



Universiteit
Leiden

The Netherlands

De Amicus Curiae in het Internationale Strafprocesrecht: is Tineke Cleiren een vreemde vriend(in)?

Orie, A.M.M.; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

Citation

Orie, A. M. M. (2021). De Amicus Curiae in het Internationale Strafprocesrecht: is Tineke Cleiren een vreemde vriend(in)? In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 601-619). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464135>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464135>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

DE *AMICUS CURIAE* IN HET INTERNATIONALE STRAFPROCESRECHT

Is Tineke Cleiren een vreemde vriend(in)?

Fons Orie

1 INLEIDING: DR. CLEIREN ALS GETUIGE DESKUNDIGE?

Zou Tineke het ooit hebben (terug)gelezen? Dat vroeg ik mij af toen ik het transcript van de zitting van het ICTY in de zaak Kunarac van 29 mei 2000 doornam. Het zittingsverslag telt 30 pagina's waarin bediscussieerd wordt welk nut het horen van Dr. Cleirin (sic!), die als getuige-deskundige door de aanklager was aangezegd, wel of niet zou kunnen hebben. Ik maak u deelgenoot van een pittig deel van die discussie tussen Judge Hunt en de aanklaagster Ms. Kuo:

'JUDGE HUNT: ... I'm sorry. What sort of expert is this witness? In some form of inference or statistics, or what?

MS. KUO: Her expertise is –

JUDGE HUNT: None of those, is it?

MS. KUO: Not specifically, Your Honour that's true.

JUDGE HUNT: No. Well, then how can she assist us?

MS. KUO: She will explain how – the methodology, and of course –

JUDGE HUNT: Let's accept that she can explain how they got all these allegations. Those allegations were being collected for a fairly specific purpose, to report to the United Nations, and which indeed led to the institution of a Tribunal to investigate their truth. You don't see there's a certain circularity in your argument, do you, that because the allegations were made, then we should accept the truth of those allegations as a widespread pattern, even though that's what we're here to investigate.'

Gelet op deze gedachtewisseling kan het nauwelijks een verrassing heten dat de aanklager in de zitting van 30 mei 2000 bekend maakt te hebben besloten Dr. Cleirin voor die dag als getuige te hebben teruggetrokken. Op die zitting blijkt ook een kennelijk misverstand tussen de aanklager en Judge Hunt. De laatste benadrukt dat niet nodig is te bewijzen dat

de verkrachtingen wijdverbreid waren begaan en voldoende is dat deze deel uitmaakten van een *widespread attack* op de burgerbevolking. Het ICTY heeft Tineke voor zover ik weet dan ook daarna niet teruggezien als vriend (*amicus curiae*), getuige of deskundige. Over Tineke als getuige deskundige kan ik dus niet uitweiden. Maar eerder was zij wel als *amicus curiae* voor de rechters verschenen. Ik neem u een stap mee terug in haar geschiedenis en maak vervolgens wat opmerkingen over de figuur van de *amicus curiae*.

2 DE COMMISSIE VAN DESKUNDIGEN (COMMISSIE KALSHOVEN)

Op 6 oktober 1992 (S/RES/780 (1992)) riep de Veiligheidsraad de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties op een Commissie van Deskundigen in het leven te roepen die tot taak kreeg de informatie over schendingen van het humanitaire recht in Joegoslavië te bestuderen en te analyseren. Informatie die door staten beschikbaar was gesteld – daartoe opgepord in deze en een eerdere Resolutie – of door de commissie zelf zou worden verkregen, al dan niet door eigen onderzoek. Dat zou moeten uitmonden in een advies aan de Secretaris-Generaal waarin conclusies werden getrokken met betrekking tot het bewijs van ernstige inbreuken (*grave breaches*) op de Geneefse Conventies en andere inbreuken op het internationale humanitaire recht op het grondgebied van het voormalige Joegoslavië. Op 26 oktober 1992 werd de benoeming van de Nederlander Frits Kalshoven als voorzitter van de commissie bekend gemaakt. Kalshoven trok zich ongeveer een jaar later terug als voorzitter. Het is geen geheim dat Kalshoven en Cherif Bassiouni, het Amerikaans-Egyptische lid van de commissie die hem zou opvolgen, het zeer slecht met elkaar konden vinden. Door het overlijden van het Zweedse commissielid Opsahl daarnaast ontstonden aldus twee vacatures, die door Tineke Cleiren en Hanne Sophie Greve (Noorwegen) werden vervuld. Mrs. Greve werd in het bijzonder belast met het Prijedor project en Tineke met de bestudering van de juridische aspecten van seksueel geweld.

Op 9 februari 1993 stuurt de Secretaris-Generaal het eerste interimrapport van de commissie naar de Veiligheidsraad.¹ In dat rapport wordt gezinspeeld op de oprichting van een ad-hoc internationaal tribunaal in het verlengde van het werk van de commissie. Binnen twee weken daarna neemt de Veiligheidsraad Resolutie 808 (1993) aan waarin wordt beslist dat een internationaal tribunaal zal worden opgericht. Nadrukkelijk verwijst hij daarbij naar het interimrapport van de Commissie van Deskundigen. Het rapport staat uitgebreid stil bij de aanzienlijke hoeveelheid ontvangen informatie die wijst op het grootschalige begaan zijn van ernstige schendingen van het internationale humanitaire

¹ Maakt deel uit van *Letter from the Secretary-General to the President of the Security Council, annexing the Interim Report of the Commission of Experts Established Pursuant to UNSC Resolution 780(1992) (9 februari 1993)*, UN Doc S/1993/25274.

recht. Die informatie is alleen in nogal ruime termen beschreven en bijzonderheden missen nog geheel. De commissie merkt op dat tastbaar bewijs nog moet worden vastgelegd en voorziet daarbij nog wel problemen. Toch is al een eerste onderzoek gestart naar het Ovčara massagraf in de buurt van Vukovar. De laatste paragraaf van het rapport kaart de optie van een ad hoc tribunaal aan.

De commissie brengt pas ruim een jaar nadat het Joegoslavië Tribunaal is opgericht haar eindrapport uit.² Daarin worden eerst juridische thema's betreffende de strafbaarheid en strafrechtelijke verantwoordelijkheid behandeld. Zo heeft Tineke de eindverantwoordelijkheid voor de in Bijlage II uitgewerkte beschouwing over *Rape and Sexual Assault: A Legal Study*. Maar het rapport bevat ook uitgebreide beschouwingen over de feiten. In bijlagen komen de strijd om Sarajevo, de massagraven en de detentiekampen uitgebreid aan bod, waarbij sommige regio's uitvoeriger dan andere worden behandeld. In Bijlage IV wordt uitvoerig stilgestaan bij Zvornik, in Bijlage V bij Prijedor. Het rapport en de bijlagen beslaan meer dan 3300 pagina's.

Bij die feitelijke component van het rapport wil ik iets langer stilstaan. In de Inleiding (par. 11) in de bijlagen bij het eindrapport merkt de commissie op:

'It was not the Commission's intention or part of its responsibility to prepare cases for criminal prosecution or to pronounce upon the guilt of individual persons. These are tasks for prosecutors and judges, who will form their own views after thorough investigation and deliberation, in accordance with the "rule of law". They are not, therefore, bound by any of the opinions or conclusions expressed in the Annexes. It should also be emphasized that no allegation contained in the Annexes with respect to any individual is intended to constitute a finding on the guilt or innocence of that person. That will ultimately have to be determined by appropriate judicial bodies.'

