepasselijke verdrag voortvloeiende verplichting tot uitlevering. De enkele omstandigheid dat het hier toepasselijke zogenoemde genocideverdrag niet een 'uitleveringsverdrag' is, dwingt niet tot een andere bevoegdheidsverdeling. Een en ander laat onverlet dat de uitleveringsrechter de Minister kan adviseren omtrent de vraag of de uitlevering ook daadwerkelijk zou moeten worden toegestaan, zoals de Rechtbank ook heeft gedaan.

3.4.2. Het oordeel van de Rechtbank dat niet is gebleken van een risico als hiervoor onder 3.4.1 bedoeld, is niet onbegrijpelijk, ook niet in licht van hetgeen door en namens de opgeëiste persoon is aangevoerd.

3.5. De middelen falen.

Weergave van enkele passages: Hoge Raad 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3627

2. Beoordeling van het eerste middel

2.1 Het middel klaagt over de verwerping door de Rechtbank van het beroep op schending van het legaliteitsbeginsel. Het betoogt daartoe dat de Rechtbank het verweer dat naar Rwandees recht genocide niet strafbaar was in de periode waarop het uitleveringsverzoek betrekking heeft ten onrechte niet tevens heeft getoetst aan de aan art. 7 EVRM ten grondslag liggende criteria 'foreseeability' en 'accessibility' waardoor het oordeel van de Rechtbank bovendien ontoereikend is gemotiveerd.

2.2.1. Blijkens de bestreden uitspraak is de uitlevering van de opgeëiste persoon verzocht met het oog op zijn vervolging. De Rechtbank heeft de verzochte uitlevering aan Rwanda toelaatbaar verklaard ter zake van onder meer – kort gezegd – genocide, gepleegd in Rwanda in de periode van 7 april 1994 tot 14 juli 1994.

2.2.2. Blijkens het proces-verbaal van de zitting van de Rechtbank hebben de raadslieden van de opgeëiste persoon aldaar het woord gevoerd overeenkomstig de aan de Rechtbank overgelegde pleitnota's. Deze pleitnota's houden – voor zover voor de beoordeling van het middel van belang – het volgende in:

- de pleitnota van 24 juni 2014:

'4.2.4 Legaliteitsbeginsel

233. In ondergeschikte orde: niet strafbaarheid van eventuele in april 1994 in Rwanda begane daden van genocide - legaliteitsbeginsel en verjaring.

234. Het verdrag van 9 december 1948 inzake de voorkoming en bestraffing van genocide schrijft in art. V voor dat de verdragsluitende Staten zich ertoe verbinden, overeenkomstig hun onderscheiden grondwetten, de wetten af te kondigen, welke nodig zijn voor de tenuitvoerlegging van de bepalingen van het verdrag, en, in het bijzonder, voor de vaststelling van doeltreffende straffen.

235. De Republiek Rwanda heeft bij decreet-wet n° 08/75 d.d. 12 februari 1975, gepubliceerd op 10 mei 1975, genoemde conventie geratificeerd.

236. Het is slechts bij organieke wet 33bis d.d. 6 september 2003 dat de bestraffing van de misdaad van genocide wettelijk werd vastgesteld. Deze wet bevestigt dat Rwanda weliswaar de internationale verdragen die in deze misdaad voorzien had geratificeerd maar hiervoor geen toepasselijke wettelijke sancties had voorzien.

237. Op basis hiervan heeft de meerderheid van de Franse Hoven van beroep verzoeken tot uitlevering naar Rwanda afgewezen enerzijds op grond van het legaliteitsbeginsel en de non retroactiviteit van de strafwetten en anderzijds op grond van de vaststelling dat de vervolging van misdaden op basis van het strafrechtelijk gemeenrecht in voege op datum van de feiten verjaard is.

238. Deze rechtspraak werd recent bevestigd in verschillende cassatiearresten.

239. Het Hof van Cassatie motiveert aldus de verbreking van een afwijkend arrest :

'Maar aangezien door aldus te statueren, terwijl de misdaden van genocide en misdaden tegen de mensheid zouden geïndiceerd zijn

geworden door internationale instrumenten, meer in het bijzonder de Conventie betreffende genocide van 9 december 1948 en deze betreffende de onverjaarbaarheid van misdaden tegen de mensheid van 26 november 1968, welke van toepassing waren op het ogenblik van de feiten, bij afwezigheid, op zelfde datum, van een precieze en toegankelijke definitie van de constitutieve elementen ervan alsook van een bestraffing voorzien door de Rwandese wet, het principe van de strafrechtelijke legaliteit, voorzien door het verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en door het EVRM, welke grondwettelijke waarde hebben in Frankrijk, belet dat gezegde feiten zouden beschouwd worden als zijnde strafbaar gesteld door de verzoekende Staat, in de zin van art. 696-3, 1° wetboek van strafvordering, de onderzoekskamer de gezegde teksten en principes heeft miskend.’

