



Faculteit der Rechtsgeleerdheid

Postbus 19268
1000 GG Amsterdam

T 020 525 3449

Advies Internationaal Tribunaal ISIS

Datum

22 juli 2019

Auteur

Prof. dr P.A. Nollkaemper

Titel

Advies Internationaal Tribunaal ISIS

Inleiding

Op 7 mei jl. is mij namens de Minister van Buitenlandse Zaken de volgende vraag voorgelegd:

Aan welke voorwaarden zou een op te richten internationaal tribunaal moeten voldoen om op effectieve en legitieme wijze leden van ISIS te berechten voor internationale misdrijven en andere misdrijven, uitgaande van het ontbreken van een mandaat van de VN Veiligheidsraad en instemming van Syrië of Irak hiervoor. Wat zouden de juridische beperkingen zijn van een multilateraal tribunaal dat wordt opgericht zonder mandaat van de VN Veiligheidsraad of toestemming van Syrië of Irak?

De conclusie van mijn advies is dat in de afwezigheid van een mandaat van de VN Veiligheidsraad en instemming van Irak of Syrië, de mogelijkheden van een tribunaal voor effectieve en legitieme berechting van leden van ISIS uiterst beperkt zijn. Deze mogelijkheden worden in hoofdzaak bepaald door een zo breed mogelijke participatie van staten die rechtsmacht kunnen uitoefenen over ISIS-leden, alsmede door effectieve samenwerking met Irak of Syrië (ook als ze zelf niet instemmen met oprichting van een tribunaal) en andere relevante actoren met het oog op toegang tot verdachten, getuigen en bewijs. Hoe dan ook zal berechting door een internationaal tribunaal slechts een beperkt onderdeel kunnen zijn van een bredere strategie gericht op effectieve en legitieme berechting van ISIS-leden. Deze zal met nadruk ook berechting op nationaal niveau moeten omvatten.

Ter beantwoording van de gestelde vraag bespreek ik in dit advies achtereenvolgens:

- enkele door de vraagstelling gegeven beperkingen van de mogelijkheid om te komen tot een effectieve en legitieme berechting van ISIS-leden (par. 1);
- de mogelijke doelstellingen van een internationaal tribunaal (par. 2);
- de wijze waarop een internationaal tribunaal kan worden opgericht (par. 3);
- de rechtsmacht van een internationaal tribunaal over leden van ISIS (par. 4);
- de rechtsmacht van een internationaal tribunaal over internationale en andere misdrijven (par. 5);
- toegang van een tribunaal tot verdachten, getuigen en bewijs (par. 6);
- overige voorwaarden waaraan een tribunaal zou moeten voldoen, wil het in staat zijn verdachten op een effectieve en legitieme wijze te berechten (par. 7).

In paragraaf 8 vat ik de juridische beperkingen van een multilateraal tribunaal dat wordt opgericht zonder mandaat van de VN Veiligheidsraad of toestemming van Irak of Syrië samen en formuleer ik mijn conclusie van het advies.

1. Vier beperkingen

Voordat ik inga op de gegeven vraagstelling, bespreek ik vier beperkingen die de keuze voor een internationaal tribunaal, als aangegeven in de vraagstelling, met zich meebrengt.

Ten eerste betreft de gegeven vraagstelling alleen de optie van een *internationaal* tribunaal, en ziet zij niet op *nationale* berechting van leden van ISIS. De oprichting en inrichting van een internationaal tribunaal zal echter niet los kunnen worden gezien van nationale berechting. Nationale berechting zou plaats kunnen vinden in Irak of Syrië (waar ISIS-leden misdrijven hebben gepleegd), dan wel in staten waarvan onderdanen naar Irak of Syrië zijn gereisd en zich daar bij ISIS hebben aangesloten (bijvoorbeeld Nederland). Een internationaal tribunaal zal berechting in deze staten zeker niet kunnen uitsluiten, al was het alleen maar omdat een internationaal tribunaal onmogelijk alle leden van ISIS zal kunnen berechten. Nationale berechting heeft ook juridische en praktische

Titel

Advies Internationaal Tribunaal ISIS

voordelen boven internationale berechting. Mede in het licht van de beperkingen van internationale berechting zoals die hieronder aan orde komen (in het bijzonder beperkingen van rechtsmacht, uitlevering van verdachten en toegang tot bewijs), verdient het aanbeveling om de mogelijkheden van nationale berechting, waar nodig ondersteund door internationale samenwerking en eventueel met een complementaire rol van een internationaal tribunaal, te onderzoeken. Op grond van internationaal recht moeten hierbij wel enkele waarborgen worden gegarandeerd, in het bijzonder het recht op een eerlijk proces, het uitsluiten van de doodstraf, detentie conform internationale standaarden en de mogelijkheid van consulaire bijstand.

Een tweede beperking van de vraagstelling is het gegeven dat een internationaal tribunaal zou worden opgericht zonder instemming van Irak of Syrië en zonder een mandaat van de VN Veiligheidsraad. Een internationaal tribunaal waaraan Irak of Syrië niet deelnemen zal belangrijke beperkingen hebben in termen van effectiviteit, bijvoorbeeld wat betreft haar rechtsmacht over personen die niet de nationaliteit van deelnemende staten hebben en toegang tot verdachten, getuigen en bewijs. De ervaring leert dat tribunaal succesvoller zijn als ze de steun hebben van het zittende regime (bijvoorbeeld het Internationaal Tribunaal voor Rwanda (ICTR) en het Speciale Gerechtshof voor Sierra Leone (SCSL)) dan wel als zij worden ondersteund door de Veiligheidsraad (Internationale Tribunaal voor het voormalige Joegoslavië (ICTY)). Het verdient dan ook aanbeveling om in te zetten op internationale berechting *met* instemming van Irak of Syrië, waarbij de voorwaarde van garantie van de hiervoor genoemde waarborgen vanzelfsprekend van overeenkomstige toepassing is, en/of overeenstemming in de Veiligheidsraad.

Ten derde ziet de vraagstelling alleen op de oprichting van een *nieuw* internationaal tribunaal, niet op gebruik van een bestaand tribunaal. De optie van berechting door het Internationaal Strafhof (ISH) wordt hiermee uitgesloten. Dit is een direct gevolg van de veronderstelde afwezigheid van instemming van Irak of Syrië en de afwezigheid van een mandaat van de Veiligheidsraad. Zonder instemming van deze staten of een dergelijk mandaat kan het ISH immers geen rechtsmacht uitoefenen over misdrijven begaan in Irak of Syrië door personen die niet de nationaliteit hebben van staten die partij zijn bij het ISH.¹ Wel zal het ISH mogelijk *foreign terrorist fighters* (FTFs) kunnen berechten als deze de nationaliteit hebben van staten die partij zijn bij het ISH, zoals Nederland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk. Daarbij passen echter twee kanttekeningen. Ten eerste zal dit alleen een realistische optie zijn voor FTFs die behoren tot de meest verantwoordelijke ISIS strijders.² Of dit het geval is, zal voor elke individuele verdachte moeten worden vastgesteld. Ten tweede zal hoe dan ook moeten worden voldaan aan de ontvankelijkheidseisen van het ISH, waaronder het beginsel van complementariteit.³

De vierde beperking van de gegeven vraagstelling is dat het tribunaal 'leden van ISIS' zou berechten. Hierbij plaats ik drie kanttekeningen.