Het rapport laat op zichzelf ook weinig mogelijkheid om de juistheid van de feiten te verifiëren. Om redenen van vertrouwelijkheid zijn vaak namen van bronnen weggelaten. Dikwijls wordt ook teruggegrepen op bronnen waarvan specifieke gegevens ontbreken. Toegang tot onderliggend materiaal en tot de *database* waarin al dat materiaal is ondergebracht zal ongetwijfeld meer duidelijkheid geven. Daarom deelt de Secretaris-Generaal dan ook mee: 'Upon my instructions, the database and all of the information gathered by

2 Zie bijlage bij *Letter from the Secretary-General to the President of the UN Security Council, annexing Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to the Security Council Resolution 780(1992) (27 mei 1994)*, UN Doc S/1994/674.

the Commission in the course of its work have been forwarded to the Office of the Prosecutor of the International Tribunal.³

Tinekes lidmaatschap van de Commissie van Deskundigen heeft haar later twee keer, een keer echt en een keer alleen virtueel, teruggevoerd naar het Joegoslavië Tribunaal. Het ging daarbij beide keren over de feiten zoals die door de commissie waren beschreven. Nadrukkelijk schrijf ik niet ‘vastgesteld’ omdat de commissie immers niet pretendeerde feiten te hebben vastgesteld op de wijze zoals dat in een strafproces gebeurt. De eerste keer verscheen zij als *amicus curiae*. Daar sta ik hierna verder bij stil. Over het haar toegedachte optreden als getuige/deskundige in de zaak *Prosecutor v Kunarac* (waarbij zij in het transcript tot 16 keer toe wordt aangeduid als Dr. Cleirin) berichtte ik in de Inleiding al.

3 MRS. CHRISTINE CLEIREN ALS *AMICUS CURIAE*

Bij mondelinge beslissing van 27 juni 1996⁴ nodigt de Trial Chamber Tineke uit om als *amicus curiae* te verschijnen in de procedure die op grond van Rule 61 van de Rules of Procedure and Evidence (RPE) is geopend tegen de beklaagden Karadžić en Mladić. Artikel 61 voorziet in een procedure voor het uitvaardigen, door een meervoudige kamer, van een internationaal aanhoudingsbevel dat ter kennis van alle staten wordt gebracht (Rule 61(D)). Dat kan in geval een op grond van Rule 55 door een enkele rechter uitgevaardigd bevel tot aanhouding niet is uitgevoerd. Een bevel krachtens Rule 55 kent een beperktere kring van geadresseerden. Te denken is daarbij met name aan de autoriteiten van de vermoede staat van verblijf. Om een internationaal aanhoudingsbevel te kunnen uitvaardigen eist Rule 61 (C) verder dat de kamer uit het overgelegde en eventueel ter zitting verdere bijgebrachte bewijs tot de conclusie komt dat er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat de verdachte alle of sommige van de tenlastegelegde feiten heeft begaan. De Trial Chamber overwoog in zijn beslissing tot uitnodiging van Tineke als *amicus*:

‘Considering, furthermore, that recourse to the *amicus curiae*, an impartial personality, only for the purposes of making a statement on an issue which the Trial Chamber considers relevant and dealing with the presentation of information and not evidence, appears fully legitimate and entirely consistent with the proper administration of justice.’

3 UN Doc S/1994/674, p. 2

4 Joegoslavië Tribunaal 27 juni 1996, IT-95-5-R61 en IT-95-18-R61 Transcript (*Prosecutor v Radovan Karadžić en Ratko Mladić*), p. 17.

Nadrukkelijk wordt dus gesteld dat de amicus een verklaring aflegt die niet tot bewijs strekt, maar informatie aandraagt met betrekking tot een bepaalde kwestie. Ook bij de ondervraging wordt dat nog eens benadrukt: 'I would like to remind you that she is not a witness but an amicus curiae so she will not have to swear an oath.'⁵

Tijdens de ondervraging ontstaat ook wel enige verwarring waar een van de rechters Tineke een vraag stelt *as an expert witness, as you are*.⁶ En de vraag naar de feitelijke grondslag van de verklaring blijft de rechters bezighouden:

Vraag: 'Were you actually there carrying out the investigations?'

Antwoord: 'No, I was not there. I was present at part of the investigation that was held by the Commission in Zagreb and I was present at several testimonies, testimonies also from the rape cases, but I did not do it myself. So I was there only – my task there was only, let us say, to protect the rules that the Commission made before and to see if all things were OK and to represent the Commission in Zagreb and in Split.'⁷

Tineke legt tenslotte stukken over die formeel toegelaten worden, waaronder het eindrapport van de Commissie van Deskundigen.

In de beslissing van de Trial Chamber op grond van Rule 61⁸ wordt verwezen naar de verklaringen van Tineke en ook naar de overgelegde stukken. De verwijzingen op de pagina's 34 en 35 van de beslissing en de in de voetnoten gerelateerde passages voeren ons rechtstreeks naar het eindrapport van de commissie.⁹ Dat leidt tot vaststellingen en aanneemelijkheidsoordelen van feitelijke aard over grootschalig seksueel geweld. En dat niettegenstaande de nadruk die was gelegd op het feit dat Tineke als amicus optrad en zij zelf over de feitelijke betrouwbaarheid van de ingewonnen gegevens nog eens nadrukkelijk had gesteld: 'However, the reliability and the credibility of reports and testimonies could not be verified by the Commission caused by various reasons.'¹⁰

Dit alles heeft er dus niet aan in de weg gestaan dat de Trial Chamber de verklaring van Tineke als amicus en de rapportage van de Commissie van Deskundigen zonder

5 Joegoslavië Tribunaal 2 juli 1996, IT-95-5-R61 en IT-95-18-R61 Transcript (*Prosecutor v Radovan Karadžić en Ratko Mladić*), p. 379.

6 Joegoslavië Tribunaal 2 juli 1996, IT-95-5-R61 en IT-95-18-R61 Transcript (*Prosecutor v Radovan Karadžić en Ratko Mladić*), p. 397.

7 Joegoslavië Tribunaal 2 juli 1996, IT-95-5-R61 en IT-95-18-R61 Transcript (*Prosecutor v Radovan Karadžić en Ratko Mladić*), p. 401.

8 Joegoslavië Tribunaal 11 juli 1996, IT-95-5-R61 en IT-95-18-R61, *Review of the Indictments Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence* (*Prosecutor v Radovan Karadžić en Ratko Mladić*).

9 In de voetnoten 152 t/m 160 wordt veelal verwezen naar de Hoofdstuk IV (Substantive Findings) sectie F sub 3 (Rape and other forms of Sexual assault: interviewing victims and witnesses) van het eindrapport.

10 Joegoslavië Tribunaal 2 juli 1996, IT-95-5-R61 en IT-95-18-R61 Transcript (*Prosecutor v Radovan Karadžić en Ratko Mladić*), p. 383.

voorbehoud mede feitelijk ten grondslag heeft gelegd aan zijn vaststelling dat er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat de verdachten alle of sommige van de tenlastegelegde feiten hebben begaan. Het op voorhand ontkennen van het bewijskarakter van de ter zitting gegeven verklaring en daarmee indirect van het eindrapport van de commissie doet enigszins krampachtig aan. Om twee redenen was overigens het – kennelijk geduchte – probleem wel geringer dan gevreesd. In het procesrecht van het Joegoslavië Tribunaal worden getuigenissen van horen-zeggen niet van het bewijs uitgesloten. In dat opzicht was het strikt vasthouden aan de stelling dat het hier geen bewijs betrof niet nodig. Gerapporteerde interviews met slachtoffers en getuigen zijn dan ook niet per definitie onbruikbaar voor het bewijs. Wel dwingt tweede, derde of nog meerdere-hands *hearsay* tot uiterste behoedzaamheid. Maar ook moet bedacht worden dat de Rule 61-procedure geen vaststelling van feiten boven iedere redelijke twijfel behelst. De bewijsstandaard van de *redelijke gronden om aan te nemen* vindt toepassing in een context waarin niet tot veroordeling kan worden besloten. Het ontbreken van een ondervragingsrecht namens de verdachte, en met name de onmogelijkheid de onderliggende bron van de getuigenverklaring aan nader onderzoek te onderwerpen, is dan ook – hoezeer ook serieus te nemen – minder ingrijpend dan het in het eigenlijke proces op tegenspraak zou zijn. Groot nadeel van de gevolgde werkwijze is wel dat fundamenteel verwarring is gezaaid over de betekenis van wat (toelaatbaar) bewijs is. Die kwestie kwam later – zie hiervoor – in de zaak *Prosecutor v Kunarac* indringend naar voren, toen overigens wel in een context van definitieve vaststelling van schuld.