240. Het is de bevestiging van het principe ‘nulla poena sine lege’.

241. Gesteld dus dat alle constitutieve elementen van de misdaad van genocide in hoofde van appellant zouden bewezen worden, quod certe non (zie hoger), dan nog zou moeten vastgesteld worden dat dit misdrijf enkel had kunnen vervolgd worden onder de bepalingen van het Rwandees strafrechtelijk gemeen recht van toepassing op datum van de feiten, en dat de strafvervolgung uit dien hoofde reeds verjaard was op het ogenblik van de door appellant in Nederland gedane verklaringen. Er zou dus geen reden voorhanden zijn om appellant uit te wijzen; - de pleitnota van 27 juni 2014:

(...)

2.2.3. Blijkens voormeld proces-verbaal van de zitting van de Rechtbank heeft de raadsman van de opgeëiste persoon mr. Flamme aldaar voorts in aanvulling op de pleitnota van 24 juni 2014 het volgende aangevoerd:

‘In aanvulling op paragraaf 240 verklaart mr. Flamme dat dit principe ook in het verdrag zelf is opgenomen. Indien de bestraffing niet is voorzien, kan de misdaad niet bestraft worden.’

2.2.4. De Rechtbank heeft het verweer verworpen en heeft daartoe het volgende overwogen:

‘6.5 Naar Rwandees recht zijn deze feiten strafbaar gesteld met een gevangenisstraf van meer dan een jaar. De feiten zijn volgens de Nederlandse wetsbepalingen eveneens strafbaar gesteld met een vrijheidsstraf van meer dan een jaar.

6.6 Ter zitting is namens de opgeëiste persoon het verweer gevoerd dat bij uitlevering voor genocide het legaliteitsbeginsel zal worden geschonden, omdat genocide in 1994 nog niet strafbaar was in Rwanda. De rechtbank verwierpt dit verweer. Volgens vaste jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt dit beginsel niet geschonden als sprake is van bestraffing voor een misdrijf dat ten tijde van het plegen strafbaar was naar internationaal recht. Niet alleen is Rwanda op 16 april 1975 toegetreden tot het Genocideverdrag, maar genocide was reeds daaraan voorafgaand volgens vaste jurisprudentie strafbaar naar het internationaal gewoonterecht.’

2.3. Art. 7 EVRM luidt in de Nederlandse vertaling:

‘1. Niemand mag worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde. Evenmin mag een zwaardere straf worden opgelegd dan die, die ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was.

2. Dit artikel staat niet in de weg aan de berechting en bestraffing van iemand, die schuldig is aan een handelen of nalaten, dat ten tijde van het handelen of nalaten, een misdrijf was overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen die door de beschaafde volken worden erkend.’

2.4. Bij de beoordeling van het aan het middel ten grondslag liggende beroep op het - in art. 5 Uitleveringswet, dat ingevolge art. 6 Wet overlevering inzake oorlogsmisdrijven van overeenkomstige toepassing is, vervatte - vereiste van dubbele strafbaarheid stelt de Hoge Raad het volgende voorop. In het kader van een uitleveringsprocedure waarin

door de Nederlandse rechter dient te worden beslist over de toelaatbaarheid van de uitlevering ter strafvervolgung in de verzoekende staat, is in het kader van die in te stellen strafvervolgung gelet op art. 7 EVRM van belang of de in het uitleveringsverzoek omschreven feiten reeds ten tijde van het begaan daarvan een strafbaar feit opleverden naar het recht van de verzoekende staat. Wat betreft de vraag of die feiten naar Nederlands recht op de vereiste wijze strafbaar zijn, is echter beslissend de stand van het recht ten tijde van de beslissing op het uitleveringsverzoek (vgl. HR 31 augustus 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD5885).

2.5. Blijkens haar hiervoor onder 2.2.4 weergegeven overwegingen heeft de Rechtbank het vorenstaande niet miskend. In die overwegingen ligt voorts als haar oordeel besloten dat genocide ten tijde van het begaan daarvan naar internationaal recht ook in Rwanda een strafbaar feit opleverde in de zin van art. 7, eerste lid, EVRM en thans in Rwanda bij nationale wet strafbaar is gesteld en wordt bedreigd met een vrijheidsstraf van een jaar of langer.