Ten eerste is de preliminaire vraag of het überhaupt wenselijk is om voor een internationaal tribunaal personen te vervolgen voor lidmaatschap van ISIS. Een duidelijk criterium voor lidmaatschap dat zich leent voor toepassing door een internationaal tribunaal lijkt vooralsnog te ontbreken. Personen

¹ Art. 12-13 Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof.

² 'Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the Alleged Crimes Committed by ISIS', *Internationaal Strafhof* 8 april 2015, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-stat-08-04-2015-1>.

³ Art. 17 Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof; zie bijv. M. Lattimer, S. Mojtahedi en L.A. Tucker (red.), 'A Step towards Justice: Current Accountability options for crimes under international law committed in Syria', *Ceasefire Centre for Civilian Rights & Syria Justice and Accountability Centre* 2015, p. 12.

Titel

Advies Internationaal Tribunaal ISIS

die zich bij ISIS hebben aangesloten, hebben mogelijk een veelheid van rollen en handelingen vervuld binnen ISIS, waarvan sommige zich meer lenen voor berechting voor een internationaal tribunaal dan andere. Berichten over veroordelingen tot de doodstraf in Irak, alleen op de grond dat personen lid waren van ISIS, zonder overweging van wat zij verder gedaan hebben,⁴ tonen de grote risico's van het hanteren van dit criterium.

Ten tweede waren de grenzen tussen verschillende in het conflict betrokken groepen fluïde. Personen die eerst vochten met een andere groep in Irak of Syrië sloten zich later aan bij ISIS of omgekeerd. Het is niet evident hoe een tribunaal om zal kunnen gaan met dergelijke veranderingen en bijvoorbeeld internationale misdrijven buiten beschouwing zou laten als blijkt dat een persoon deze had begaan voordat hij/zij lid van ISIS werd.

Ten derde, en in het verlengde hiervan, lees ik de vraagstelling zo, dat een tribunaal *alleen* leden van ISIS zou berechten. Deze keuze zou politiek wellicht begrijpelijk zijn, maar brengt risico's met zich mee. In het algemeen zijn internationale tribunalen zo ingericht, dat zij rechtsmacht kunnen uitoefenen ten aanzien van alle personen die worden verdacht van misdrijven in een bepaald conflict of een bepaalde situatie, *onafhankelijk* van de partij in het conflict waartoe zij behoren. Dat geldt bijvoorbeeld voor het ISH, het ICTY en het SCSL. Met de keuze om alleen leden van ISIS te berechten, en niet leden van groepen met wie ISIS in een conflict was verwickeld, zou een tribunaal het model volgen van het Neurenberg Tribunaal. Nog los van het probleem van personen die zich bij meerdere groepen hebben aangesloten, kan deze beperking en de selectiviteit die dit met zich meebrengt, nadelige gevolgen hebben voor de legitimiteit van een tribunaal.⁵

In het licht van deze drie overwegingen, zou het aanbeveling verdienen om bij oprichting van een tribunaal te streven naar een mandaat dat zich uitstrekt tot alle partijen bij het conflict. Daarmee zou het ook niet nodig zijn om voor elke verdachte afzonderlijk vast te stellen of deze op het moment van het begaan van een misdrijf lid van ISIS was. Het laat zich aanzien dat het belang van een brede rechtsmacht zal moeten worden afgewogen tegen het belang van het verkrijgen van brede steun, aangezien een bredere rechtsmacht, die zich uitstrekt over alle in het conflict betrokken partijen, ook andere staten zou kunnen impliceren.

Binnen deze vier grenzen van de gegeven vraagstelling, bespreek ik in de rest van dit advies of en onder welke voorwaarden een internationaal tribunaal zorg zou kunnen dragen voor een effectieve en legitieme berechting van leden van ISIS.

⁴ Bijv. 'France hands ISIS suspects to Iraq, which sentences them to hang', *New York Times* 29 mei 2019, <https://www.nytimes.com/2019/05/29/world/middleeast/france-iraq-isis-trials.html>.

⁵ Open Society Justice Initiative, *Options for Justice. A Handbook for Designing Accountability Mechanisms for Grave Crimes* (Open Society Foundation, 2018), p. 57: "Personal jurisdiction should not be defined to shield possible perpetrators on any side of the conflict from legal scrutiny. Exercises in one-sided or "victors" justice further divide riven societies and underscore perceptions that justice systems serve power rather than law. Although the president of Sierra Leone initially requested United Nations assistance in creating a court to try members of the Revolutionary United Front who committed atrocities (implicitly ignoring crimes by members of other fighting factions), the UN appropriately insisted on removal of this specification in the Special Court's mandate. In the end, the SCSL convicted members of different factions, including those of a pro-government militia."

Titel

Advies Internationaal Tribunaal ISIS

2. Doelstellingen

De doelstellingen van een tribunaal zullen bepalend zijn voor de vraag aan welke voorwaarden het tribunaal moet voldoen om op effectieve en legitieme wijze leden van ISIS te berechten. Zij zullen bijvoorbeeld bepalend zijn voor de vraag welke staten bij het tribunaal betrokken moeten zijn, de keuze van de personen die berecht zullen worden en de misdrijven die binnen de rechtsmacht van het tribunaal zullen moeten vallen.

In de vraagstelling is niet gegeven welke doelen een tribunaal zou moeten realiseren. Uit uitspraken van de Nederlandse regering, alsmede van enkele andere staten die betrokken zijn geweest bij besprekingen over berechting van ISIS-leden, leid ik af dat berechting van ISIS-leden een aantal verschillende doelen zou kunnen dienen. Daartoe behoren het voorkomen van straffeloosheid van leden van ISIS die zich schuldig hebben gemaakt aan (internationale) misdrijven;⁶ het realiseren van langdurige vrede en veiligheid in de regio;⁷ het tegemoetkomen aan het recht van slachtoffers van ISIS op gerechtigheid;⁸ en het bijdragen aan waarheidsvinding.⁹ Ook herstel van de rechtsorde in Irak en Syrië is wel als doelstelling genoemd.¹⁰ Het lijkt er bovendien op dat ook het voorkomen van de dreiging die uitgaat van terugkerende FTFs een doelstelling zou kunnen zijn.¹¹

⁶ ‘Speech Minister of Foreign Affairs Stef Blok in the Security Council on Protection of Civilians’, *Government of the Netherlands* 23 mei 2019 (Speech Stef Blok), <https://www.government.nl/documents/speeches/2019/05/22/statement-of-minister-of-foreign-affairs-stef-blok-in-the-security-council-on-protection-of-civilians>; ‘Sweden hosted expert meeting on tribunal’, *Government Offices of Sweden* 3 juni 2019, <https://www.government.se/press-releases/2019/06/sweden-hosted-expert-meeting-on-tribunal/>. Dit sluit aan bij doelstellingen van het Internationaal Strafhof: Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof, Preambule.

⁷ Speech Stef Blok, n 6. Ook het ICTY en ICTR zijn opgericht om bij te dragen aan het herstel van de vrede en veiligheid, Resolutie 827 van de VNVR (25 mei 1993), *UN Doc. S/Res/827* en Resolutie 955 van de VNVR (8 november 1994), *UN Doc. S/RES/955*.

⁸ Speech Stef Blok, n 6.

⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 29 754, nr. 492, p. 4.