Het gebruik van de rol van *amicus* verdient hier zeker geen schoonheidsprijs. In die zin is Tineke een beetje een vreemde vriendin. In feite treedt zij praktisch als de-auditu getuige op. Haar optreden past ook niet erg in de rol van deskundige. Ik verwijs naar de opmerkingen van Judge Hunt in de Kunarac-zaak. Het *amicus* fenomeen vertoont in de wereld van de Tribunalen trekjes van een panacee voor heel uiteenlopende situaties en is daarmee op onderdelen enigszins vervreemd van het oorspronkelijke concept.

4 DE *AMICUS CURIAE*: HOOFDLIJNEN NATIONAAL EN INTERNATIONAAL

De *amicus curiae* is een persoon of instantie die geen partij is in een geding maar zich meldt of uitgenodigd wordt om zijn licht te laten schijnen over een kwestie die in dat geding aan de orde is. De *amicus* figuur is in het Nederlandse recht relatief onbekend. Veel bekender is hij in de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer.

In Nederland wint de *amicus* overigens wel terrein waarbij veelvuldig de term *meedenkers* wordt gehanteerd. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State initieerde een paar experimenten voor schriftelijke inbreng van anderen dan partijen. De kiem van deze *amicus* praktijk lag in de wens om de Europese Commissie en de Autoriteit Consument

en Markt de mogelijkheid te geven invloed uit te oefenen in zaken waarin voor hen relevante vragen rijzen. Deze experimenten werden, ietwat oneigenlijk, gestoeld op de artikelen 8:45 en 8:45a van de Awb.¹¹ Tijdens de Covid vertraging waaronder de publicatie van dit boek leed, kwam wetgeving tot stand die de amicus breder in het bestuursrecht trekt.¹² Deze is overigens bij het afsluiten van dit manuscript nog niet in werking getreden. Bij de Hoge Raad had de *amicus curiae* ook al zijn intrede gedaan in zaken waarin aan hem een prejudiciële beslissing wordt gevraagd in civiele zaken en belasting- en bestuursrechtelijke zaken.¹³ Voor het fiscale recht is met name van belang dat de Staatssecretaris van Financiën niet steeds partij is in een procedure waarin fiscale kwesties wel degelijk van groot belang zijn. De nadruk bij deze ontwikkeling lijkt te liggen op de rol van de amicus ten behoeve van de rechtsvorming en rechtsontwikkeling.

In de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer speelt de amicus een veel belangrijker rol. Bij het Amerikaanse *Supreme Court* worden al sinds jaren in ruim meer dan 90% van de bepleite zaken *amicus briefs* ingediend en het aantal loopt inmiddels op tot meer dan vijftien per zaak.¹⁴ Traditioneel gold als amicus een persoon of instituut, dat kan ook een overheid(sorgaan) zijn,¹⁵ dat geen partij bij het geding was maar er wel een zeker belang bij had zijn visie te geven op de kwestie die bij de rechter voorlag. Dat belang kan bijvoorbeeld gelegen zijn in de rechtsontwikkeling op het terrein dat bestreken wordt. Het kan een ideëel belang zijn, maar ook heel goed een zakelijk of een politiek belang. Voor zover al gold dat de amicus per definitie neutraal is,¹⁶ steeds zonder eigen belang optreedt, behoort dat uitgangspunt op vele plaatsen tot het verleden.¹⁷ Het Verenigd Koninkrijk lijkt in deze ontwikkeling

11 R. Stolk, Y.E. Schuurmans & J.E. Esser, 'De amicus curiae: een instrument voor rechtsvorming of ook voor rechtsbescherming?', AA 2019(1), p. 9-19; J.C.A. de Poorter, L.A. van Heusden & C.J. de Lange, *De amicus curiae geëvalueerd. Over de eerste indrukken van de inzet van het instrument van de amicus curiae in procedures voor de Afdeling Bestuursrechtspraak*, Den Haag: Raad van State 2018.

12 Wet van 14 oktober 2020 tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht, de Algemene wet inzake rijksbelastingen, de Wet op de rechterlijke organisatie en de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren in verband met enkele wijzigingen in het belang van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling bij de hoogste rechtscolleges (*amicus curiae* en kruisbenoemingen), *Stb.* 2020, 416. Zie ook: M. Hermans, 'Amicus curiae en kruisbenoemingen bij de hoogste bestuursrechters', *Nederlands Juristenblad* 2021, p. 894-901.

13 Artikel 393 lid 2 Rv en artikel 27gc lid 2 AWR. Zie ook het Procesreglement van de Hoge Raad der Nederlanden onder 3.3.8. (civiele zaken) en 5.2.8 (belasting en bestuursrechtelijke zaken).

14 A.J. Franze & R. Reeves Anderson, 'A calm but Impressive 2018-2019 term for Friends of the Court', *The National Law Journal*, 25 november 2019 en A.J. Franze & R. Reeves Anderson, 'Amicus Curiae at the Supreme Court: Last Term and the Decade in Review', *The National Law Journal*, 18 november 2020.

15 Zie bijvoorbeeld *Supreme Court* (Verenigde Staten) 14 juni 2018, *Animal Science Products, Inc. v Hebei Welcome Pharmaceutical Co.*, 585 U.S. ____ (2018) waarin in feitelijke instantie eerst het Chinese Ministerie van Handel in een amicus brief uitleg had gegeven aan het Chinese nationale recht en de Amerikaanse overheid voor het *Supreme Court* in een amicus brief stelling innam over de vraag in hoeverre de Amerikaanse rechter gebonden was aan die wetsuitleg door de Chinese overheid.

16 S. Banner, 'The Myth of the Neutral Amicus: American Courts and Their Friends, 1790-1890', *Constitutional Commentary* 2003(1), p. 111-130.

17 S. Williams & H. Woolaver, 'The Role of Amicus Curiae before International Criminal Tribunals', *International Criminal Law Review* 2006(2), p. 152-153.

bepaald niet voorop te lopen. *Amicus briefs* worden regelmatig ook vanuit de wetenschap ingebracht en waar het gerecht daartoe nadrukkelijk uitnodigt is de vraag naar hun neutraliteit wel ter discussie gesteld.¹⁸

In het algemeen kan worden gezegd dat de *amicus* gaandeweg op alle fronten betekenis heeft gewonnen, ook in de internationale rechtspraak.¹⁹ Dat geldt zeker voor het EVRM en het IACHR, maar reikt verder. Ook in de sfeer van de WTO²⁰ en de Internationale Investeringsarbitrage²¹ heeft de *amicus* zijn plek gevonden. Het Internationaal Gerechtshof en het Internationaal Zeerechttribunaal zijn daarbij geen voortrekkers, zeker waar het organisaties anders dan staten betreft. Net als indertijd bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens worden overigens wel eens sluiproutes toegepast. Het Verenigd Koninkrijk mocht niet interveniëren in de zaak *Winterwerp v Nederland*, maar het Engelse standpunt werd wel via de commissie naar voren gebracht.²² Zo wordt soms ook een standpunt geweerd uit de stukken van het geding, maar is het wel ergens beschikbaar gesteld bij het gerecht en kunnen de partijen daarop ook een beroep doen.²³ Het is hier echter niet de plek om uitvoerig stil te staan bij alle vragen die het instituut van de *amicus curiae* en meer in het algemeen interventies door personen/organisaties die geen partij bij het geding zijn oproept. Wie kwalificeren? Alle personen of alleen staten, wellicht Internationale Organisaties of ook NGO's? Moeten de partijen in het geding toestemming geven voor het inbrengen van een *amicus* brief? En als die toestemming geweigerd wordt kan het gerecht dan toch zelf die toestemming geven? Hoe groot is het gevaar van lobbyen? Moet de *amicus* zich tot rechtsvragen beperken of mag hij ook op de feiten ingaan (een in het kader van deze bijdrage wel relevante vraag overigens)? Moet inzicht gegeven worden,

18 X. Mao, 'The Function of Amicus Curiae Participation by Legal Scholars: The Al-Bashir Appeal Case at the International Criminal Court as an Illustration', *Chinese Journal of International Law* 2019(2), p. 393-424.