2.6. Het oordeel van de Rechtbank getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is toereikend gemotiveerd. Mede in aanmerking genomen hetgeen door de raadslieden van de opgeëiste persoon ter zitting van de Rechtbank is aangevoerd, zoals hiervoor onder 2.2.2 is weergegeven, was de Rechtbank niet tot een nadere motivering gehouden. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat, mede gelet op het Verdrag inzake de voorkoming en de bestraffing van genocide, dat door Rwanda in 1975 is geratificeerd, genocide ook in 1994 naar internationaal recht onmiskenbaar verboden was en dat het voor een ieder duidelijk moet zijn geweest dat genocide een misdaad is waarvoor degene die zich daaraan schuldig maakt strafrechtelijk verantwoordelijk kan worden gehouden. Aldus was de strafbaarheid van genocide in 1994 voldoende ‘accessible’ en ‘foreseeable’ als vereist door art. 7 EVRM.

2.7. Het middel faalt.

Noot

1 De strafrechtelijke vervolgung van internationale misdrijven is een complexe, kostbare en arbeidsintensieve aangelegenheid. Nederland speelt in Europa een voortrekkersrol. Sinds de inwerkingtreding van de Wet Internationale Misdrijven (WIM)⁵ is in negen zaken met in totaal dertien verdachten een uitspraak gedaan. Van de negen zaken zijn er zeven onherroepelijk; zes hebben tot een veroordeling en één tot een vrijspraak geleid.⁶ In twee van deze zaken stond de Rwandese genocide centraal. Joseph Mpambara werd in 2011 in hoger beroep tot levenslange gevangenisstraf veroordeeld voor oorlogsmisdrijven gepleegd ten tijde van de genocide.⁷ Yvonne Basebya werd in 2013 veroordeeld tot zes jaar en acht maanden gevangenisstraf voor opruiing tot genocide.⁸

De afgelopen vijf jaar is Rwanda zelf zeer actief in het vervolgen en berechten van Rwandese genocideverdachten. Waren er aanvankelijk zorgen over de kwaliteit van de Rwandese rechtspleging (onafhankelijkheid van de rechters, gebrekkige effectuering van verdedigingsrechten), sinds de uitspraak van het EHRM in de zaak *Ahorugeze*,⁹ waarin het EHRM oordeelde dat uitlevering

5 19 juni 2003, *Stb.* 2003, 270, i.w.tr. 25 augustus 2003, *Stb.* 2003, 340.

6 Voor een goed overzicht zie A.L. Smeulders, ‘Tien jaar Wet Internationale Misdrijven – een evaluatie’, *DD* 2014, p. 267-290 en de rapportagebrief Internationale Misdrijven, 13 november 2003,

Kamerstukken II, 2014/15, 34000, VI, 4.

7 *Gerechtshof’s-Gravenhage*, 7 juli 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR0686 en HR 26 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1420. Zie E. van Sliedregt, ‘Fair labelling’, *AA* 2011, afl. 12, p. 884-889 (AA20110884).

8 *Rechtbank’s-Gravenhage* 1 maart 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ4292. Zie E. van Sliedregt, ‘De zaak Basebya’, *AA* 2013, afl. 12, p. 938-943 (AA20130938).

9 *EHRM* 27 oktober 2011, 37075/09.

van de opgeëiste persoon door Zweden aan Rwanda geen schending van artikelen 3 en 6 EVRM oplevert, werkt Nederland actief mee. Dit is mede vanuit de gedachte dat het de voorkeur verdient dat vervolging en berechting plaats vindt in het land waar de feiten hebben plaats gevonden. Door Nederland is de afgelopen jaren fors geïnvesteerd in de rechtsstaatopbouw in Rwanda.

De eerste uitlevering van een Rwandese genocideverdachte aan Rwanda betrof Jean-Claude I. Tegen laatstgenoemde had het OM eerst zelf een strafvervolging gestart. Deze werd gestaakt toen Rwanda Nederland in september 2013 om uitlevering verzocht. De Rwandese zaken laten zien dat een ontwikkeling gaande is in Nederland van *judicare* naar *dedere*.¹⁰

