



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Waarheidsvinding bij de opsporing en vervolging van internationale misdrijven

Hirsch Ballin, M.F.H.; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

Citation

Hirsch Ballin, M. F. H. (2021). Waarheidsvinding bij de opsporing en vervolging van internationale misdrijven. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 719-737). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464151>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464151>

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

WAARHEIDSVINDING BIJ DE OPSPORING EN VERVOLGING VAN INTERNATIONALE MISDRIJVEN

Marianne Hirsch Ballin

1 INLEIDING

Een van de belangrijkste thema's in het werk van Tineke Cleiren is de waarheidsvinding. Zo heeft zij de aandacht gevestigd op de complexiteit van het concept waarheid en de wijze waarop in het strafrecht de waarheid mede wordt gevormd door de inhoud van het recht. De door de strafrechter naar boven te brengen materiële waarheid waarop de einduitspraak stoelt, is het resultaat van de met elkaar verweven activiteiten van feitenvinding en rechtsvinding.¹ Haar onderzoek naar de concepten waarheid en waarheidsvinding heeft geleid tot veelzijdige bespiegelingen over de strafrechtelijke waarheid(svinding) en de beïnvloeding daarvan door ontwikkelingen in maatschappij en strafrecht. Tegen de achtergrond van onderzoek naar gerechtelijke dwalingen en groeiende invloed van deskundigen uit andere wetenschappelijke disciplines heeft zij gewezen op het belang van een consistent, deugdelijk en degelijk fundament voor strafvorderlijke rechtsvinding.² Zo'n fundament is immers van belang voor en heeft invloed op de feitenvaststelling; het resultaat van strafvorderlijke rechtsvinding en feitenvaststelling betreft de strafrechtelijke materiële waarheid. Het belang van een consistent, deugdelijk en degelijk fundament voor strafvorderlijke rechtsvinding heb ook ik voor ogen in deze bijdrage.

Mijn aandacht zal uitgaan naar de strafvorderlijke rechtsvinding op een ander belangrijk werkteerrein van Tineke Cleiren, namelijk dat van de opsporing en vervolging van internationale misdrijven. Het proces van waarheidsvinding bij internationale misdrijven blijkt zo complex dat het de uitvoering belemmert van de opdracht straffeloosheid voor deze misdrijven tegen te gaan. In deze bijdrage zal ik onderzoeken of de voorwaarden waaraan de strafrechtelijke waarheidsvinding in het onderzoek naar internationale misdrijven is gebonden, kunnen worden verstevigd ten behoeve van een beter en meer succesvol verloop

1 Zie C.P.M. Cleiren, 'Waarheid in het strafrecht: niet tot elke prijs', in: C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock & C.J.M. Klaassen (red.), *Het procesrecht en de waarheidsvinding* (Procesrechtelijke reeks Nederlandse Vereniging voor Procesrecht nr. 13), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 21.

2 Zie Cleiren 2001, p. 31.

daarvan. Daarvoor zal ik de bijzonderheden die het feitenonderzoek naar internationale misdrijven met zich meebrengt spiegelen aan de door Tineke Cleiren genoemde elementen van strafrechtelijke waarheidsvinding, namelijk betrouwbaarheid, wettigheid, rechtmatigheid en behoorlijkheid.³ In deze elementen komt de verwevenheid van feitenvaststelling (betrouwbaarheid) en strafrechtelijke rechtsvinding (in de zin van de voorwaarden van wettigheid, rechtmatigheid en behoorlijkheid) tot uitdrukking.

2 WAARHEIDSVINDING BIJ INTERNATIONALE MISDRIJVEN

Internationale misdrijven worden beschouwd als de misdrijven van het ergste soort, die universele normen op een dusdanige wijze schenden dat die misdrijven de internationale gemeenschap in haar geheel aangaan. Dat geldt in het bijzonder voor de zogeheten *core crimes* – genocide, misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven – waar de strafbaarheid reeds volgt uit het internationale recht gelet op het *ius cogens*-karakter van de norm.⁴ De internationale misdrijven vormen een bredere categorie. Over de grenzen ervan bestaat geen internationale consensus. Belangrijk aanknopingspunt voor de misdrijven die tot de internationale misdrijven moeten worden gerekend is het Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof van 1998.⁵ In Nederland voorziet de Wet internationale misdrijven (WIM) in strafbaarstelling van de internationale misdrijven zoals ook opgenomen in het Statuut van Rome. Het gaat daarbij, naast de *core crimes*, om foltering door een ambtenaar of anderszins ten dienste van de overheid werkzame persoon, gedwongen verdwijning of een daad van agressie.