¹⁰ M. van Helvert, ‘CDA nota over de aanpak van IS-strijders’, *CDA* april 2019, p. 2, https://d2vry01uvf8h31.cloudfront.net/Organisaties/Bestuurdersvereniging/Bestuursforum/Uitgaven/CDA_Nota_over_aanpak_van_IS-strijders.pdf. Dit was ook een doel van het SCSL, zie A. Smith, ‘Sierra Leone: The Intersection of Law, Policy, and Practice’, in C.P.R. Romano, A. Nollkaemper, en J.K. Kleffner (red.), *Internationalized Criminal Courts* (OUP, 2004), p. 125. In het algemeen zijn hybride tribunalen, naast het berechten van internationale misdrijven, ook gericht op het herstellen van het rechtssysteem, zie A. Pellet, ‘Internationalized Courts: Better Than Nothing...’, in C.P.R. Romano, A. Nollkaemper, en J.K. Kleffner (red.), *Internationalized Criminal Courts* (OUP, 2004), p. 440.

¹¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 27 925, nr. 651, p. 6. De Duitse minister van Binnenlandse Zaken heeft aangegeven een voorstander te zijn van berechting door een internationaal tribunaal in de regio, waarbij het voorkomen van de terugkomst van FTFs de voornaamste reden voor steun aan een dergelijk initiatief lijkt te zijn, zie W. van Wilgenburg, ‘German officials backs Syrian Kurdish call for international ISIS court’, *Kurdistan24* 5 april 2019, <https://www.kurdistan24.net/en/news/6287f546-0d2c-40b4-b46a-9505d9ede6c2>. De Belgische regering is voorstander van een internationaal tribunaal dat zich zou richten op de berechting van Europese FTFs, met ogenschijnlijk als voornaamste doel het voorkomen van de terugkomst van Belgische FTFs, zie R. Arnoudt, ‘Waar IS-strijders berechten? Premier Michel praat nog met internationale partners’, *vrt nws* 21 februari 2019, <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2019/02/21/waar-is-strijders-berechten-michel-praat-nog-met-internationale/>; ‘Regering wil internationale berechting voor IS-strijders: “Zullen er alles aan doen om terugkeer te vermijden”’, *Nieuwsblad* 21 februari 2019, https://www.nieuwsblad.be/cnt/dmf20190221_04195915.

Titel

Advies Internationaal Tribunaal ISIS

Bij deze doelstellingen past een aantal kanttekeningen. Ten eerste zal elk van deze doelen specifieke eisen stellen aan de bevoegdheden en het functioneren van een tribunaal. Zo zal de doelstelling van het tegengaan van straffeloosheid vragen om berechting van een bredere categorie personen dan de doelstelling berechting van terugkerende FTFs. Het is derhalve essentieel dat voorafgaand aan de inrichting van een tribunaal wordt bepaald welke specifieke doelstellingen met het tribunaal moeten worden gerealiseerd.

Ten tweede zijn niet alle doelstellingen even realistisch. Zo zal, gegeven de veronderstelde afwezigheid van instemming van Irak en Syrië, het bijdragen aan herstel van de rechtsorde in deze staten niet aan de orde zijn. Ook de doelstelling van het leveren van een bijdrage aan vrede en veiligheid lijkt niet realistisch, gegeven het feit dat een tribunaal slechts een relatief klein aantal verdachten zal kunnen berechten en gegeven het feit dat de oorzaken van het conflict uiterst diep en complex zijn.¹² De doelstelling van waarheidsvinding zal ook moeilijk realiseerbaar zijn: mede gegeven de beperking tot berechting van leden van ISIS en het niet participeren van Irak en Syrië zullen bevindingen van een tribunaal slechts een deel van ‘de waarheid’ kunnen leveren.¹³ Het verdient aanbeveling om de doelstellingen van een tribunaal te beperken tot doelstellingen waarvan, op grond van de politieke context en de ervaringen van eerdere internationale tribunalen, kan worden aangenomen dat deze haalbaar zijn.

De derde kanttekening betreft de eventuele doelstelling om de dreiging te voorkomen die uitgaat van terugkerende FTFs. Ik begrijp deze doelstelling zo dat door middel van de oprichting van een internationaal tribunaal voorkomen zou moeten worden dat FTFs terugkeren naar de staat waarvan zij onderdaan zijn. Het realiseren van deze doelstelling zou vragen dat het tribunaal binnen de regio zou worden gehuisvest, en dat na eventuele veroordeling, vrijheidsstraffen buiten de staat van nationaliteit ten uitvoer worden gelegd. Ik beschouw deze doelstelling als problematisch. Op grond van internationaal recht hebben personen het recht op terugkeer naar eigen land.¹⁴ De Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens bepaalt dat een ieder het recht op een nationaliteit heeft;¹⁵ het recht op terugkeer naar eigen land is daar onlosmakelijk mee verbonden. Het verdraagt zich niet met dit recht om mee te werken aan een (internationale) berechting die als doel heeft om te voorkomen dat personen terugkeren naar de staat waarvan zij onderdaan zijn. Hoe dan ook zal berechting door een internationaal tribunaal slechts tijdelijk aan dit doel kunnen bijdragen. Als berechting plaats zal hebben op grond van lidmaatschap van een (terroristische) organisatie, moet rekening worden gehouden met relatief lage gevangenisstraffen. Terugkeer naar de staat van nationaliteit is dan slechts een kwestie van tijd en zal op grond van internationaal recht dan niet kunnen worden tegengehouden.

Welke doelstellingen een tribunaal zou hebben is uiteindelijk een politieke keuze. Het verdient aanbeveling om, met inachtneming van de hiervoor genoemde kanttekeningen, goed te articuleren welk doel wordt nagestreefd, voordat een proces tot oprichting van een tribunaal in gang wordt gezet.

¹² H. van der Wilt, ‘“No Peace without Justice or No Justice without Peace?”: Some reflections on a Complex Relationship.’, 11(2) *Diritti Umani e Diritto Internazionale* 2017.

¹³ Zie over dit onderwerp bijv. L. Douglas, ‘Truth and justice in atrocity trials’, in W.A. Schabas (red.), *The Cambridge Companion to International Criminal Law* (CUP, 2016), p. 34-51; M. Findlay & C. Mclean, ‘Emerging International Criminal Justice’, 18(3) *Current Issues in Criminal Justice* 2007, p. 461-462.

¹⁴ Art. 3 Vierde Protocol 4 bij het EVRM.

¹⁵ Art. 15 UVRM.

Titel

Advies Internationaal Tribunaal ISIS

Voor het doel van dit advies ga ik uit van de in de praktijk en literatuur meest gangbare doelstelling van internationale tribunalen: het tegengaan van straffeloosheid. Dit kan vanzelfsprekend ook straffeloosheid van FTFs omvatten, maar is daar geenszins toe beperkt.

3. Oprichting van een internationaal tribunaal

Een tribunaal voor de berechting van ISIS-leden zal een *internationaal* tribunaal zijn als het wordt opgericht bij internationaal recht (verdrag of besluit van een internationale organisatie) en als haar bevoegdheden door internationaal recht worden beheerst.¹⁶ In de situatie gegeven in de vraagstelling, is er in feite maar een manier waarop een dergelijk internationaal tribunaal tot stand kan komen: via een verdrag waarbij twee of meer staten (anders dan Irak en Syrië) een tribunaal oprichten. Bij een dergelijk verdrag zouden de partijen de rechtsmacht die zij elk hebben over leden van ISIS overdragen aan het tribunaal. Van de internationale tribunalen die na de Tweede Wereldoorlog zijn opgericht, zou een dergelijk tribunaal het meeste overeenkomst vertonen met het Neurenberg Tribunaal.