2 Uitlevering geschiedt niet dan krachtens een verdrag zo luidt artikel 2 Uw en artikel 2 lid 3 van de Grondwet (Gw). Aan de verdragseis ligt de gedachte ten grondslag dat vanwege de verdragsrelatie tussen Nederland en de verzoekende staat vertrouwd mag worden op de juistheid van de informatie die de verzoekende staat verstrekt. Vanwege het feit dat Nederland alleen uitleveringsverdragen sluit met landen die fundamentele rechtsbeginselen respecteren, mag er voorts op worden vertrouwd dat de opgeëiste persoon een eerlijk proces wacht in de verzoekende staat.¹¹ Dat vertrouwen is in beginsel gegeven als de verzoekende staat partij is bij het EVRM.¹² Is de verzoekende staat geen lid van het EVRM dan kan het vertrouwensbeginsel worden gebaseerd op garanties die onderdeel zijn van bilaterale afspraken bij een uitleveringsverdrag dan wel garanties als onderdeel van een uitleveringsverzoek.¹³ Concreet brengt het vertrouwensbeginsel mee dat de uitleveringsrechter weinig ruimte heeft om te toetsen of mensenrechten van de opgeëiste persoon bij uitlevering wel/niet worden geschonden.¹⁴

Nederland heeft geen uitleveringsverdrag gesloten met Rwanda. De verdragsbasis in onderhavige uitleveringszaken is het Genocideverdrag (1948).¹⁵ Rwanda is op 16 april 1975 toegetreden tot het Genocideverdrag, Nederland op 20 juni 1966. Hoewel het Genocideverdrag geen 'klassiek' uitleveringsverdrag is, biedt het een juridische basis voor strafrechtelijke samenwerking. Artikel VII van het Genocideverdrag bepaalt dat, ten behoeve van uitlevering, genocide niet als een politiek misdrijf moet worden gezien (waarmee vrees voor politieke vervolging geen weigeringsgrond oplevert) en dat de Verdragstaten 'pledge themselves in such cases to grant extradition in accordance with their laws and treaties in force'. Hiermee verplichten Rwanda en Nederland zich tot het te goeder trouw uitvoeren van de wederzijdse verplichting tot

uitlevering.¹⁶ Overigens was lange tijd geen sprake van een verdragsrelatie tussen beide landen. Bij toetreding tot het Genocideverdrag maakte Rwanda een voorbehoud bij artikel IX van het Genocideverdrag dat ziet op geschilbeslechting door het Internationaal Gerechtshof. Nederland reageerde op dat voorbehoud door een verklaring aan te nemen dat het Staten met een dergelijk voorbehoud niet als verdragspartner beschouwt. Pas in 2008 trok Rwanda het voorbehoud in. In de eerste uitleveringszaak (Jean-Claude I.) wordt op dit punt verweer gevoerd. Er zou tot op heden geen verdragsrelatie bestaan tussen Rwanda en Nederland. Het verweer wordt door de rechtbank verworpen nu vanwege intrekking van het voorbehoud door Rwanda de reden van het Nederlandse bezwaar was komen te vervallen.¹⁷

Het vertrouwensbeginsel is in onderhavige zaken gebaseerd op de *Transfer Law* en de *Fair Trial Guarantees* in het uitleveringsverzoek. Het Genocideverdrag mag een basis voor rechtshulp bieden, het is onvoldoende als basis voor vertrouwen in het Rwandese rechtssysteem. Allereerst vanwege het feit dat het Genocideverdrag naar zijn aard geen uitleveringsverdrag is; rechtshulp is slechts een van de zaken die het verdrag beoogt te regelen. Ten tweede vanwege het feit dat er eerder reden was om Rwanda te wantrouwen vanwege onvolkomenheden in de Rwandese rechtspleging.

In beide uitleveringszaken wordt de rechtbank gevraagd om ten volle te toetsen of de opgeëiste persoon na uitlevering wordt blootgesteld aan mensenrechtenschendingen. Vanwege het vertrouwensbeginsel, gegrond in de gegeven garanties, houdt de rechter echter vast aan de bevoegdheidsverdeling die uit het beginsel voortvloeit. Het is aan de minister en niet de rechtbank om de mensenrechtensituatie van een verdragspartner aan de kaak te stellen en op dat punt te oordelen over wel/niet uitlevering. Dit laat volgens de Hoge Raad onverlet de mogelijkheid om de minister te adviseren over de uitlevering, hetgeen de rechtbank ook doet. Zo wordt de balans gevonden tussen enerzijds het belang van de verzoekende staat en anderzijds het belang van de opgeëiste persoon.