19 Voor een breder overzicht: L. Bartholomeusz, 'The Amicus Curiae before International Courts and Tribunals', *Non-State Actors and International Law* 2005(3), p. 209-286; P.J. Sands & R. Mackenzie, 'International Courts and Tribunals, Amicus Curiae', in: R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press 2011; Zie verder A. Wiik, *Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*, Baden-Baden: Hart/Nomos 2018, die de strafrechtelijke Hoven en Tribunalen evenwel niet behandelt.

20 Zie de website van de WTO: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_settlement_cbt_e/c9s3p1_e.htm.

21 Artikel 37 lid 2 van de Rules of Procedure for Arbitration Proceedings van het International Centre for Settlement of Investment Disputes.

22 EHRM 24 oktober 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC6700, NJ 1980/114, m.nt. E.A. Alkema (*Winterwerp/Nederland*), par. 7; sindsdien is de inbreng van *amicus curiae* geregeld in artikel 36 lid 2 EVRM.

23 Zie voor *amicus* briefs van NGO's bij het ICJ: *Practice Direction XII* en voor het ITLOS in de zaak *Arctic Sunrise*: P. Nagy, 'L'affaire Arctic Sunrise devant le TIDM: étude comparée de la possibilité pour les ONG d'obtenir le statut d'*amicus curiae* devant une juridiction internationale', *MBDE/Contentieux international public* 25 maart 2014.

zoals bijvoorbeeld voor het US Supreme Court, in de geldelijke bijdragen die zijn ontvangen voor het opstellen van de *amicus brief*?²⁴

5 DE AMICUS CURIAE BIJ STRAFRECHTELIJKE HOVEN EN TRIBUNALEN

Dat de amicus ook is doorgedrongen in de praktijk van het internationale strafprocesrecht mag dus geen verrassing heten. De sterk door het procesrecht van de Verenigde Staten beïnvloede *Rules of Procedure and Evidence* van het ICTY²⁵ en van het Rwanda Tribunaal (ICTR) stelt zijn rol in nogal algemene bewoordingen: 'A Chamber may, if it considers it desirable for the proper determination of the case, invite or grant leave to a State, organization or person to appear before it and make submissions on any issue specified by the Chamber.'²⁶ Soortgelijke algemene formuleringen zijn ook terug te vinden in het procesrecht van bijvoorbeeld het Special Tribunal for Lebanon (STL),²⁷ het International Criminal Court (ICC)²⁸ en het Kosovo Tribunaal (Specialist Chambers of the Courts of Kosovo: KSC).²⁹

In de praktijk zien we aanvankelijk de traditionele amicus naar voren komen. De regering van een staat waarvan de overdracht van een zaak werd verzocht, werd toegestaan via een *amicus curiae* haar zienswijze over die voorgenomen overdracht kenbaar te maken.³⁰ In de eerste zaak *Prosecutor v Dusan Tadić* presenteerde de regering van de Verenigde Staten een *amicus brief* over de vraag of de *Grave breaches* bepalingen van de Geneefse Conventies ook van toepassing zijn op niet-internationale gewapende conflicten.³¹ Over de reikwijdte van de gevraagde maatregelen om getuigen te beschermen gingen *amicus*

24 Rules of the Supreme Court of the United States, Rule 37.

25 Zie voor het aanleveren van een volledige ontwerpset van Rules of Procedure and Evidence door het Department of Justice van de Verenigde Staten een interview met Judge Gabrielle Kirk McDonald: D.P. Briand & L. Swigart, 'The Ad Hoc Tribunals Oral History Project. An Interview with Gabrielle Kirk McDonald', *International Center for Ethics, Justice and Public Life* 15 juli 2015.

26 Rule 74 ICTY; Rule 74 ICTR, later overgenomen in Rule 83 van de RPE van het United Nations Residual Mechanism for Criminal Tribunals (UNIRMCT).

27 Rule 131 RPE STL.

28 Rule 103 RPE ICC.

29 Rule 67 RPE KSC.

30 Joegoslavië Tribunaal 16 mei 1995, IT-95-5-D, *Decision in the matter of a proposal for a formal request for deferral to the competence of the Tribunal addressed to the Republic of Bosnia and Herzegovina in respect of Radovan Karadžić, Ratko Mladić and Mico Stanišić*; Joegoslavië Tribunaal 8 november 1994, IT-94-1-D, *Decision of the Trial Chamber on the Application by the Prosecutor for a Formal Request for Deferral to the Competence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in the Matter of Dusko Tadić (Pursuant to Rules 9 and 10 of the Rules of Procedure and Evidence)*.

31 Joegoslavië Tribunaal 17 juli 1995, IT-94-1-T, *Submission of the Government of the United States of America Concerning Certain Arguments Made by Counsel for the Accused in the Case of The Prosecutor of the Tribunal v. Dusan Tadić*.

briefs van een Britse hoogleraar³² en Amerikaanse Human Rights organisaties. Het Tribunaal stimuleerde in de zaak tegen Tihomir Blaskić zelfs tot tweemaal toe nadrukkelijk het voorleggen van *amicus briefs* over de vraag of een *subpoena duces tecum* tegen Kroatische overheidsfunctionarissen kon worden uitgevaardigd. Dat resulteerde de eerste keer in dertien *amicus briefs*, waaronder van zeer gerenommeerde juristen, en de tweede keer in *briefs* van vier staten en vijf personen en organisaties.³³ Tientallen media namen een positie in ten aanzien van het verschoningsrecht van journalisten.³⁴ Het Special Court for Sierra Leone benoemde zelf twee amici om hun licht te laten schijnen over de vraag of Charles Taylor als (voormalig) staatshoofd immuniteit van strafvervolgning genoot. Aanleiding vormde het belang van de in het geding zijnde volkenrechtelijke vraagstukken.³⁵ Om diezelfde redenen nodigde de Kamer van Hoger Beroep van het ICC staten, internationale organisaties en hoogleraren in het recht uit om van hun belangstelling te doen blijken een *amicus* brief voor te leggen. Dat betrof de juridische aspecten van de vraag of Jordanië in gebreke was gebleven president Al-Bashir van Sudan aan te houden. Aan de hand van een synopsis van de voor te leggen brief zou dan beslist worden of *amicus* status zou worden verleend.³⁶ Het merendeel van de 17 aanvragen werd gehonoreerd.³⁷ Het valt op dat het aantal van aldus aangespoorde amici groeit. Dat is bijvoorbeeld ook zichtbaar in de politiek gevoelige situatie in Palestina. Naast een tiental staten en vele slachtoffers traden ruim meer dan dertig amici naar voren om hun licht te laten schijnen over de uitoefening van jurisdictie door het ICC over feiten gepleegd op het grondgebied van Palestina.³⁸

De toelating van amici is gebruikelijk onderworpen aan de discretie van de kamer die de zaak behandelt. Richtlijnen kunnen daarvoor uitgevaardigd worden.³⁹ Er worden dus

32 C. Chinkin, 'Amicus Curiae brief on protective measures for victims and witnesses, submitted by Dean and Professor of Law Christine Chinkin', *Criminal Law Forum* 1996(1), p. 179-212.