Gelet op de aard van de normen die gerekend worden tot de internationale misdrijven, is ook sprake van een volkenrechtelijke verplichting van staten om straffeloosheid voor deze misdrijven te voorkomen. Die verplichting vloeit ook voort uit de artikelen 2 en 3 EVRM⁶ en is tot uitdrukking gebracht in de Preamble van het Statuut van Rome:

‘Bevestigend dat de ernstigste misdrijven die de gehele internationale gemeenschap met zorg vervullen niet onbestraft dienen te blijven en dat een doeltreffende vervolging daarvan verzekerd dient te worden door het treffen van maatregelen op nationaal niveau en door het versterken van internationale samenwerking,

3 Zie Cleiren 2001, met name p. 18-20.

4 Zie M.C. Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2013, p. 240-246.

5 Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof (*Trb.* 2000, 120).

6 Zie HR 18 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2336, *NJ* 2020/350 (*zaak Guus K.*), r.o. 5.2 en 5.5.1.

Vastbesloten een einde te maken aan de straffeloosheid van de daders van deze misdrijven en daardoor bij te dragen aan het voorkomen van dergelijke misdrijven,

In herinnering brengend dat het de plicht is van elke Staat om zijn rechtsmacht uit te oefenen over degenen die verantwoordelijk zijn voor internationale misdrijven, [...]⁷

De rechtsmacht van het Internationaal Strafhof is uitdrukkelijk complementair aan die van staten.⁸ Om die reden verplicht het Statuut de staten die de rechtsmacht erkennen (waaronder Nederland) om ook en in de eerste plaats binnen de eigen jurisdictie straffeloosheid tegen te gaan. Die verplichting volgt dus zowel uit internationaal gewoonterecht als uit het verdragsrecht.⁹ In deze bijdrage gaat het om deze volkenrechtelijke verplichting van Nederland om straffeloosheid voor deze misdrijven te voorkomen. Voor dat doel voorziet de WIM in ruime extraterritoriale jurisdictie ten aanzien van internationale misdrijven die ten dele is gebaseerd op het universaliteitsbeginsel en is verjaring uitgesloten.¹⁰ Maar ook de verplichting tot het aan het licht brengen van de materiële waarheid krijgt tegen de achtergrond van deze verplichting tot het tegengaan van straffeloosheid een bijzonder karakter.

Nederland is niet alleen gastland voor het Internationaal Strafhof en andere internationale tribunalen, maar toont tevens actief te willen voldoen aan de verplichting straffeloosheid voor internationale misdrijven tegen te gaan door nationale vervolgingen.¹¹ Het Landelijk Parket is samen met het Team Internationale Misdrijven van de Dienst Landelijke Recherche belast met het opsporen en vervolgen van personen die worden verdacht van internationale misdrijven.¹² Uitgangspunt is daarbij dat de verdachte van internationale misdrijven waar mogelijk wordt vervolgd in het land waar het misdrijf is gepleegd. Als dat

7 Preambule Statuut van Rome.

8 Preambule en artikel 1 Statuut van Rome.

9 Zie Bassiouni 2013, p. 2. Naast het Statuut van Rome kan worden gewezen op het Genocideverdrag van 1948 (*Trb.* 1960, 32), de Geneefse Conventies (in het bijzonder artikelen 146 en 147 van de Vierde Conventie betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd (*Trb.* 1951, 75), het VN Verdrag tegen foltering en andere, wrede onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing 1984 (*Trb.* 1985, 69) en het Internationaal Verdrag inzake de bescherming van alle personen tegen gedwongen verdwijningen 2006 (*Trb.* 2008, 173).

10 Artikelen 2 en 13 WIM.

11 Vgl. onder meer *Kamerstukken II* 2013/14, 33750 VI, nr. 27, p. 7 en Brief van de Minister en Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid van 27 maart 2019, *Rapportagebrief Internationale Misdrijven 2018* (*Kamerstukken II* 2018/19, 35000 VI, nr. 99), p. 2-3.