3 De vraag die in de tweede uitleveringszaak centraal staat, is of het Rwandese recht een strafbaarstelling bevat die genocide strafbaar stelt. Artikel 5, eerste lid, aanhef en onder a Uw vereist (gekwalificeerde) dubbele strafbaarheid. Uitlevering geschiedt slechts voor een feit waarvoor zowel naar het recht van de verzoekende staat als naar Nederlands recht, een vrijheidsstraf van een jaar of langer kan worden opgelegd.

10 Naar het bekende adagium *aut dedere aut judicare* – óf uitleveren óf zelf berechten.

11 HR 1 juli 1985, *NJ* 1985/162, m.nt. A.H.J. Swart.

12 HR 28 mei 1985, *NJ* 1985/892. In dergelijke gevallen is het vertrouwensbeginsel gebaseerd op het tussen Nederland en de verzoekende staat van kracht zijnde EVRM en niet op het uitleveringsverdrag. V.H. Glerum, *De weigeringsgronden bij uitlevering en overlevering. Een vergelijking en*

kritische evaluatie in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 20.

13 In HR 21 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB7699, *NJ* 2008/44 oordeelde de Hoge Raad dat garanties van de kant van de verzoekende staat eveneens onder de reikwijdte van het vertrouwensbeginsel vallen. Zie ook HR 1 juli 1985, *NJ* 1986/162 m.nt. A.H.J. Swart.

14 HR 28 mei 1985, *NJ* 1985/892. Zie ook Glerum 2013, p. 19-20.

15 Het Verdrag inzake de voorkoming en bestraffing van genocide, *Trb.* 1960, 32.

16 Zie ook W.A. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2000, p. 349.

17 Rechtbank 's-Gravenhage 20 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18505.

De raadslieden voeren aan dat het legaliteitsbeginsel is geschonden nu Rwanda pas na het begaan van het feit, bij organieke wet 33bis d.d. 6 september 2003, genocide strafbaar heeft gesteld. De rechtbank verwerpt het verweer door te wijzen op de strafbaarheid van genocide naar internationaal gewoonterecht. In cassatie wordt geklaagd over de verwerping van dit verweer. Strafbaarheid naar gewoonterecht laat immers onverlet dat ‘geen toepasselijke sancties [waren] voorzien ten tijde van de feiten waarvoor uitlevering wordt verzocht’.¹⁸ Daarnaast wordt gewezen op rechtspraak van het Franse Cour de Cassation waarin uitlevering naar Rwanda in strijd wordt geacht met het legaliteitsbeginsel vanwege het ontbreken van een strafbaarstelling in Rwanda ten tijde van de feiten waarvoor uitlevering wordt verzocht.

De klacht van de raadslieden over de motivering snijdt hout.¹⁹ Juist de sanctiebepaling is van belang voor de vaststelling of sprake is van gekwalificeerde dubbele strafbaarheid en daarmee toelaatbaarheid van de uitlevering. De vraag is echter of er sprake dient te zijn van strafbaarheid naar nationaal recht ten tijde van het begaan van het feit of ten tijde van de beslissing op het uitleveringsverzoek. De Hoge Raad oordeelt het laatste en laat dan ook de motivering van de rechtbank in stand. Hij neemt daarbij in aanmerking dat mede gelet op het Genocideverdrag dat in 1975 door Rwanda is geratificeerd, genocide ook in 1994 ‘naar internationaal recht onmiskenbaar verboden was’ en dat het voor een ieder duidelijk moet zijn geweest dat genocide een misdaad is die strafrechtelijke aansprakelijkheid genereert. Met betrekking tot de voorzienbaarheid, dringt de vraag zich op of nader onderzocht moet worden of het Genocideverdrag in 1994 wel/niet deel uitmaakte van de Rwandese rechtsorde; of onderzocht moet worden of Rwanda een monistisch of dualistisch systeem kent van doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde.²⁰ Om twee redenen lijkt mij dat niet het geval. Allereerst omdat het genocideverbod een *ius cogens* norm is; een dwingende regel van gewoonterecht die te allen tijde en door een ieder dient te worden gerespecteerd en bekend mag worden verondersteld. Omzetting naar nationaal recht kan geen voorwaarde zijn voor de geldigheid van de norm. Ten tweede omdat het Genocideverdrag, vanwege het ontbreken van sanctiebepalingen, sowieso omzetting naar nationaal recht vereist (zie verder hieronder).