33 Joegoslavië Tribunaal 29 oktober 1997, *Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of the Trial Chamber II of 18 July 1997 (Prosecutor v Tihomir Blaskić)*; Opmerking verdient dat in de laatste fase van deze procedure Kroatië wel intervenieerde, maar niet als *amicus curiae*. Het rechtsmiddel werd ingesteld door Kroatië als door een besluit direct getroffen staat, waarvoor Rule 108 bis RPE ICTY een zelfstandig rechtsmiddel openstelt.

34 Joegoslavië Tribunaal 11 december 2002, IT-99-36-AR73.9, *Decision on Interlocutory Appeal (Prosecutor v Radoslav Brđjanin and Momir Talic)*.

35 Special Court for Sierra Leone 31 mei 2004, SCSL-03-01-I-059, *Decision on Immunity from Jurisdiction (Prosecutor v Charles Taylor)*.

36 Internationaal Strafhof 29 maart 2018, ICC-02/05-01/09 OA2, *Order inviting expressions of interest as amici curiae in judicial proceedings (pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence) (Prosecutor v Al-Bashir)*.

37 Internationaal Strafhof 21 mei 2018, ICC-02/05-01/09-351, *Decision on the requests for leave to file observations pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence, the request for leave to reply and further processes in the appeal (Prosecutor v Al-Bashir)*.

38 Internationaal Strafhof 20 februari 2020, ICC-01/18-63, *Situation in the State of Palestine. Decision on Applications for Leave to File Observations Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence*.

39 Zie voor het ICTY bijvoorbeeld de *Information concerning the submission of amicus curiae briefs* (IT/122/Rev.1), waarin onder meer wordt gesteld: 'Regardless of whether an amicus curiae submission is

grenzen gesteld aan het optreden als amicus. Dat gebeurde bijvoorbeeld toen een amicus zich eerst aan de verdediging als deskundige had aangeboden, maar deze hem niet had opgeroepen⁴⁰ en toen (een groep) slachtoffers zich als amici ten overstaan van de Appeals Chamber zich te veel op feitelijk terrein wilden begeven en eigenlijk een bepaald aspect van de zaak nog eens dunnetjes over wilden doen.⁴¹ Dat betreden van feitelijke terrein was in de uitnodiging aan Dr. Cleiren in de Tadić zaak, alle bezweringsformules ten spijt, op zijn minst ook problematisch naar later in de zaak Kunarac wel bleek.

Tot zover de klassieke amicus zoals die in het internationale strafprocesrecht naar voren komt. Mij baart de omvang van de amicus praktijk enige zorg. Het gevaar bestaat dat té veel niet-partijen zich actief in de procedure mengen. Verder moet ervoor gewaakt worden dat de amicus niet ingeroepen wordt om met zijn bijdrage op oneigenlijke wijze de legitimiteit van dat gerecht en zijn beslissingen te versterken.⁴²

6 NIEUWE ROLLEN VOOR DE AMICUS CURIAE

De rol van de amicus is in het internationale strafprocesrecht niet beperkt gebleven tot zijn klassieke contouren. Niet alleen nam het aantal interventies, vaak uitgelokt, toe, maar hem werden heel nieuwe rollen toegemeten. Aan flexibiliteit geen gebrek!

6.1 *De amicus als quasi raadsman*

De rechters, met name van het Joegoslavië Tribunaal, hebben de amicus te hulp geroepen in zaken waarin de verdachte besloten heeft zichzelf, zonder tussenkomst van een advocaat, te verdedigen.⁴³ De procesregels voorzien niet specifiek in die rol voor de amicus. Maar er bestond behoefte aan een specifiek op de belangen van de verdachte gerichte rechtskundige voorlichting van de rechters waar die van de verdachte zonder advocaat niet of nauwelijks verwacht kon worden. In de zaak tegen Slobodan Milosević vroeg de Trial Chamber om

submitted unsolicited or in response to a general or specific invitation by a Chamber, the following provisions shall apply: (a) In general, amicus curiae submissions shall be limited to questions of law, and shall not include factual evidence relating to elements of a crime charged; (b) (...)'.

40 Joegoslavië Tribunaal 25 november 1996, IT-94-1, *Order Denying Leave to Appear as Amicus Curiae (Prosecutor v Dushko Tadić)*.

41 Joegoslavië Tribunaal 21 september 2012, IT-95-5/18-AR98bis.1, *Decision on Application for Leave to Submit an Amicus Curiae Brief (Prosecutor v Radovan Karadzic)*.

42 Mao 2019, p. 393-424.

43 Ik laat de situatie waarin verdachten bij verstek worden vervolgd en aan hen ambtshalve een raadsman wordt toegevoegd buiten beschouwing. Die situatie doet zich alleen bij het Libanon Tribunaal voor. Zie bijvoorbeeld voor de eerste toevoeging van raadslieden door het Hoofd van de Defence Office in: Libanon Tribunaal 2 februari 2012, STL-11-01/I/PTJ, *Assignment of Counsel for the Proceedings held in Absentia pursuant to Rule 106 of the Rules (Prosecutor v Ayyash e.a.)*.

benoeming van drie amici, niet om de verdachte te vertegenwoordigen,⁴⁴ maar ‘to assist in the proper determination of the case’ waarbij de volgende taakomschrijving werd gegeven:

- ‘(a) making any submissions properly open to the accused by way of preliminary or other pre-trial motion;
- (b) making any submissions or objections to evidence properly open to the accused during the trial proceedings and cross-examining witnesses as appropriate;
- (c) drawing to the attention of the Trial Chamber any exculpatory or mitigating evidence; and
- (d) acting in any other way which designated counsel considers appropriate in order to secure a fair trial [...].’⁴⁵

Later werd ook nog een amicus in het bijzonder belast met bijstand ter zake van vragen van internationaal recht.⁴⁶ Ook werd twee aanvankelijke amici gedurende het proces eens een andere rol toebedeeld, namelijk die van toegevoegd raadsman. Dat leidde tot een moeilijk werkbare situatie voor hen met de verdachte, waarop de vers benoemde raadslieden (en ex-amici) verzochten – tevergeefs overigens – om weer ontslagen te worden uit hun nieuwe functie.⁴⁷ Ik weid hier niet verder uit over de vele complicaties die de amicus-constructie in de zaak Milosević hebben opgeleverd.⁴⁸

Momčilo Krajišnik, die zich in eerste aanleg zelf had willen verdedigen, vroeg in hoger beroep toch om toevoeging van een raadsman. Omdat de raadsman van zijn keuze om formeel technische redenen niet voor toevoeging in aanmerking kwam werd een andere raadsman toegevoegd.⁴⁹ Daarop verzocht Krajišnik, via een motie die zijn raadsman – niet die van zijn keuze dus – wel voor hem had ingediend, om dan zich toch maar weer zelf te mogen verdedigen. De raadsman bracht daarnaast onder de aandacht van de Kamer dat bij toewijzing van het verzoek om zichzelf te mogen verdedigen de fairness van het proces

44 In de common law traditie staat de raadsman de verdachte niet bij maar vertegenwoordigt hij deze.

45 Joegoslavië Tribunaal 30 augustus 2001, IT-02-54, *Order Inviting Designation of Amicus Curiae* (Prosecutor v Slobodan Milosević).