Het gegeven dat er onvoldoende steun is in de Veiligheidsraad, sluit de oprichting van een tribunaal op grond van hoofdstuk 7 van het VN Handvest uit. Een tribunaal voor de berechting van ISIS-leden zal derhalve niet het model van het ICTY of het ICTR kunnen volgen.

Als zou worden gekozen voor de optie van oprichting van een internationaal tribunaal bij verdrag, is de vraag hoeveel en welke staten bij een dergelijk verdrag partij zouden moeten worden. Internationaal recht stelt hierbij geen minimum voorwaarden, anders dan dat een tribunaal moet worden opgericht door twee of meer staten die rechtsmacht hebben over verdachten. Zo zouden bijvoorbeeld Nederland en Zweden een tribunaal kunnen oprichten voor de berechting van personen waarover zij rechtsmacht hebben.

Gegeven de beperkingen die voortvloeien uit de rechtsmacht van de betrokken staten (zie par. 4), zal een tribunaal met een klein aantal oprichtende staten echter slechts een beperkte bijdrage kunnen leveren aan het tegengaan van straffeloosheid van leden van ISIS. Als de doelstelling van een tribunaal wordt geformuleerd in termen van het leveren van een bijdrage aan het tegengaan van straffeloosheid van leden van ISIS, waaronder personen met de meeste verantwoordelijkheid, zal het essentieel zijn dat ook staten met rechtsmacht over deze personen partij worden bij een verdrag waarbij een tribunaal wordt opgericht.

Naast deze juridische voorwaarde voor een effectief internationaal tribunaal zal rekening moeten worden gehouden met de meer politieke dimensie van legitimiteit. Bij het conflict dat is ontstaan door activiteiten van ISIS was een groot aantal staten betrokken – staten in de regio, staten buiten de regio die militair betrokken waren in het conflict in Syrië (zoals Rusland en de Verenigde Staten) en staten wiens onderdanen zich bij ISIS hadden aangesloten. In deze situatie kan niet worden verondersteld dat oprichting van een tribunaal door een beperkt aantal staten die buiten de regio zijn gelegen, zeker als het gaat om verdachten die niet de nationaliteit van deze staten hebben, brede steun zal hebben van andere betrokken staten. In een dergelijke situatie kan zeker niet worden gesteld dat een tribunaal recht spreekt namens de internationale gemeenschap – zoals dat wel wordt aangenomen voor het ISH. Het zal ook niet kunnen worden verondersteld dat in een dergelijke situatie een tribunaal de medewerking zou krijgen van andere betrokken staten die nodig kunnen zijn voor toegang tot verdachten, getuigen of bewijs of voor financiering.

¹⁶ Zie bijv. R. O'Keefe, *International Criminal Law* (1^e ed. OUP, 2015), p. 88.

Titel

Advies Internationaal Tribunaal ISIS

Op grond van deze overwegingen verdient het aanbeveling om bij de oprichting van een internationaal tribunaal te streven naar een zo breed mogelijke deelname van betrokken staten, waarbij in ieder geval staten zouden moeten zijn met rechtsmacht over de misdrijven begaan in Irak of Syrië.

Een alternatief zou kunnen zijn dat de Algemene Vergadering van de VN een internationaal tribunaal opricht op basis van art. 22 van het VN Handvest. Noch instemming van Irak en Syrië, noch van de permanente leden van de Veiligheidsraad zou dan zijn vereist. Hiervoor zou echter wel een uiterst expansieve interpretatie van art. 22 nodig zijn. De AVVN kan niet méér bevoegdheid overdragen aan subsidiaire organen dan de bevoegdheden die het zelf heeft krachtens het VN Handvest.¹⁷ Het Internationaal Gerechtshof oordeelde in de Advisory Opinion “Effect of awards of compensation made by the U.N. Administrative Tribunal” dat art. 22 op zichzelf de AVVN geen bevoegdheid verleent om een tribunaal op te richten aangezien de AVVN geen rechtsprekende bevoegdheid heeft.¹⁸ Weliswaar stelde het Hof dat de AVVN in dit geval wél de bevoegdheid had een tribunaal op te richten op basis van haar impliciete bevoegdheden, maar die constructie is niet zonder meer over te plaatsen naar de oprichting van een internationaal straftribunaal.¹⁹ Hoe dan ook zou een dergelijk tribunaal geen oplossing bieden voor de juridische en praktische beperkingen wat betreft bijvoorbeeld rechtsmacht over niet-onderdanen van oprichtende staten en toegang tot bewijs en getuigen.

Ook als wordt gekozen voor de hiervoor aangegeven constructie waarbij het tribunaal wordt opgericht door een relatief beperkt aantal staten, zou het met het oog op legitimiteit wel aanbeveling kunnen verdienen om de oprichting mede te laten ondersteunen door de VN, bijvoorbeeld op basis van een mandaat van de Algemene Vergadering van de VN,²⁰ dan wel een regionale organisatie als de Liga van Arabische Staten of de Europese Unie.

Bij oprichting moet vanzelfsprekend ook de locatie van het tribunaal worden bepaald. De berechting van misdrijven in een staat waar de misdrijven zijn gepleegd heeft belangrijke voordelen en moet in beginsel dan ook de voorkeur hebben.²¹ Aangenomen dat Irak en Syrië geen instemming geven, zal dat tribunaal echter buiten deze staten gelegen moeten zijn. Overigens is de keuze van de locatie vooral een politieke keuze waarbij overwegingen van kosten, veiligheid en legitimiteit leidend zullen zijn.

Zowel bij de keuze van de partijen die een tribunaal oprichten als bij de keuze van de locatie, kan zich de vraag aandienen wat de rol van niet-statelijke actoren is. Recentelijk heeft de *Syrian Democratic Forces* (SDF) steun gevraagd voor de oprichting van een tribunaal in het noordoosten

¹⁷ Zie D.E. Khan, ‘Ch. IV The General Assembly, Procedure, Article 22’, in B. Simma et al. (red.), *The Charter of the United Nations: A Commentary, Volume I* (3e ed. OUP, 2012), p. 731.

¹⁸ *Effect of awards of compensation made by the U.N. Administrative Tribunal, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1954, p. 47.

¹⁹ Zie D.E. Khan, n 17, p. 732: “As a result, art. 22 does not offer a sufficient legal basis, eg to establish an International Court of Criminal Justice as a subsidiary organ.”

²⁰ Zie bijv. Resolutie 52/135 van de AVVN (12 december 1997), *UN Doc. A/Res/52/135*; Resolutie 57/228 van de AVVN (18 december 2002), *UN Doc. A/res/57/228*.

²¹ Zie bijv. L. Raub, ‘Positioning Hybrid Tribunals in International Criminal Justice’, 41 *NYU Journal of International Law & Politics* 2009, p. 1021-1022; D. Cohen, ‘Hybrid Justice in East-Timor, Sierra Leone, and Cambodia: Lessons Learned and Prospects for the Future’, 43 *Stanford Journal of International Law* 2007, p. 5-6.