12 Zie om.nl/onderwerpen/internationale-misdrijven en L. Plas & S. Minks, 'Waarom de vervolging voor oorlogsmisdrijven belangrijk is', *Strafblad* 2020(2).

niet mogelijk is, wordt beoordeeld of de verdachte in Nederland kan worden vervolgd waarbij rechtsmacht kan worden uitgeoefend op grond van het universaliteitsbeginsel.¹³

Tegelijkertijd is de materiële waarheidsvinding juist bij internationale misdrijven complex. De materiële waarheidsvinding in onderzoeken naar internationale misdrijven kent complicaties die zich minder snel voordoen in reguliere strafzaken. De bewijsvergaring moet veelal plaatsvinden in conflictgebied of op het grondgebied van partijen waarmee niet kan worden samengewerkt.¹⁴ Het al dan niet beschikbaar zijn van rechtshulp, zodat andere staten assistentie kunnen verlenen bij de bewijsvergaring, heeft dan ook belangrijke invloed op het proces van waarheidsvinding.¹⁵ Wanneer het bewijs wordt verkregen via de route van de rechtshulp kunnen moeilijkheden ontstaan wat betreft de toetsing van de rechtmatigheid van de vergaring en, veelal in het verlengde daarvan, de toetsing van de betrouwbaarheid.¹⁶ Het bewijs betreft daarnaast veelal verklaringen van getuigen waarbij zich de nodige moeilijkheden voordoen bij het horen en ten aanzien van de toetsing van de betrouwbaarheid. In plaats van of in aanvulling op getuigenverklaringen is de waarheidsvinding afhankelijk van ‘open source intelligence’ (OSINT; onderzoek op internet en social media), foto- en filmmateriaal van journalisten, burgers of militairen en documentatie die bijvoorbeeld wordt aangeleverd door NGO’s. De bruikbaarheid van dit bewijs wordt zo goed mogelijk beoordeeld met gebruikmaking van moderne technieken als geolocalisering (het vaststellen van de plaats van bijvoorbeeld een foto), data-analyse of gelaatsvergelijking.¹⁷ De complexiteit van de bewijsvergaring in het onderzoek naar internationale misdrijven legt druk op de naleving van de verplichting van staten straffeloosheid voor internationale misdrijven zoveel mogelijk tegen te gaan door het instellen van onderzoek en vervolging.¹⁸

Hierna zal ik eerst wat preciezer de bewijsvergaring en de aard van het bewijs in Nederlandse strafzaken inzake internationale misdrijven onder de loep nemen (par. 3). Daarna zet ik, steunend op de wijze waarop Cleiren de strafrechtelijke waarheidsvinding heeft ontleed, kort uiteen waaraan de strafrechtelijke rechtsvinding moet voldoen zodat de strafrechter

13 Brief van de Minister en Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid van 27 maart 2019, *Rapportagebrief Internationale Misdrijven 2018* (Kamerstukken II 2018/19, 35000 VI, nr. 99), p. 5; *Kamerstukken II* 2001/02, 28337, nr. 3, p. 1.

14 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31200 VI, nr. 193; *Gespecialiseerde genocide officier van justitie* (Brief van het College van procureurs-generaal van 26 juni 2019), bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 27925, nr. 654.

15 Vgl. H.G. van der Wilt, ‘Tussen idealisme en realisme: Vervolg van internationale misdrijven in Nederland, anno 2018’, *DD* 2018(21). Zie bijvoorbeeld: Hof Den Haag 18 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3326, waar de (on)mogelijkheid van rechtshulp door Irak aan de orde was.

16 Zie M.F.H. Hirsch Ballin, ‘Hoofdstuk III.11 Onrechtmatige rechtshulp en rechtsbescherming’, aant. 4 en aant. 5, in: A.L. Melai & A.H. Klip (red.), *Het Wetboek van Strafvordering/IISS*, (september 2016).

17 *Gespecialiseerde genocide officier van justitie* (Brief van het College van procureurs-generaal van 26 juni 2019), bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 27925, nr. 654 en Van der Wilt 2018.

18 Vgl. de bewijsrechtelijke moeilijkheden waarmee de internationale strafhoven kampen. Zie hierover: A.M.M. Orie, ‘Bewijsrecht in een zich ontwikkelende internationale context’, *Strafblad* 2014(73).

uiteindelijk zo goed mogelijk de materiële waarheid kan vaststellen en beoordelen (par. 4). Vervolgens zal ik met behulp van de door Cleiren gehanteerde elementen waaraan de strafrechtelijke waarheidsvinding moet voldoen, reflecteren op de bewijsvergaring in onderzoeken naar internationale misdrijven (par. 5). Dit moet leiden tot aanknopingspunten om het normatieve kader voor de bewijsvergaring bij internationale misdrijven nader vorm te geven. Dat zou het complexe, maar zo belangrijke onderzoek naar internationale misdrijven een steun in de rug kunnen geven, zodat ook de strafrechter op basis van een steviger fundament het proces van waarheidsvinding kan voltooien. De versteviging van de strafvorderlijke rechtsvinding in het vooronderzoek en daardoor de relatie tussen feitenonderzoek en berechting van internationale misdrijven, is een essentiële stap voorwaarts in de opdracht van staten straffeloosheid voor de misdrijven uit de ergste categorie tegen te gaan.

