

*Opmerkingen ten behoeve van blok 5 van het rondetafelgesprek inzake MH-17 op vrijdag 22 januari 2016 met leden van de Commissies voor Buitenlandse Zaken, Infrastructuur & Milieu en Veiligheid & Justitie van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.*

1. Voor zover mij bekend is het overal ter wereld gewoon een strafbaar feit wanneer buiten een militair conflict een vliegtuig wordt neergehaald waardoor inzittenden de dood vinden. Wanneer het vliegtuig wordt neergehaald in het kader van een gewapend conflict is er naar internationaal recht sprake van een oorlogsmisdrijf, indien wordt bewezen dat de aan het conflict deelnemende partij, die de raket afvuurde, met de wetenschap dat er een gewapend conflict gaande was, zich ten minste bewust was van de aanmerkelijke kans dat de inzittenden, die niet deelnamen aan de strijd, daardoor worden gedood. Afhankelijk van het al dan niet internationale karakter van het gewapende conflict en de focus van de gevolgen van het afvuren van de raket, komen een aantal oorlogsmisdrijven in aanmerking. Zonder kennis te kunnen nemen van de resultaten van het strafrechtelijke onderzoek is niet te beoordelen om welke oorlogsmisdrijven het precies gaat en of vervolgende instanties aan de bewijslast kunnen voldoen.
2. Strafrechtelijk aansprakelijk is degene die alle bestanddelen van het strafbare feit vervult, alsook degene, die een of meer bestanddelen mede vervult, ondersteunt of mogelijk heeft gemaakt. Daarnaast is ook strafrechtelijk aansprakelijk degene, die opdracht gaf tot het strafbare feit of als leidinggevende zich bewust was van de aanmerkelijke kans dat het strafbare feit zou plaatsvinden, maar niets deed, ofschoon hij vanwege zijn positie in staat en gehouden was om in te grijpen. Naar internationaal recht strekt de strafrechtelijke aansprakelijkheid zich ook uit over de militaire meerdere, die kennisneemt van het plaatsvinden van strafbare feiten, maar degenen, die de strafbare feiten pleegden of daaraan hebben deelgenomen, niet bestraft. Ook in dit geval is zonder kennisneming van het strafrechtelijk dossier niet te beoordelen hoe de strafrechtelijke aansprakelijkheid in casu uitpakt.
3. Het strafrechtelijke onderzoek zal ongetwijfeld gericht zijn op het achterhalen van degenen die de Buk-raket hebben afgevuurd, terwijl het aannemelijk is dat eveneens wordt onderzocht wie als leidinggevende bij het afvuren betrokken is of zijn geweest. Zonder kennis van het dossier is niet te beoordelen of dit louter Oekraïense separatisten en/of deelnemende Russische militairen waren, dan wel Oekraïense reguliere militairen. Indien de raket werd afgevuurd door Oekraïense separatisten wordt mogelijk ook onderzocht waar de Buk-raket vandaan kwam. In dat geval zal de uitkomst van het onderzoek mede afhangen van de medewerking van de autoriteiten van Oekraïne resp. Rusland. De politieke implicaties van het onderzoek zijn evident een handicap voor het achterhalen van degenen die strafrechtelijk verantwoordelijk zijn.
4. Het is algemeen aanvaard dat de soevereiniteit van staten met zich meebrengt dat op

het eigen grondgebied of in het nationale luchtruim plaatsgevonden misdrijven door de eigen nationale instanties worden onderzocht, vervolgd en berecht. De meeste nationale rechtsstelsels voorzien ook in de bevoegdheid om strafbare feiten, die in het buitenland hebben plaatsgevonden, onder bepaalde voorwaarden toch zelf te vervolgen en te berechten. De gebruikelijke aanknopingspunten zien vaak op de bescherming van bepaalde belangen, zoals de eigen nationaliteit van strafrechtelijk aansprakelijken en slachtoffers, het financiële stelsel of het intreden van de gevolgen van het strafbare feit op het eigen grondgebied. In verband hiermee bestaan er verdragen waarin afspraken zijn gemaakt over de bijstand in strafzaken en de uitlevering van verdachten.

5. Omdat de ramp met de MH17 zich in het Oekraïense luchtruim voordeed, kan Oekraïne de zaak onderzoeken en de aansprakelijken berechten, maar gelet op de belangenleer geldt dat ook voor Nederland, België, Maleisië en Australië, de landen waar slachtoffers van vlucht MH17 vandaan komen. Deze landen werken in het strafrechtelijke onderzoek samen in de vorm van het Joint Investigation Team. Voor zover bekend heeft dit team ook de door de Onderzoeksraad voor Veiligheid verzamelde informatie gekregen. Ik ga er vanuit dat dit team, daar waar nodig, de medewerking heeft gevraagd van andere landen dan de hiervoor genoemde vijf landen. De basis voor dergelijke verzoeken kan gevonden worden in de zo-even genoemde rechtshulp-verdragen, maar ook in verdragen op het gebied van de burgerluchtvaart, danwel in de welwillendheid die vaak in het diplomatiek verkeer tussen staten in acht wordt genomen. Zoals ook uit de rapportage van de Onderzoeksraad voor Veiligheid kan worden opgemaakt wordt medewerking echter niet altijd verleend.