Titel

Advies Internationaal Tribunaal ISIS

van Syrië, om de FTFs die daar gevangen worden gehouden te berechten.²² Op zichzelf zou dit initiatief aansluiten bij de voorkeur voor berechting in de regio, en een bijdrage kunnen leveren aan problemen op het gebied van het in hechtenis krijgen van verdachten en toegang tot bewijs. Ik maak hierbij echter twee kanttekeningen. Ten eerste zal de SDF op zichzelf niet in staat zijn om bij verdrag met een staat een internationaal tribunaal op te richten. Overeenkomsten gesloten door *de facto*-regimes met staten hebben in beginsel geen volkenrechtelijke status.²³ Dit sluit niet uit dat de SDF op een andere wijze betrokken wordt bij een verdrag dat door twee of meer staten wordt gesloten. Ten tweede zou, wat betreft de locatie, huisvesting van een internationaal tribunaal in (semi-) autonome delen van Irak of Syrië zonder instemming van deze staten juridisch niet mogelijk zijn. Hoewel de SDF *de facto* controle heeft over Noordoost Syrië, en hoewel onder Koerdisch bestuur een rechtssysteem lijkt te bestaan,²⁴ zal het oprichten van een tribunaal in Noordoost Syrië op gespannen voet staan met het non-interventiebeginsel en de soevereiniteit van Syrië.²⁵

4. Rechtsmacht over leden van ISIS

Bij het oprichtingsverdrag zal een internationaal tribunaal rechtsmacht verleend moeten worden over leden van ISIS. In het algemeen is het territorialiteitsbeginsel de belangrijkste grondslag voor het toedelen van een dergelijke (personele) rechtsmacht. Op grond van dit beginsel zouden staten op wier grondgebied misdrijven zijn gepleegd, hun rechtsmacht overdragen aan een internationaal tribunaal. Nu Syrië en Irak niet met het tribunaal instemmen, zal berechting op grond van het territorialiteitsbeginsel echter geen grondslag voor rechtsmacht kunnen zijn. In deze situatie zal rechtsmacht van een internationaal tribunaal over personen in hoofdzaak moeten rusten op het actieve nationaliteitsbeginsel en het universaliteitsbeginsel. Op grond van het volkenrecht kunnen staten die op deze gronden rechtsmacht kunnen uitoefenen, deze rechtsmacht bij verdrag overdragen aan een internationaal tribunaal.²⁶

Op grond van het actieve nationaliteitsbeginsel kunnen staten onderdanen berechten voor misdrijven die zij in Irak en Syrië hebben gepleegd. Deze rechtsmacht kunnen staten bij verdrag overdragen aan een internationaal tribunaal. Of een bepaalde staat ten aanzien van een bepaalde verdachte deze rechtsmacht ook daadwerkelijk kan uitoefenen, zal afhangen van nationaal recht, waarbij ook het vereiste van dubbele strafbaarheid relevant kan zijn. Als het tribunaal zal worden opgericht door een beperkt aantal (West-Europese) staten, zal deze grondslag hoe dan ook slechts kunnen leiden tot

²² J. Stocker, 'SDF calls for international tribunal to try ISIS members in Syria', *The Defense Post* 25 maart 2019, <https://thedefensepost.com/2019/03/25/syria-sdf-international-court-isis/>; W. van Wilgenburg, 'SDF Official says international court solution to foreign ISIS problem', *Kurdistan24* 10 juli 2019, <https://www.kurdistan24.net/en/news/21bc0a92-185f-413c-bb2a-3bc6ce595dd9>.

²³ A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, (8^e ed. Boom, 2019), p. 50; *Prosecutor v. Morris Kallon*, Case No. SCSL-2004-15-AR72(E), Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, Appeals Chamber, 13 maart 2004, par. 45-48.

²⁴ M. Ekman (red.), *ILAC Rule of Law assessment Report Syria 2017* (ILAC, 2017), p. 125.

²⁵ Het non-interventiebeginsel verbiedt staten te interveniëren in de interne aangelegenheden van andere staten, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States), I.C.J. Reports 1986, par. 205. Dit zal ook het uitoefenen van overheidsgezag via delegatie aan bevoegdheden aan een internationaal tribunaal omvatten.

²⁶ Het Neurenberg Tribunaal ontleende rechtsmacht aan de oprichtende staten: de oprichtende staten droegen hun territoriale rechtsmacht in Duitsland over aan het Tribunaal. Het Internationaal Strafhof heeft rechtsmacht op basis van instemming van staten, of doordat staten partij zijn bij het Statuut van Rome of doordat ze op ad hoc-basis instemming verlenen (art. 12 Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof). Zie A. Nollkaemper, n 23, p. 460, 464.

Titel

Advies Internationaal Tribunaal ISIS

berechting van een beperkt aantal verdachten. Daarbij zal het dan waarschijnlijk niet gaan om de meest verantwoordelijke verdachten, zoals het geval was bij, bijvoorbeeld, het SCSL en het ECCC.²⁷

Op grond van het universaliteitsbeginsel kunnen staten rechtsmacht uitoefenen over personen die op het grondgebied van Irak of Syrië misdrijven hebben gepleegd, ook als zij niet de nationaliteit van de oprichtende staten hebben. Ook deze rechtsmacht kan in beginsel worden overgedragen aan een internationaal tribunaal. De mogelijkheid voor staten (en derhalve ook het tribunaal) om op deze grond personele rechtsmacht uit te oefenen is echter beperkt.²⁸ Weliswaar zal het nationale recht van de meeste betrokken staten voorzien in universele rechtsmacht, maar bij ten minste een aantal staten is deze beperkt tot personen die zich bevinden op hun grondgebied. Dit geldt voor Nederland op grond van art. 2(1)(a) van de Wet Internationale Misdrijven: Nederland kan rechtsmacht uitoefenen onder voorwaarde dat de verdachte zich in Nederland bevindt.²⁹ Andere staten met een soortgelijke beperkte vorm van universele rechtsmacht zijn bijvoorbeeld Frankrijk, Denemarken en Zwitserland.³⁰

De beperkte mogelijkheid om universele rechtsmacht uit te oefenen, en deze over te dragen aan een tribunaal, zal een uiterst belangrijke beperking zijn van de mogelijkheid om een internationaal tribunaal op te richten dat in staat is zorg te dragen voor een effectieve en legitieme berechting, gericht op het tegengaan van straffeloosheid van leden van ISIS. Het is deze beperking die leidt tot de conclusie dat een tribunaal met medewerking van Irak of Syrië sterk de voorkeur heeft en/of dat sterk zal moeten worden ingezet op ondersteuning van nationale berechting (zie par. 1).

5. Rechtsmacht over door leden van ISIS gepleegde misdrijven

Afgezien van rechtsmacht over personen, zal een internationaal tribunaal ook rechtsmacht moeten hebben over door ISIS-leden gepleegde misdrijven. Voor het doel van dit advies gaat het hierbij om twee typen misdrijven.

Ten eerste moet het tribunaal rechtsmacht hebben over door gewoonterecht erkende internationale misdrijven, in het bijzonder oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de menselijkheid en genocide.³¹ Conform voorbeelden van het ICTY, ICTR en het ISH zal dit geen juridische belemmeringen opwerpen, en kan rechtsmacht over deze internationale misdrijven in het oprichtingsverdrag worden verleend.³²

Aangenomen moet echter worden dat het, als Irak en Syrië niet meewerken, uiterst lastig zal zijn om bewijs te vinden dat voor grote hoeveelheden verdachten afdoende zal zijn om te komen tot een vaststelling van individuele aansprakelijkheid voor deze misdrijven. Weliswaar wordt bewijs verzameld door, onder meer, het *United Nations Investigative Team to Promote Accountability for*

²⁷ Art. 1 Statute of the Special Court for Sierra Leone; art. 2 Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed in the Period of Democratic Kampuchea.