4 A-G Spronken maakt duidelijk waarom het toetsen van dubbele strafbaarheid op het moment van de beslissing op het uitleveringsverzoek niet tot ontoelaatbaarheid van de uitlevering hoeft te leiden. Zij meent dat de gewraakte uitspraak in stand kan blijven nu het middel miskent dat ingevolge artikel 7, tweede lid EVRM strafbaarstelling van genocide met terugwerkende kracht mogelijk maakt.²¹ In artikel 7 EVRM is het legaliteitsbeginsel opgenomen.²² Het eerste lid omvat de *nullum crimen sine lege*- en *nulla poena sine lege*-beginselen. Het tweede lid bevat een uitzondering op het verbod op terugwerkende kracht van lid 1, en wel voor die specifieke gevallen waar sprake is van strafbaarheid naar internationaal (gewoonte)recht. Uit de *travaux préparatoires* bij het Verdrag blijkt dat deze bepaling een uitzondering maakt voor de bijzondere situatie van internationale misdrijven die, gepleegd tijdens de Tweede Wereldoorlog, werden vervolgd en bestraft op basis van *ex post facto* wetgeving. Nu de misdrijven in het Statuut van het Internationaal Militair Tribunaal te Neurenberg hadden te gelden als ‘declaratory of international laws and customs of war as understood in 1939’²³ kon strafbaarheid gebaseerd worden op internationaal (gewoonte)recht, zo was de redenering. Het met terugwerkende kracht toepassen van een nationale strafbepaling levert in die omstandigheid geen strijd op met het legaliteitsbeginsel.

Uit EHRM rechtspraak met betrekking tot artikel 7 EVRM blijkt dat niet slechts feiten gepleegd tijdens de Tweede Wereldoorlog onder het bereik van artikel 7, tweede lid vallen.²⁴ De bepaling is meer dan een ‘reparatiebepaling’ voor de *ex post facto* berechting van oorlogsmisdadigers na afloop van de Tweede Wereldoorlog. De rationale is veeleer dat, vanwege het feit dat internationale conflicten en regime-veranderingen hiaten of onvolkomenheden in nationale wetgeving blootleggen, het mogelijk moet zijn, met terugwerkende kracht ernstige schendingen van het internationale recht te vervolgen en te bestraffen. Daar komt bij dat vervolging en bestraffing van dergelijke misdrijven bij kan dragen aan het herstel van in het verleden gemaakte fouten.

Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een inbreuk op artikel 7 EVRM kijkt het Hof naar het internationaal recht zoals dat gold ten tijde van het begaan van het strafbare feit. Zo boog het EHRM zich in de zaak *Korbely* over de vraag of deelname aan ‘quelling a riot’ naar de stand van het gewoonterecht in 1956 een nexus/link vereiste met een gewapend conflict.²⁵ Het Hof eist niet dat op het moment van begaan van het feit de strafsancie was be-

¹⁸ Zie conclusie A-G Spronken, ECLI:NL:PHR:2014:2293, par. 5.

¹⁹ Dat genocide een internationaal misdrijf is en dat het verbod op genocide tot het internationaal gewoonterecht behoort, is onomstreden en zal ik verder niet bespreken. Zie bijvoorbeeld de conclusie van A-G Spronken bij Hoge Raad 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3627; ECLI:NL:PHR:2014:2293, par. 32-39.

²⁰ Volgens art. 190 van de Rwandese Grondwet d.d. 26 mei 2003 zijn verdragen bindend vanaf het moment dat ze zijn bekend gemaakt. Dit duidt op een monistisch systeem.

²¹ Par. 17-18.

²² Art. 7 EVRM in de Nederlandse vertaling: 1. Niemand mag worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde. Evenmin mag een zwaardere straf worden opgelegd dan die, die ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was. 2. Dit artikel staat niet in de weg aan de berechting en bestraffing van iemand, die schuldig is aan een handelen of nalaten, dat ten tijde van het handelen of nalaten, een misdrijf was overeenkomstig de algemene

rechtsbeginselen die door de beschaafde volken worden erkend.

²³ EHRM 17 mei 2010, 36376/04, *Kononov v. Latvia* (Grand Chamber), par. 185-186.

²⁴ Met de zaak *Šimšić* werd duidelijk dat het EHRM art. 7 lid 2 ook van toepassing acht op internationale misdrijven gepleegd in latere conflicten zoals de Balkanoorlog (EHRM (Decision, Court 4th instance) 10 april 2012, 51552/10, *Šimšić v. Bosnia Herzegovina*), par. 23.