6. Een probleem bij internationale onderzoeken kan zijn dat de belangen van een strafrechtelijk onderzoek kunnen botsen met de belangen van een aangezochte staat. De moeilijkheid is dat in degelijke gevallen veelal een verplichtend kader ontbreekt. Het is aannemelijk dat uit oogpunt van bronbescherming bepaalde informatie, vaak afkomstig van inlichtingendiensten, niet wordt verstrekt. Soms kunnen dit soort problemen worden opgelost door de gevraagde informatie alleen intern te gebruiken voor opsporingsdoel-einden maar niet voor de openbare bewijslevering. Een dergelijke oplossing is riskant want het zet een eerlijke en transparante berechting onder druk. Ik sluit niet uit dat er zowel in de Verenigde Staten als in Rusland informatie beschikbaar is die voor het strafrechtelijk onderzoek van belang is, doch waarover het Joint Investigation Team niet kan beschikken.

7. Een berechting van verdachten van het neerhalen van vlucht MH17 is niet alleen de wens van de nagelaten betrekkingen van de slachtoffers en de doelstelling van de landen die deelnemen aan het Joint Investigation Team, maar ook een verplichting die voortvloeit uit resolutie 2166 van 21 juli 2014 van de Veiligheidsraad, waarin wordt uitgesproken dat de personen achter het neerhalen van het vliegtuig ter verantwoording moeten worden geroepen en dat alle staten hieraan hun medewerking moeten geven. Over de wijze waarop aan deze verplichting vorm moet worden gegeven, bestaat geen overeenstemming. Vele soorten gerechten zijn denkbaar variërend van een internationaal tribunaal, een meer hybride gerecht tot een nationale instantie. Pogingen om een internationaal tribunaal door de Veiligheidsraad te laten instellen, en daarmee een alle landen bindende instantie in het leven te roepen, strandden zoals bekend vorig jaar op een Russisch veto.

8. Met het Russische veto is de mogelijkheid van een internationaal tribunaal nog niet van de baan, omdat een dergelijk tribunaal ook kan worden ingesteld door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties. De uitspraken van een dergelijk tribunaal zijn echter niet bindend. Dat is wel van belang omdat in het geval verdachten zich in de door de separatisten bezette gebieden van Oekraïne of in Rusland bevinden, hun uitlevering aan een dergelijk tribunaal een probleem kan worden. De kans bestaat dat de separatisten niet aan een berechting zullen meewerken, terwijl de medewerking van Oekraïne waarschijnlijk betekenisloos zal zijn omdat de staatsmacht niet in het rebellengebied kan worden uitgeoefend. Indien verdachten Russische staatsburgers zijn staat de Russische wetgeving er aan in de weg dat eigen onderdanen worden uitgeleverd. Kortom een internationaal tribunaal ingesteld door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties zal wel politiek prestige hebben maar geen juridische middelen om effectief te kunnen functioneren.

9. Voorts kan onderzocht worden of het Internationale Strafhof (ICC) te Den Haag de berechting van verdachten kan overnemen van een aangesloten staat, die conform artikel 17 van het Statuut van het ICC niet bereid of in staat is een dergelijke berechting te volvoeren. Nederland, België en Australië zijn weliswaar aangesloten bij het ICC maar naar mijn oordeel zal een beroep van een van deze landen op onwil of onmacht niet slagen. Oekraïne is geen lid-staat van het ICC-Statuut. Het heeft krachtens artikel 12 van het ICC-Statuut slechts voor een beperkte periode en een kwestie, die niets met de MH17-ramp van doen heeft, de tussenkomst van het ICC ingeroepen. Het is denkbaar dat Oekraïne opnieuw op basis van dit artikel een ad hoc beroep doet op het ICC voor de berechting van verdachten van de MH17-ramp. Meer in het algemeen kan Oekraïne natuurlijk gewoon lid-staat worden en het ICC-Statuut onvoorwaardelijk ratificeren, in welk geval een beroep op de onmacht-bepaling van artikel 17 een kans van slagen heeft.