46 Joegoslavië Tribunaal 22 november 2002, IT-02-54, *Order Appointing Amicus Curiae* (Prosecutor v Slobodan Milosević).

47 Joegoslavië Tribunaal 7 december 2004, IT-02-54-T, *Decision on assigned Counsel’s Motion for Withdrawal* (Prosecutor v Slobodan Milosević).

48 Zie voor een korte schets: Bartholomeusz 2005, p. 248-253.

49 De aanvankelijk niet geaccordeerde raadsman kon ondanks de *self representation*, formeel als raadsman op een bepaald thema (Joint Criminal Enterprise) de appellant voor de Appeals Chamber vertegenwoordigen waarbij, behoudens het thema, geen beperkingen golden voor zijn optreden.

toch wel gediend zou zijn met de aanwijzing van een amicus.⁵⁰ Dat gebeurde en hij bracht, nu als amicus, argumentatie naar voren die hij in het belang van de verdachte achtte. Wel golden daarbij aanzienlijke restricties voor zijn optreden. Zo werd hij bijvoorbeeld geïnstrueerd niet op nieuw onderzoek naar feiten aan te sturen. Belangrijker wellicht nog was dat hij onafhankelijk van de appellant moest opereren.⁵¹ Dat leidde er bijvoorbeeld toe dat hij (a) geacht werd geen gevolg te geven aan een verzoek van Krajišnik om met de amicus te spreken over iets dat de laatste naar voren had gebracht,⁵² (b) geen verlof kreeg om een in hoger beroep aangezegde getuige (Karadžić) te ontmoeten om zich voor te bereiden op diens ondervraging⁵³ en (c) beperkt werd in de aangelegenheden waarin hij kon reageren op bepaalde door Krajišnik ingebrachte processtukken.⁵⁴ Het werd echt ingewikkeld toen de aanvankelijk niet geacordeerde raadsman, ondanks de *self representation*, toch formeel als raadsman op een bepaald thema (Joint Criminal Enterprise) alsnog de appellant voor de Appeals Chamber kon vertegenwoordigen. Voor hem golden geen beperkingen als voor de amicus, maar hij moest wel binnen het specifieke thema blijven. Om doublures en verwarring in geval van tegenstrijdige argumentatie te voorkomen stelde de Kamer nadere regels. De *representation of the unrepresented* is een weerbarstig vraagstuk.

Het gat dat de aldus aangewezen *amicus curiae* opvult is wel duidelijk. Het kan immers gemakkelijk ontbreken aan juridisch deskundige inbreng die in het bijzonder ziet op de belangen van de verdachte. Dat gat kan tot onevenwichtigheid leiden in de argumentatie die aan de rechter wordt voorgehouden en aldus de eerlijkheid van het proces aantasten. Als uitgangspunt is er daarbij nadrukkelijk voor gekozen de mogelijk desastreuze gevolgen van de beslissing om zichzelf te verdedigen niet ten volle op de schouders van de verdachte te laten rusten. Het is overigens ook in de wandelgangen van nationale rechtspleging een geveugeld woord: de verdachte die niet of slecht wordt verdedigd door een raadsman kan rekenen op extra aandacht van de rechter voor zijn belangen. Hier dus door het aanstellen van een partijdige voorlichter. Liever enige rolverwarring dan een dubieus vonnis riskeren.

Tot slot nog een paar korte observaties. Wij moeten deze rol van de amicus niet verwarren met de rol van de tegen de wil van de verdachte opgelegde rechtsbijstand. Die komt

50 Joegoslavië Tribunaal 11 mei 2007, IT-00-39-A, *Decision on Momčilo Krajišnik's Request to Self-Represent, on Counsel's Motion in Relation to Appointment of Amicus Curiae, and on Prosecution Motion of 16 February 2007 (Prosecutor v Momčilo Krajišnik)*.

51 Joegoslavië Tribunaal 11 mei 2007, IT-00-39-A, *Decision on Momčilo Krajišnik's Request to Self-Represent, on Counsel's Motion in Relation to Appointment of Amicus Curiae, and on Prosecution Motion of 16 February 2007 (Prosecutor v Momčilo Krajišnik)*, par. 19.

52 Joegoslavië Tribunaal 11 juni 2008, IT-00-39-A, *Decision on Amicus Curiae Motion for Guidance (Prosecutor v Momčilo Krajišnik)*.

53 Joegoslavië Tribunaal 4 november 2008, IT-00-39-A, *Decision on Urgent Amicus Request to meet with Mr. Karadžić (Prosecutor v Momčilo Krajišnik)*.

54 Joegoslavië Tribunaal 23 november 2007, IT-00-39-A, *Decision on Motion Requesting Permission for Amicus Curiae to File Submission on Matters Arising out of Appellant's Appeal Brief, Prosecution Response and Appellant's Reply (Prosecutor v Momčilo Krajišnik)*.

met name ook aan de orde als de wijze waarop de verdachte zichzelf verdedigt substantieel en aanhoudend aan een juiste en voortvarende behandeling van de zaak in de weg staat. In gevallen waarin daarvoor objectief te vrezen viel werd soms al een stand-by advocaat toegevoegd die vertrouwd was met de zaak en zo nodig de verdediging kon overnemen. Met name in de zaak Šešelj is daarvan sprake geweest. In eerste aanleg vanwege de onordelijke wijze van procederen⁵⁵ en in hoger beroep vanwege de weigering van appellant ter zitting in hoger beroep te verschijnen.⁵⁶

Het recht om zelf, zonder raadsman, de verdediging te voeren, waarna dan een amicus benoemd werd, heeft aanleiding gegeven tot felle meningsverschillen.⁵⁷ Bovendien waren de verdachten in feite meestal niet echt verstoken van juridische bijstand maar deze bleef achter de schermen. Zogenaamde *associates* voorzagen de verdachte vaak van juridische expertise en zij concipieerden vaak door de verdachte ingebrachte processtukken.⁵⁸ Onvermogen de verdachten ontvingen zelfs vergoeding van het Tribunaal voor zulke *associates*.⁵⁹ Soms is ook wel voorzien in rechtsbijstand door aan de verdachte die zichzelf wilde verdedigen een standby counsel toe te voegen die als belangrijkste taak had de verdachte bij te staan in de voorbereiding van zijn zaak en proceshandelingen.

Het verbaast niet dat als een Kamer zich als volgt uitdrukt:

‘That the right to self-representation solicited in this case by the 1st accused [...], can only be exercised with the assistance of counsel to be assigned to the trial and in whatever capacity they are assigned or designated, stand-by or otherwise [...]

... de verdachte in aansluiting daarop reageert als volgt:

‘[...] if the Decision meant that his right of self-representation could be exercised with the assistance of counsel of his own choosing, preferably “counsel in the

55 Zie voor een korte beschrijving: A. Zahar, ‘Legal Aid, Self-Representation, and the Crisis at the Hague Tribunal’, *Criminal Law Forum* 2008(2), p. 241-263.

56 Internationaal Restmechanisme voor Straftribunalen 11 oktober 2017, MICT-16-99-A, *Decision on Assignment of Standby Counsel for the Appeal Hearing (Prosecutor v Vojislav Šešelj)*.

57 Zie bijvoorbeeld *Fundamentally Dissenting Opinion of Judge Schomburg on the Right to Self-Representation* bij Joegoslavië Tribunaal 11 mei 2007, IT-00-39-A, *Decision on Momčilo Krajišnik’s Request to Self-Represent on Counsel’s Motions in Relation to Appointment of Amicus Curiae, and on the Prosecution Motion of 16 February 2007 (Prosecutor v Momčilo Krajišnik)*.