²⁸ Zie over universaliteit bijv. A. Nollkaemper, n 23, p. 246-249.

²⁹ Art. 2(1)(a) Wet Internationale Misdrijven.

³⁰ W. Kaleck, 'From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008', 30 *Michigan Journal of International Law* 2009, p. 936; 939; 947; Human Rights Watch, 'Universal Jurisdiction in Europe. The State of The Art', 2006, p. 28.

³¹ R. O'Keefe, n 16, p. 119-165; E. van Sliedregt, 'Internationale misdrijven in het Nederlandse Strafrecht en Internationale Strafrechtspraak', in R. van Elst en E. van Sliedregt (red.), *Handboek Internationaal Strafrecht* (Wolters Kluwer, 2015), p. 507.

³² W. Schabas, 'International Criminal Courts', in C.P.R. Romano, K.J. Alter en Y. Shany (red.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, (OUP, 2014), p. 216-217.

Titel

Advies Internationaal Tribunaal ISIS

Crimes Committed by Da'esh/ISIL (UNITAD) en het *International, Impartial and Independent Mechanism to assist in the investigation and prosecution of persons responsible for the most serious crimes under International Law committed in the Syrian Arab Republic since March 2011* (IIIM) (zie par. 6), maar het is onzeker of dat voldoende zal zijn als grondslag voor berechting en veroordeling. Het oprichten van een tribunaal dat zich uitsluitend op individuele aansprakelijkheid op basis van gewoonterecht zal richten loopt het risico dat zowel politiek als financieel veel wordt geïnvesteerd, met uiterst onzekere uitkomsten, en zal vooraf moeten worden gegaan door nauwkeurige analyse van het beschikbare bewijs, kennis over de organisatiestructuur van ISIS, en de mogelijkheden om in aanloop naar en gedurende een proces nader bewijs te verzamelen. Hierbij zal moeten worden aangesloten bij het werk van UNITAD en het IIIM.

In deze situatie zou, ten tweede, kunnen worden overwogen om het tribunaal ook rechtsmacht te geven over misdrijven onder nationaal recht, in het bijzonder het misdrijf lidmaatschap van een (terroristische) organisatie. Op zichzelf is hier aanleiding voor nu ISIS door de VN,³³ de EU³⁴ en ook door een groot aantal individuele landen als terroristische organisatie is bestempeld.³⁵ In dat geval zal niet hoeven te worden aangetoond dat individuele leden van ISIS zich schuldig hebben gemaakt aan internationale misdrijven, en kan het afdoende zijn om aan te tonen dat een verdachte lid was van ISIS, eventueel aangevuld met nadere eisen die door nationaal recht worden gesteld.

Het lijkt echter niet mogelijk om lidmaatschap van een terroristische organisatie als internationaal misdrijf op te nemen in de bevoegdheid van een internationaal tribunaal. Hoewel het Neurenberg Tribunaal bevoegd was om organisaties crimineel te verklaren,³⁶ was het niet bevoegd om leden van die organisaties voor hun lidmaatschap te veroordelen. Deze bevoegdheid was toebedeeld aan nationale, militaire of bezettingsrechtbanken van de ondertekenaars van het Neurenberg Handvest.³⁷ Tijdens de Amerikaanse, op het Neurenberg proces volgende processen onder 'Law no. 10 of the Allied Control Council for Germany' bleek bovendien dat tribunalen erg terughoudend waren in het veroordelen van verdachten uitsluitend op grond van lidmaatschap van een criminele organisatie.³⁸ Daarnaast is er geen sprake van een ondersteunende praktijk van latere internationale tribunalen. Weliswaar heeft het Speciale Tribunaal voor Libanon (STL), in een overigens niet oncontroversiële uitspraak, geconcludeerd dat terrorisme een internationaal misdrijf volgens gewoonterecht is,³⁹ maar dit leidt niet zonder meer tot de gevolgtrekking dat dat ook geldt voor lidmaatschap van een

³³ Resolutie 2253 van de VNVR (17 december 2015), *UN Doc. S/RES/2253*.

³⁴ Council Decision (CFSP) 2016/1693 of 20 September 2016 concerning restrictive measures against ISIL (Da'esh) and Al-Qaeda and persons, groups, undertakings and entities associated with them and repealing Common Position 2002/402/CFSP.

³⁵ Bijvoorbeeld door Nederland, zie besluit van de Minister van Veiligheid en Justitie van 2 maart 2017, nr. 2050307, tot vaststelling van de lijst met organisaties die een bedreiging vormen voor de nationale veiligheid, *Stcrt* 2017, 13 023; en de VS, zie 'Foreign Terrorist Organizations', *U.S. Department of State*, <https://www.state.gov/foreign-terrorist-organizations/>.

³⁶ Art. 9 Handvest van het Internationaal Militair Tribunaal (8 augustus 1945) (Neurenberg Handvest).

³⁷ Art. 10 Neurenberg Handvest.

³⁸ K. Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law* (OUP, 2011), p. 291.

³⁹ *Prosecutor v. Ayyash et al.*, Case No. STL-11-01, Appeals Chamber, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging, 16 februari 2011, par. 83-113. Zie in kritische zin hierover R. O'Keefe, n 16, p. 160; K. Ambos, 'Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is There a Crime of Terrorism under International Law?' 24 *Leiden Journal of International Law* 2011, p. 655-675; B. Saul, 'Legislating from a Radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism', 24 *Leiden Journal of International Law* 2011, p. 677-70.

Titel

Advies Internationaal Tribunaal ISIS

terroristische organisatie. Het STL heeft weliswaar ook rechtsmacht over “illicit associations”,⁴⁰ waaronder ook “criminal association”; dit betreft echter een misdrijf onder het nationale recht van Libanon.⁴¹ De Hoger Beroep Kamer van het STL oordeelde dat er geen vergelijkbaar misdrijf bestaat in het internationale strafrecht.⁴²

In deze situatie zullen personen alleen op grond van *nationaal* recht kunnen worden vervolgd voor lidmaatschap van ISIS als terroristische organisatie. Op zichzelf is dit niet problematisch. Zo hadden/hebben ook het ECCC, het SCSL, en het STL rechtsmacht over misdrijven onder het nationale recht van, respectievelijk, Cambodja, Sierra Leone, en Libanon.⁴³ Het feit dat in de nu voorliggende situatie een tribunaal opgericht zou worden door *meerdere* staten zorgt hierbij overigens wel voor een complicatie: het legaliteitsbeginsel zal ertoe dwingen dat het tribunaal jegens elke individuele verdachte het nationale recht toepast dat aansluit bij de nationaliteit van de verdachte. Het zal dan van het nationale recht afhangen of het enkele lidmaatschap voldoende is voor veroordeling, dan wel dat aanvullende handelingen ter ondersteuning van het doel van de organisatie moeten worden aangetoond, zoals het geval is onder Nederlands recht.⁴⁴

Ik maak hierbij echter drie kanttekeningen. Ten eerste vraagt het hanteren van het criterium van lidmaatschap van ISIS, voor welk juridisch doel dan ook, om een voldoende duidelijke definitie van lidmaatschap, dat ook onderscheid toelaat tussen de verschillende rollen die personen binnen ISIS hebben vervuld. Gegeven de veelheid van rollen binnen ISIS en de verschillende gronden waarop personen zich bij ISIS hebben aangesloten, lijkt het gebruik van een ongedifferentieerd criterium lidmaatschap van ISIS voor een internationaal tribunaal onwenselijk (zie ook par. 1). Ten tweede kan lidmaatschap van een (terroristische) organisatie als zodanig, op geen enkele wijze gelijk worden gesteld met berechting voor internationale misdrijven. Als een tribunaal de doelstelling heeft om straffeloosheid voor door ISIS begane misdrijven tegen te gaan, is vervolging op grond van lidmaatschap een uiterst beperkte strategie. Aangenomen moet ten slotte worden dat een tribunaal terughoudend zal zijn in het opleggen van lange gevangenisstraffen voor lidmaatschap; dit zal ook gevolgen hebben voor het realiseren van de doelstellingen van een tribunaal.