²⁵ EHRM (Grand Chamber) 19 september 2008, 9174/02 (*Korbely v. Hungary*), par. 82 (het Hof concludeerde van niet).

paald, noch naar internationaal recht noch naar nationaal recht. Met betrekking tot dat laatste kan gewezen worden op de *Kononov*- en *Šimšić*-zaken waar strafvervolging was gebaseerd op *ex post facto*-nationaal recht voor feiten die op het moment van begaan strafbaar waren naar internationaal (gewoonte)recht. Het Hof accepteert een 'gelede normstelling' met een terugwerkende sanctiebepaling.²⁶

Naar internationaal recht is van een sanctiebepaling überhaupt geen sprake. Het bij verdrag regelen van de hoogte van een sanctie verdraagt zich slecht met soevereiniteit en de diversiteit aan nationale tradities ten aanzien van sanctionering. Het Genocideverdrag bevat in artikel V de verplichting voor staten om genocide strafbaar te stellen:

'The Contracting Parties undertake to enact, in accordance with their respective Constitutions, the necessary legislation to give effect to the provisions of the present Convention and, in particular, to provide effective penalties for persons guilty of genocide or any of the other acts enumerated in Article 3.'

Uit de bewoordingen van deze bepaling blijkt dat strafrechtelijke handhaving niet de enige manier is om aan de plicht tot handhaving te voldoen. Met deze ruime formulering werd gehoor gegeven aan de wens van verdragsluitende partijen om zelf invulling te geven aan de aard en hoogte van de sanctie.²⁷ Ook de artikelen IV en VI, waarin de bestraffing van verdachten wordt voorgeschreven, bevatten geen sanctiebepalingen. Het Genocideverdrag vergt implementatie via nationale wetgeving. De norm is weliswaar voldoende duidelijk en leent zich voor rechtstreekse toepassing (art. 93 Gw),²⁸ de effectivering ervan vereist omzetting. In Nederland is dat gedaan met de Uitvoeringswet Genocideverdrag (UGv) en de Wet Overlevering Oorlogsmisdrijven (WOO). Sinds 1 oktober 2003 is genocide strafbaar gesteld in artikel 3 van de WIM die terugwerkende kracht heeft tot op het moment van inwerkingtreding van de Uitvoeringswet Genocideverdrag (24 oktober 1970, zie art. 21 lid 4 WIM).

Uit het voorgaande volgt dat het legaliteitsbeginsel niet wordt geschonden wanneer M. in Rwanda wordt vervolgd op basis van in 2003 inwerking getreden wetgeving.²⁹ Dat betekent dat uitlevering aan Rwanda kan plaatsvinden door de dubbele strafbaarheid te toetsen naar het thans geldende Rwandese recht. Het Franse Cour de Cassation dat uitlevering naar Rwanda ontoelaatbaar verklaarde omdat dubbele strafbaarheid ontbreekt op het tijdstip van het begaan van de feiten is gezien het voorgaande strenger dan het EHRM.³⁰ Mocht Frankrijk niet zelf overgaan tot strafvervolging dan is dit in ieder geval proble-

matisch vanuit de breed gedeelde opvatting dat ernstige misdrijven als genocide niet onbestraft mogen blijven. In paragraaf vier van de preambule van het Statuut van het Internationaal Strafhof valt immers te lezen dat Verdragsstaten afspreken, '[t]hat the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at the national level and by enhancing international cooperation'.³¹

Wat betreft de vraag of feiten naar Nederlands recht op de vereiste wijze strafbaar zijn, is volgens de Hoge Raad beslissend 'de stand van het recht ten tijde van de beslissing op het uitleveringsverzoek'.³² Dit vloeit voort uit de ratio van het beginsel van dubbele strafbaarheid: het voorkomen dat Nederland zou meewerken aan het handhaven van normen die strijdig zijn met de eigen rechtsopvatting, dan wel waar een strafsancie misplaatst wordt geacht. Alleen de actuele Nederlandse opvattingen zijn daarbij van belang.³³

5 Wat nu als na het begaan van het feit een in werking getreden wetwijziging de strafbedreiging verhoogt waarmee deze boven de vereiste drempel voor uitlevering komt te liggen? Kan de opgeëiste persoon profiteren van de eerdere, lagere strafbedreiging en uitlevering voorkomen? Het antwoord op deze laatste vraag is bevestigend.³⁴ Sinds de zaak *Scoppola* maakt het *lex mitior*-principe onderdeel uit van artikel 7, eerste lid EVRM.³⁵ Bij verandering van wetgeving na het tijdstip waarop het feit is begaan, dienen de voor de verdachte gunstigste bepalingen te worden toegepast. Dat het principe ook geldt voor misdrijven die strafbaar zijn naar internationaal recht blijkt uit de zaak *Maktouf and Damjanović*. Het EHRM oordeelde in deze zaak dat artikel 7, eerste lid EVRM was geschonden omdat klagers waren veroordeeld voor oorlogsmisdrijven op basis van wetgeving uit 2003 terwijl wetgeving uit 1976 van toepassing was ten tijde van het begaan van de feiten (1991-1992).³⁶ Deze laatste wet bevat lagere sanctiebepalingen. Ook al vielen de opgelegde sancties binnen het bereik van de sanctiebepalingen van zowel de wet van 2003 als die van 1976, nu deze laatste wet lagere straffen kent, was de kans op een lagere straf groter geweest bij berechting op basis van deze wet.