58 Soms verschijnen zij aan de procedurele oppervlakte, zie bijvoorbeeld Joegoslavië Tribunaal 7 december 2004, *Decision on assigned Counsels Motion for Withdrawal (Prosecutor v Slobodan Milošević)*, par. 12.

59 W. Schomburg, ‘The Role of International Criminal Tribunals in Promoting Respect for Fair Trial Rights’, *Northwestern Journal of International Human Rights* 2009(1), par. 45 en 56.

interest of justice”, “amicus counsel”, “standby counsel”, he requested the Principal Defender to contact all members of his “defence team”, national and international, to arrive at the Special Court as soon as possible and to continue assisting him as counsel [...].⁶⁰

Kortom, absolute spraakverwarring en gebrek aan duidelijke regelgeving over de amicus quasi advocaat. De ICTY-praktijk geeft voldoende aanleiding om nog eens nader stil te staan bij de rol van de amicus als quasi raadsman, hoe hij moet worden aangeduid, wat zijn taken precies zijn en wie voor de kosten van zijn optreden opdraait. De praktijk heeft zich nogal stormachtig ontwikkeld. Het enige voordeel dat ik zie is dat men er in ieder geval alles aan heeft gedaan om te vermijden dat de verdachte die zich niet wenst te laten verdedigen door een raadsman later ook nog als martelaar van het oneerlijke proces kan gloriëren.

6.2 *De amicus prosecutor*

Bij wijze van contrast neem ik u nog mee naar de persoon van de amicus prosecutor. Zijn rol is in het procesrecht vaak wel vastgelegd. Hij heeft doorgaans tot taak verdenkingen van contempt of court te onderzoeken en verdachten ter zake te vervolgen. Men spreekt ook wel van *offences against the administration of justice*. Het omvat in ruime zin, het is een veelvormig fenomeen, gedragingen die erop gericht zijn de integriteit van de procedure te ondermijnen. Dat kan bijvoorbeeld in de vorm van (uitlokken van) meened of intimideren en omkoping van getuigen, van de jury(leden) of aan het gerecht verbonden functionarissen, van het niet opvolgen van rechterlijke bevelen of van het verstoren van de orde op de zitting.⁶¹

De opsporing en vervolging van deze misdrijven is problematisch in verband met de diverse vormen van mogelijke betrokkenheid van de procesdeelnemers in de strafzaak waarin die verdenking rijst. Als de meinedige getuige is opgeroepen door de aanklager, is de aanklager dan wel de juiste persoon om die meened en de achtergrond daarvan te onderzoeken en de getuige te vervolgen? Een belangenconflict ligt op de loer. De rechter is veelal betrokken omdat het misdrijf ingrijpt in zijn ambtsuitoefening. Dat kan hetzij heel direct door bijvoorbeeld het negeren van zijn bevelen of door beledigend en opruiend gedrag in de

60 Special Court for Sierra Leone 14 juni 2004, SCSL-04-14-PT, *Consequential Order on Assignment and Role of Standby Counsel (Prosecutor v Sam Norman e.a.)*.

61 M. Lochs, *Contempt of court. Een meerwaarde voor de goede strafrechtspleging in Nederland?* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2019; N. Keijzer, *Contempt of court (afscheidsrede Tilburg)*, Deventer: Gouda Quint 2000.

rechtszaal, dan wel door verstoring van het proces van waarheidsvinding als getuigen worden bewerkt. Van oudsher kon de rechter zelf het initiatief nemen om de pleger van contempt, vooral als het *contempt in the face of the court* betrof, te straffen: de eigen punitieve bevoegdheid van de rechter.⁶² Het komt weliswaar voor dat raadslieden betrokken zijn in de beïnvloeding van getuigen, maar het risico bestaat ook dat zij op zwakke gronden verdacht gemaakt worden door aanklagers in de zaak waarin de contempt zich voordoet. Kort en goed, de vervolging en bestraffing van contempt kan zeer ongemakkelijke situaties opleveren.⁶³ En het aantal contempt zaken is, afgemeten tegen het aantal zaken dat ter zake internationale misdrijven aanhangig is gemaakt, zeer aanzienlijk. Dat geldt voor alle internationale Strafhoven en Tribunaal. Alleen al in het Joegoslavië Tribunaal zijn meer dan 25 contempt zaken behandeld, vaak wegens de weigering te verschijnen als getuige, wegens het beïnvloeden van getuigen, wegens meened of de publicatie van vertrouwelijke gegevens. Een onafhankelijke buitenstaander in de vorm van een *amicus prosecutor* is een mogelijke oplossing voor die ongemakkelijke situaties.

Die oplossing is opgenomen in het procesrecht van de ad hoc Tribunaal voor Joegoslavië en Rwanda,⁶⁴ het Special Tribunal for Lebanon en het Special Court for Sierra Leone. In grote trekken voorzien die regelingen in keuze voor vervolging door de reguliere aanklager, door de rechter zelf of door een *amicus curiae* als onafhankelijke buitenstaander. Ook de optie om contempt door een nationale rechter, bijvoorbeeld die in het land waarvan de betrokkene de nationaliteit bezit, te laten berechten staat vaak open.⁶⁵ De terminologie verschilt. In het Special Court for Sierra Leone kan een *experienced independent counsel* worden benoemd die onderzoekt en eventueel ook vervolgt.⁶⁶ In het Libanon Tribunaal geven de procesregels bijzonder aandacht aan de ongemakkelijkheid die voor de rechters

62 Lochs 2019, hoofdstuk 5.5.1, waarin de summierere contempt procedure in Engeland en Wales beschreven wordt.

63 Hoezeer het mis kan gaan bleek in EHRM 15 december 2005, ECLI:NL:XX:2005:AV1503, *RvdW* 2006/148 (*Kyprianou/Cyprus*), waarin de Grand Chamber van het EHRM besliste. In de ICTY-zaak tegen Florence Hartman (IT-02-54-R77.5) vervolgde de *amicus prosecutor* een voormalige medewerkster van het ICTY die vertrouwelijke informatie had opgenomen in een publicatie.

64 Voor zowel het ICTY en het ICTR Rule 77 (C) en (D) voor contempt en Rule 91 (B) en (C) voor meened, voor het Restmechanisme voor Straftribunaal Rule 90 (C) en (D) voor contempt en Rule 108 (B) en (C) voor meened. Overigens werd de mogelijkheid om de vervolging in handen van een *amicus* te geven pas later (voor het ICTY in december 2001, IT/32/Rev.22) ingevoerd. Voordien berustte de vervolging uitsluitend op de eigen punitieve bevoegdheid van de rechter.

65 De strafbaarheid van *offences against the administration of justice* en de uitoefening van rechtsmacht is vastgelegd in artikel 70 van het Statuut van Rome. Artikel 70 lid 4 ICC Statuut verplicht staten-partijen de misdrijven tegen de *administration of justice* binnen het bereik van hun corresponderende nationale strafbaarstellingen te brengen en op verzoek van het Internationale Strafhof ook vervolging in te stellen voor feiten die bij het Strafhof zijn begaan. Lichtere vergrijpen, *misconduct before the court* (artikel 71 ICC Statuut, Rules 170-172 RPE ICC), kunnen met administratieve sancties, waaronder boetes, worden afgedaan.