10. Niettemin bestaat de geenszins ondenkbeeldige kans dat het ICC vanwege de onzekere en gevaarlijke toestand in het rebellengebied onvoldoende mogelijkheden ziet om een berechting op zich te nemen, te meer indien uit het onderzoek van het Joint Investigation Team zou blijken dat, of een aantal, verdachten de Russische nationaliteit hebben. Rusland is geen lidstaat en heeft het ICC-Statuut niet geratificeerd. Het is aannemelijk dat Rusland niet aan een berechting door het ICC vrijwillig zal meewerken en onderdanen niet zal uitleveren. Dit zou slechts anders zijn indien de Veiligheidsraad op basis van hoofdstuk VII van het VN-Handvest met toepassing van artikel 13 van het ICC-Statuut de berechting van verdachten van de MH17-ramp naar het ICC zou verwijzen. Vanwege het Russische vetorecht lijkt de kans daarop hoogst onwaarschijnlijk.

11. Een internationaal tribunaal kan ook op ad hoc basis worden opgericht door de staten die daartoe een verdrag met elkaar sluiten. Dit zouden Nederland, Oekraïne, België, Maleisië, Australië en mogelijk ook nog andere landen kunnen zijn. Probleem blijft dat derde landen, die geen partij zijn van het ad hoc verdrag, door dat verdrag niet worden gebonden. Het belangrijkste bezwaar van een ad hoc tribunaal, dat is opgericht door de landen die samenwerken in het Joint Investigation Team, is de relatie met de separatisten in Oekraïne en mogelijk ook met Rusland. Er zijn geen redenen om aan te nemen dat de Oekraïense separatisten aan een dergelijk ad hoc tribunaal zullen meewerken en het is onaannemelijk dat Rusland in het geval er Russische verdachten zijn, deze aan het ad hoc tribunaal zal uitleveren. Kortom een ad hoc tribunaal zal op dezelfde problemen kunnen

stuiten als hiervoor geschetst.

12. Dat geldt ook voor een berechting door een nationaal gerecht van Nederland of van een van de andere landen, die samenwerken in het Joint Investigation Team, terwijl (afgezien van te verwachten verwijten van vooringenomenheid) vanwege de moeilijke omstandigheden in Oekraïne niet te verwachten is dat dit land überhaupt in staat zal zijn een berechting te volvoeren die de toets van de kritiek zal kunnen doorstaan. Een nationaal gerecht zal weinig kunnen doen zonder de medewerking van buitenlandse autoriteiten. Het is niet te verwachten dat de separatisten in het rebellengebied in Oekraïne zullen meewerken of dat Rusland de separatisten op verzoek van een nationaal gerecht, van een van de landen die in het Joint Investigation Team samenwerken, daartoe zal overhalen. In het geval verdachten Russisch onderdaan zijn, is berechting van deze verdachten buiten Rusland bovendien illusoir. Dit alles zal niet anders zijn indien de berechting plaatsvindt voor een nationaal gerecht van een derde staat.

13. Een belangrijk punt bij het kiezen van een geschikte, of wellicht minst slechte, oplossing voor de berechting van verdachten van de MH17-ramp is de kwestie van hun aanwezigheid bij een berechting. Onder de gegeven moeilijke omstandigheden voor het vinden van een geschikte vorm van een gerecht zou wellicht een berechting bij verstek overwogen kunnen worden. Daaraan kleven echter ook bezwaren. Bij een berechting bij verstek wordt het aan het daglicht brengen van de waarheid in belangrijke mate bemoeilijkt en waarschijnlijk zelfs beperkt, aan nabestaanden wordt weinig genoegdoening geboden, en veroordeelden ontlopen waarschijnlijk hun gerechte straf. De onbevredigende gang van zaken bij het Libanon tribunaal is daarvan helaas een voorbeeld.

14. Het lijkt erop dat Rusland bij de berechting een sleutelpositie inneemt, omdat medewerking van separatisten uit het rebellengebied in Oekraïne zonder een actieve inzet van Rusland niet te verwachten is, terwijl in geval van Russische verdachten samenwerking met Rusland onontbeerlijk lijkt. Bij deze stand van zaken, ware het te onderzoeken of tussen de in het Joint Investigation Team samenwerkende landen en Rusland afspraken kunnen worden gemaakt over een of andere vorm van gezamenlijke berechting. Een hybride gerecht, bijvoorbeeld, bestaande uit Russische en Nederlandse en/of andere rechters, gevestigd in Rusland of in Nederland danwel in een derde land is wellicht voor alle betrokken landen aanvaardbaar en beter dan niets. Een dergelijk gerecht kan wellicht ook voorkomen dat het beginsel *Nemo iudex in causa sua* wordt geschonden. Tenslotte zij er op gewezen dat Russische rechters ook in andere internationale gerechten, zoals het Internationale Hof van Justitie, het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, het Joegoslavië Tribunaal en het Rwanda Tribunaal functioneren of hebben gefunctioneerd.

Den Haag 20 januari 2016