6. Toegang tot verdachten, getuigen en bewijs

De effectieve vervolging en berechting van leden van ISIS zal goede samenwerking met relevante staten en internationale organisaties vereisen. Een verdrag waarbij een internationaal tribunaal wordt opgericht, zal moeten voorzien in een effectieve samenwerking gericht op bijvoorbeeld het aanhouden, arresteren, en overdragen van verdachten; het vergaren van bewijs en het assisteren bij onderzoekhandelingen; en het tenuitvoerleggen van straffen.⁴⁵

⁴⁰ Art. 2(a) Statute of the STL.

⁴¹ In het bijzonder art. 335 Wetboek van Strafrecht van Libanon.

⁴² Case No. STL-17-07/I/AC/R17bis, Appeals Chamber, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Criminal Association and Review of the Indictment, 18 October 2017, para. 29.

⁴³ Art. 3 Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed in the Period of Democratic Kampuchea; art. 5 Statute of the Special Court for Sierra Leone; art. 2 Statute of the Special Tribunal for Lebanon.

⁴⁴ Art. 140 Sr; HR 10 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:264, par. 4.3.

⁴⁵ G. Sluiter, ‘Cooperation of States with International Criminal Tribunals’, in A. Cassese (red.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (OUP, 2009), p. 187; G. Sluiter, ‘Legal Assistance to Internationalized Criminal Courts and Tribunals’, in C.P.R. Romano, A. Nollkaemper en J.K. Kleffner (red.), *Internationalized Courts and Tribunals* (OUP, 2004), p. 380-381.

Titel

Advies Libie

Nu als gegeven wordt beschouwd dat Irak en Syrië niet instemmen met een tribunaal, en dus geen partij worden bij een verdrag waarbij het tribunaal wordt opgericht, zal moeten worden vastgesteld of Irak en/of Syrië wel bereid zullen zijn tot samenwerking met de oprichtende staten op de hiervoor gegeven onderwerpen. Als dat niet zo is, zou dat een uiterst belangrijke belemmering zijn voor de mogelijkheden om te komen tot effectieve en legitieme berechting van leden van ISIS. Het verdient derhalve aanbeveling de mogelijkheden tot samenwerking te maximaliseren.

Met het oog op uitlevering van verdachten en toegang tot bewijs en getuigen zal ook samenwerking kunnen worden gezocht met de SDF. Voor zover de SDF leden van ISIS in hechtenis heeft en beschikt over bewijs en/of toegang tot getuigen kan faciliteren, zou dit een belangrijke bijdrage aan effectieve berechting van leden van ISIS kunnen vormen. Anders dan wat betreft de oprichting en de huisvesting van een internationaal tribunaal op door SDF beheerst gebied, vormt de afwezigheid van instemming van Syrië hiervoor geen belemmering.

Wat betreft de verdachten van misdrijven, merk ik op dat het sterk de voorkeur heeft als een tribunaal zich beperkt tot berechting van verdachten die in hechtenis zijn en aan een tribunaal zijn overgedragen. Berechting bij verstek is volkenrechtelijk weliswaar niet uitgesloten, maar om meerdere redenen problematisch. Als de verdachte niet aanwezig is tijdens het proces, zal een effectieve verdediging worden gehinderd. Art. 14(3)(d) IVBPR legt het recht van een verdachte neer op de minimumgarantie om in zijn tegenwoordigheid te worden berecht, zichzelf te verdedigen of de bijstand te hebben van een raadsman naar eigen keuze [...]. Ook in art. 6 EVRM wordt het recht van de verdachte om aanwezig te zijn bij zijn of haar proces gelezen.⁴⁶ De statuten van het ICTY, ICTR en SCSL voorzagen dan ook niet in berechting bij verstek.⁴⁷ Het verdient dan ook geen aanbeveling om het tribunaal de bevoegdheid te geven om daartoe over te gaan.⁴⁸

Een belangrijke bron van bewijs zal gelegen zijn in materiaal dat is verzameld door UNITAD en het IIIM. UNITAD helpt bij het verzamelen, behouden en opslaan van bewijs van oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de menselijkheid en genocide gepleegd door leden van ISIS in Irak.⁴⁹ Het IIIM onderzoekt misdrijven gepleegd in Syrië sinds maart 2011, complementair aan de *Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic*,⁵⁰ om berechting in nationale, regionale of internationale tribunalen te faciliteren.⁵¹ Het IIIM kan informatie en bewijs delen met nationale, regionale en internationale tribunalen die rechtsmacht (gaan) hebben over de misdrijven in overeenstemming met internationaal recht die het IIIM onderzoekt.⁵² Uiteindelijk zal een tribunaal moeten vaststellen of materiaal dat door UNITAD en IIIM is verzameld op zichzelf voldoende is als basis voor de vervolging en berechting van leden van ISIS. Ik merk op dat het erop lijkt dat het IIIM tot op heden geen toegang heeft tot Syrisch grondgebied en dus geen toegang heeft tot direct bewijs op de plek waar misdrijven zijn begaan;⁵³ dit zou een belangrijke beperking van de waarde van door IIIM

⁴⁶ EHRM 12 februari 1985, nr. 9024/80 (Colozza/Italy), par. 27.

⁴⁷ Art. 21(4)(d) Statute of the ICTY; art. 20(4)(d) Statute of the ICTR; art. 17(4)(d) Statute of the SCSL.

⁴⁸ Art. 14(3) IVBPR beschermt het recht van een verdachte om in zijn tegenwoordigheid te worden berecht, zichzelf te verdedigen of de bijstand te hebben van een raadsman naar eigen keuze.

⁴⁹ Resolutie 2379 van de VNVR (21 september 2017), *UN Doc. S/Res/2379*, par. 2.

⁵⁰ Art. 30 Terms of Reference of the International, Impartial and Independent Mechanism to Assist in the Investigation and Prosecution of Persons Responsible for the Most Serious Crimes under International Law Committed in the Syrian Arab Republic since March 2011 (ToR).

⁵¹ Resolutie 71/248 van de AVVN (11 januari 2017), *UN Doc. A/Res/71/248*, par. 4.

⁵² Art. 13-14 ToR.