66 Rule 77 RPE SCSL.

kan optreden. Daarom voorzien ze in de tussenschakeling van een *contempt judge*, die als het ware in de plaats treedt van de rechters tegen wie de contempt zich richtte. Hij kan de reguliere aanklager vragen te vervolgen, hij kan een amicus aanklager laten benoemen⁶⁷ maar kan ook zelf de vervolging ter hand nemen.⁶⁸

Bij het Internationale Strafhof mist een regeling van de ongemakken die bij onderzoek en vervolging van *offences against the administration of justice* kunnen bestaan. In het pareren van die ongemakken door een buitenstaander is niet voorzien.⁶⁹ Onderzoek en vervolging liggen als uitgangspunt gewoon in handen van de reguliere aanklager.⁷⁰ Parallel aan de door de aanklager behandelde hoofdzaak kan hij onderzoek doen naar bijvoorbeeld mogelijke beïnvloeding van getuigen. Voor bijzondere onderzoeksbevoegdheden zal hij zich dan wenden tot dezelfde Kamer of *Pre-Trial Judge* die de hoofdzaak behandelt. Omdat dergelijke onderzoeken veelal vertrouwelijk zijn zal hij vragen om zittingen waarbij de verdediging is buitengesloten, de zogenaamde *ex parte hearings*. Deze vertrouwelijke uitwisseling van onderzoeksgegevens roept vragen op rond de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de betrokken rechters die, onzichtbaar voor de verdediging, gekend worden in veel informatie. In dat kader is ook de toegang van de aanklager tot detentie gegevens over bezoek en communicatie met buitenstaanders ter discussie gesteld, waarbij ook de vertrouwelijkheid van het verkeer tussen de gedetineerde en zijn raadsman in het geding is. Dit roept om *Chinese Walls*, zowel binnen de organisatie van de aanklager, maar evenzeer binnen het behandelend rechterlijk college.⁷¹ De International Bar Association heeft het ontbreken van een regeling binnen het ICC gehekeld en vindt ook de jurisprudentiële stappen die gezet zijn ontoereikend om een eerlijk proces te waarborgen.⁷² Wel heeft de aanklager in ieder geval één keer een *independant consultant* ingehuurd om te adviseren of er verder onderzoek en eventueel vervolging moest worden ingesteld ter zake van

67 De tot nu toe enige contempt zaken (*Prosecutor v Al Jadeed S.A.L. and Ms Khayat* en *Prosecutor v Akhbar Beirut S.A.L. and Al Amin*) werden door een amicus prosecutor vervolgd en kennen beide als bijzonderheid dat ook een rechtspersoon werd vervolgd wegens publicatie van gegevens waarvan geheimhouding was bevolen.

68 Rule 60(bis) RPE STL.

69 Artikel 70 ICC Statuut, Rules 162-169 RPE ICC; M. Bohlander, 'International Criminal Tribunals and their power to punish contempt and false testimony', *Criminal Law Forum* 2001(1), p. 91-118, behandelt de geschiedenis kort op p. 109-111.

70 Artikel 70 ICC Statuut, Rule 165 RPE ICC. De mogelijkheid de vervolging aan staten-partijen over te laten krijgt enige nadruk in het Statuut en de RPE, bijna als ware het beginsel van complementariteit in de jurisdictie van toepassing, zie in het bijzonder Rule 162 (1), (2)(a), (3) en (4).

71 Het Libanon Tribunaal lijkt met zijn contempt rechter als enige in de procesregels de lijn ook naar de rechters te hebben doorgetrokken.

72 *Offences against the administration of justice and fair trial considerations before the International Criminal Court* Augustus 2017, IBA Discussion Papers Series, ICC & ICL Programme, coalitionfort-heicc.org/sites/default/files/cicc_documents/offences-against-icc-report-august-2017.pdf.

beïnvloeding van getuigen van de aanklager door intermediairs.⁷³ Ook is het inhuren van van een *external counsel* door de aanklager gerapporteerd om een schifting te maken in mogelijk geprivilegieerd materiaal.⁷⁴

7 VREEMDE VRIENDEN

De traditionele *amicus curiae* vond min of meer onopgemerkt zijn weg in het internationale strafprocesrecht. Dat paste in een ontwikkeling die in de internationale, en inmiddels ook wel in onze Nederlandse, rechtspleging veel breder plaatsvond. De toename van de omvang van traditionele interventies van de *amicus* valt op. Het actief aanwijzen, of het nadrukkelijk uitnodigen van amici om te interveniëren zal daaraan zeker hebben bijgedragen. Ook de politieke gevoeligheid van kwesties die, met name bij het ICC, spelen hebben bijgedragen aan de groei van het aantal traditionele interventies. Daarnaast is de *amicus*-figuur ontdekt als oplossing voor een aantal fair trial problemen die rezen in de internationale strafrecht-spraak. De weinig nauwkeurige omschrijving van de rol van de *amicus* liet ruimte voor een uiterst flexibele inzet. Het gaat eigenlijk om vreemde vrienden, in die zin dat hun vriendenrol aanzienlijk afwijkt van de traditionele rol die de *amicus* speelde.

In rechtskundige voorlichting aan de rechter ten behoeve van afwezige verdachten of verdachten die erop stonden hun eigen verdediging te voeren – al of niet na wangedrag – vond de *amicus* een nieuwe rol: de *amicus* als quasi raadsman. Bij de vervolging of verdachten van meened of contempt of court kon dankzij de *amicus* de soms benodigde afstand worden gecreëerd tussen de rol van procesdeelnemer in de strafzaak zelf en de rol die hen wellicht wachtte in de afgeleide vervolging wegens *offences against the administration of justice*. De aard van de mogelijk in het geding zijnde belangen van aanklager, verdediging en rechter maken de situatie complex en kan leiden tot ernstige vragen op het gebied van de eerlijkheid van het proces, zowel in de oorspronkelijke strafzaak als in de afgeleide vervolging wegens contempt. De *amicus* als quasi raadsman heeft aanleiding gegeven tot redelijk bizarre situaties waarbij de *amicus*, al dan niet stand-by, in een vaak onduidelijke relatie stond ten opzichte van de verdachte, soms ook nog met een ‘echte’ raadsman naast die verdachte en de rechter. Zijn positie was in de verhouding *amicus*-verdachte op zijn minst ongemakkelijk en soms vervulde hij in het procesverloop meer dan een van de beschreven rollen. Feitelijk toch wel voor de belangen van de verdachte moeten opkomen maar geen normale raadsman-verdachte verhouding te hebben vergt hier en daar, ook

73 Internationaal Strafhof 25 maart 2014, ICC-01/04-01/06, *Prosecution Response to ‘Requête de la Défense de M. Lubanga aux fins de communication d’éléments de preuve recueillis par le Procureur dans le cadre des enquêtes conduites en vertu de l’Article 70’* (*Prosecutor v Lubanga*), in het bijzonder par. 9 e.v.

74 Idem, par. 29.

deontologisch, een spagaat. Wat hij wel of niet kon en mocht doen werd vaak enigszins te hooi en te gras beslist. En als hij bijvoorbeeld een bepaalde processuele handeling niet mocht verrichten kon dat worden vastgesteld waarna het verbod werd omzeild door deze proceshandeling alsnog als in lijn met de belangen van de verdachte uitgegaan zijnde aan te merken en daarmee te billijken. Het beeld heeft zich bij het ICTY redelijk chaotisch ontwikkeld. De amicus als prosecutor in contempt zaken functioneert – waar nodig – redelijk. Waar sprake is van belangenconflicten kan de amicus die vaak redelijk pareren. Het ICC lijkt achter te blijven in het onder ogen zien van het probleem.

Dr. Christina Cleiren stond bij het ICTY in de voorhoede van de amici in de artikel 61-procedure tegen Karadžić en Mladić. Eigenlijk was zij misschien wel de vreemdste vriendin ooit van alle amici, immers onbeëdigde getuige(-deskundige). Dat valt haar niet aan te rekenen omdat uiteindelijk de Kamer die gekunstelde constructie had bedacht. Wellicht mede ten gevolge van de discussie over haar mogelijke rol als deskundige in de zaak Kunarac is een dergelijke manoeuvre bij mijn weten nooit herhaald. Terecht mijns inziens. Rest te constateren dat Tineke ook in dit opzicht uniek is!