Volgens dezelfde logica dient een wetwijziging die na het begaan van het feit de strafbedreiging verlaagt ten gunste van de verdachte (met terugwerkende kracht) te worden toegepast. Als dit betekent dat de strafbedreiging onder de vereiste drempel van artikel 5 Uw komt te liggen dan leidt dat tot ontoelaatbaarheid van de uitlevering.³⁷

26 Zie *Kononov, Šimšić*. Zie ook A-G Spronken, ECLI:NL:PHR:2014:2293, par. 19.

27 Schabas 2000, p. 74-75, 347-349 en B. Saul, 'The implementation of the Genocide Convention at the National Level', in: P. Gaeta (ed.), *The Genocide Convention – A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 73.

28 Art. 3 van de WIM is een bijna woordelijke kopie van art. II van het Genocideverdrag.

29 Zie ook conclusie A-G Spronken,

ECLI:NL:PHR:2014:2293, par. 20.

30 Deze visie laat zich overigens verklaren door de strikte Franse visie op het legaliteitsbeginsel. Zie J. Pradel, *Droit Pénal Comparé*, Paris: Dalloz 2002, p. 236.

31 Zie ook § 6 van de preambule: 'Recalling that it is the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes.'

32 HR 31 augustus 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD5885,

NbSr 1999/214.

33 Glerum 2013, p. 310 en 291-295.

34 Glerum 2013, p. 303-304.

35 EHRM 17 september 2009, 10249/03 (*Scoppola v. Italy*); HR 12 juli 2011, NJ 2012/78 m.nt. N. Keijzer.

36 EHRM (Grand Chamber) 18 juli 2013, 2312/08 en 34179/08 (*Maktouf and Damjanović v. Bosnia Herzegovina*).

37 Glerum 2013, p. 303-304.

Toegegeven het *lex mitior*-principe zal niet snel tot ontoelaatbaarheid van de uitlevering leiden bij internationale misdrijven. De drempel van een jaar gevangenisstraf zal immers vaak gehaald worden. Toch is de vraag relevant nu het antwoord bepalend is voor de dubbele strafbaarheidstoets. Hiervoor bleek dat bij strafbaarheid naar internationaal recht en de afwezigheid van nationale sanctiebepalingen op het moment van het begaan van de feiten, de stand van het recht op het tijdstip van beslissing op het uitleveringsverzoek beslissend is. Dat is niet per definitie het geval. Het *lex mitior*-principe kan dwingen tot terugkijken. De aangezochte staat moet daar rekening mee houden.

Een laatste opmerking over het *lex mitior*-principe en internationale misdrijven. *Lex mitior* staat op gespannen voet met de geest van de uitzonderingsbepaling van artikel 7 lid 2 EVRM.³⁸ Zoals gezegd kan deze laatste bepaling worden gezien als de mogelijkheid om in een *transitional justice*-situatie met het verleden af te rekenen. Wanneer ernstige misdrijven zijn gepleegd kan het recht juist bijdragen aan herstel en verzoening via *ex nunc*-wetgeving. Groenhuijsen laat dat mooi zien in zijn bijdrage in de Keijzer-bundel over het Buitengewoon Besluit Strafrecht (BBS) (1943) en het legaliteitsbeginsel.³⁹ De welwillende reactie in de strafrechtelijke literatuur op het buiten werking stellen van het legaliteitsbeginsel, verklaart hij door te wijzen op het inzicht destijds dat het BBS een bijtjesdag had voorkomen. ■

38 Zie F. De Sanctis, 'Reconciling Justice and Legality. A Quest for Fair Punishment in Cases on Bosnian Atrocity Crimes', *Journal of International*

Criminal Justice 2014, p. 847-870.
39 M.S. Groenhuijsen, 'Het Besluit Buitengewoon Strafrecht (1943) en het legaliteitsbeginsel in

strafzaken', in: G.J.M. Corstens & M.S. Groenhuijsen (red.), *Rede en Recht*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 153-170.