⁵³ Report of the International, Impartial and Independent Mechanism to Assist in the Investigation and Prosecution of Persons Responsible for the Most Serious Crimes under International Law Committed in the Syrian Arab Republic since March 2011 (IIIM Report) (28 februari 2018), *UN Doc. A/72/764*, par. 70-71; IIIM

Titel

Advies Libie

verkregen bewijs kunnen zijn. Ook kan niet zonder meer worden aangenomen dat het materiaal verzameld door UNITAD, op basis van een resolutie van de VN Veiligheidsraad, gebruikt zal kunnen worden ten behoeve van een tribunaal dat zonder steun van de VN wordt opgericht en slechts de belangen van een deel van de VN lidstaten dient.

7. Overige voorwaarden voor een effectieve en legitieme berechting van leden van ISIS

Naast de hiervoor genoemde voorwaarden, zal een aantal aanvullende aspecten bij de oprichting van een internationaal tribunaal goed geregeld moeten worden om te komen tot een effectieve en legitieme berechting van leden van ISIS:

- Er zal moeten worden voorzien in afstemming tussen een internationaal tribunaal en nationale berechting. Zoals hiervoor opgemerkt (zie par. 1) zal toekenning van exclusieve rechtsmacht aan een internationaal tribunaal geen optie zijn. Een effectieve strategie voor berechting van ISIS-leden zal vragen om afbakening en samenwerking tussen nationale en internationale berechting, bijvoorbeeld op het punt van uitwisseling van informatie en bewijs.
- Vanzelfsprekend zal er moeten worden voorzien in adequate waarborgen voor de bescherming van de rechten van verdachten in overeenstemming met internationaal recht, in het bijzonder recht op een eerlijk proces, inclusief de mogelijkheid tot hoger beroep,⁵⁴ het uitsluiten van de doodstraf,⁵⁵ detentie conform internationaal rechtelijke standaarden⁵⁶ en consulaire bijstand.⁵⁷
- De vervolging van leden van ISIS brengt onvermijdelijke veiligheidsrisico's met zich mee voor betrokkenen, vooral slachtoffers en getuigen. Voor de effectieve berechting van leden van ISIS zullen getuigenverklaringen cruciaal zijn, bijvoorbeeld ten aanzien van de organisatiestructuur en daden van leiders en bevelhebbers. Eén van de voorwaarden voor de effectieve berechting van ISIS-leden is dan ook het garanderen van de veiligheid van deze personen. Ook bij andere internationale tribunaalvormen vormde de veiligheid van deze groepen personen een belangrijk uitgangspunt.⁵⁸ Dit heeft geleid tot een verscheidenheid aan mogelijke veiligheids- en beschermingsmaatregelen voor internationale tribunaalvormen die uitgangspunt kunnen zijn voor regelingen die bij een tribunaal voor ISIS-leden getroffen kunnen worden.⁵⁹
- Het tribunaal moet voldoende stabiele financiering hebben die effectiviteit over een voldoende lange periode verzekerd, maar ook voorkomt dat de onafhankelijkheid in het gedrang komt.⁶⁰

Report (3 augustus 2018), *UN Doc. A/72/764*, par. 40; IIIM Report (13 februari 2019), *UN Doc. A/73/741*, par. 13.

⁵⁴ Art. 10 UVRM; art. 6 EVRM; art. 14 IVBPR.

⁵⁵ Tweede Facultatieve Protocol bij het IVBPR; Protocol No. 6 bij het EVRM; Protocol No. 13 bij het EVRM.

⁵⁶ Art. 7 en 10 IVBPR; art. 3 EVRM; Europees Verdrag ter voorkoming van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing.

⁵⁷ Art. 36 Verdrag van Wenen inzake consulaire betrekkingen.

⁵⁸ Zie bijv. S. Charters, R. Horn en S. Vahidy, 'Best-Practice Recommendations for the Protection & Support of Witnesses', Special Court for Sierra Leone, 2008, p. 20.

⁵⁹ Zo zien art. 16 Statute of the Special Court for Sierra Leone en art. 22 Statute of the ICTY en ICTR jo. art. 34 Rules of Procedure and Evidence o.a. op de oprichting van een "Victims and Witnesses Unit" met als doel onder meer '[to] recommend protective measures for victims and witnesses [...]'.⁶⁰

⁶⁰ Zie bijv. T. Ingadottir, 'The Financing of Internationalized Criminal Courts and Tribunals' in *Internationalized Criminal Courts* (OUP, 2014), p. 276; E. Naughton, 'Committing to Justice for Serious Human Rights Violations. Lessons from Hybrid Tribunals', Research Report, International Center for Transitional Justice (2018), p. 93.

Titel
Advies Libie

8. Samenvatting van de juridische beperkingen en conclusie

Op grond van de hiervoor geformuleerde overwegingen, concludeer ik dat een internationaal tribunaal opgericht zonder instemming van Irak en Syrië en zonder mandaat van de VN Veiligheidsraad, belangrijke beperkingen zal ondervinden in het streven naar een effectieve en legitieme berechting van leden van ISIS. Deze beperkingen betreffen vooral het feit dat de rechtsmacht van het tribunaal zich niet of slechts in zeer beperkte mate kan uitstrekken tot personen die niet de nationaliteit hebben van de staten die het tribunaal oprichten, en dat er grote belemmeringen zullen zijn wat betreft het in hechtenis krijgen van verdachten (behalve mogelijke verdachten in hechtenis genomen door de SDF) en de toegang tot getuigen en ander bewijs.

De conclusie van mijn advies is derhalve dat in de afwezigheid van een mandaat van de VN Veiligheidsraad en instemming van Irak of Syrië, de mogelijkheden van een tribunaal voor effectieve en legitieme berechting van leden van ISIS uiterst beperkt zijn.

Een tribunaal dat is gericht op vervolging van ISIS-leden onder de onderdanen van de oprichtende staten, uitsluitend op grond van het lidmaatschap van ISIS (al dan niet aangevuld met activiteiten ter ondersteuning van de organisatie, anders dan internationale misdrijven), heeft een uitermate beperkte reikwijdte. Een dergelijk tribunaal is juridisch in beginsel mogelijk maar om allerlei redenen gecompliceerd. Bovendien zal de bijdrage van een dergelijk tribunaal aan de doelstelling van het tegengaan van straffeloosheid van leden van ISIS voor het begaan van misdrijven op zichzelf uiterst beperkt zijn.

De mogelijkheden voor een bredere bijdrage aan het tegengaan van straffeloosheid worden in hoofdzaak bepaald door een zo breed mogelijke participatie van staten die rechtsmacht kunnen uitoefenen over ISIS-leden, alsmede door effectieve samenwerking met Irak of Syrië (ook als ze zelf niet instemmen met oprichting van een tribunaal) en andere relevante actoren met het oog op toegang tot verdachten, getuigen en bewijs.

Hoe dan ook zal berechting door een internationaal tribunaal slechts een beperkt onderdeel kunnen zijn van een bredere strategie gericht op effectieve en legitieme berechting van ISIS-leden. De doelstelling van een effectieve en legitieme berechting van leden van ISIS, gericht op het tegengaan van straffeloosheid zal vooral zijn gediend met berechting op nationaal niveau, waar nodig ondersteund door internationale samenwerking. Een internationaal tribunaal kan hierbij een complementaire rol vervullen als aan de aangegeven voorwaarden is voldaan, maar in alle gevallen zal dit tribunaal effectiever en legitiemer zijn als samenwerking met Irak en/of Syrië kan worden verzekerd.

André Nollkaemper
22 juli 2019