3 BEWIJS EN BEWIJSVERGARING IN ONDERZOEKEN NAAR INTERNATIONALE MISDRIJVEN

3.1 *Nederlandse vervolgingen voor internationale misdrijven*

Wat opvalt in de Nederlandse strafzaken inzake internationale misdrijven is dat het bewijs vooral steunt op getuigenverklaringen, terwijl de rechter zich gesteld ziet voor moeilijkheden wat betreft de toetsing van de betrouwbaarheid van die verklaringen. De belangrijkste oorzaken daarvan zijn het tijdsverloop tussen de strafbare feiten en de behandeling van de strafzaak, de omstandigheid dat het gaat om getuigen en/of slachtoffers afkomstig uit andere landen met veelal cultuurverschillen, terwijl slachtoffers soms getraumatiseerd zijn door zeer ernstige misdrijven, en de moeilijkheid om bewijzen te staven met bijvoorbeeld forensisch bewijs vanwege de omstandigheden waaronder de misdrijven zijn gepleegd en het feit dat de misdrijven buiten Nederland hebben plaatsgevonden.¹⁹

De twee bekendste strafzaken inzake internationale misdrijven zijn die tegen de Nederlandse verdachten Frans van Anraat en Guus Kouwenhoven. Van Anraat is in Nederland vervolgd voor medeplichtigheid aan oorlogsmisdrijven door de machthebbers in Irak (het regime onder Saddam Hussein) door hun vanaf 1985 gedurende enkele jaren grote hoeveelheden grondstof voor mosterdgas te leveren. Kouwenhoven is veroordeeld wegens zijn betrokkenheid als eigenaar – met nauwe banden met Charles Taylor – van een groot houtkapbedrijf in Liberia, bij de illegale wapenhandel in de regio en daarmee zijn medeplichtigheid aan oorlogsmisdrijven gepleegd door het regime van Charles Taylor.

¹⁹ Vgl. Th.B. Bouwknegt, Opsporing, vervolging en berechting van internationale misdrijven in Nederland (NIOD rapport van 26 augustus 2019), bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 27925, nr. 660, p. 33.

Met name de procesgang en bewijswaardering in de zaak van Kouwenhoven is illustratief in het verband van deze bijdrage.

Belangrijk onderdeel van de beoordeling door het Gerechtshof Den Haag (het eerste hof dat de zaak behandelde) in de zaak van Kouwenhoven was de wijze waarop het opsporingsonderzoek was verlopen. Het hof plaatste kritische kanttekeningen bij de wijze waarop het opsporingsonderzoek was ingericht. Het ging daarbij om de beperkte mate waarin in de loop van het onderzoek, ondanks verzoeken daartoe van de verdediging, door getuigen afgelegde verklaringen zijn getoetst. Daarbij bestond, zo oordeelt het hof, juist aanleiding voor kritisch onderzoek nu van de verklaringen van een aantal getuigen ‘bepaald niet kan worden gezegd dat deze steeds “innerlijk consistent” waren’.²⁰ Voorts is door de Criminele Inlichting Eenheden een eerste verkennend onderzoek uitgevoerd waarbij gebruik is gemaakt van zogenaamde ‘vertrouwenspersonen’. De gespreksverslagen van de gesprekken van die vertrouwenspersonen met informanten zijn aan het dossier toegevoegd. Doordat dit plaatsvond in het afgeschermd CIE-traject, was de werkwijze van de vertrouwenspersonen niet te controleren.²¹ Tot slot was sprake van een ‘parallel opsporingsonderzoek’ waarin de Nationale Recherche tot in de fase van het hoger beroep getuigen hoorde, zonder dat de verdediging in de gelegenheid werd gesteld aan te haken.²² Het gerechtshof oordeelt als volgt:

‘De hiervoor beschreven wijze van inrichting van het opsporingsonderzoek, die als weinig kritisch en daardoor als eenzijdig de verdachte belastend moet worden aangemerkt, doet in de visie van het hof geen recht aan ons strafvorderlijk systeem, waarin aan de opsporingsorganen in het voorbereidend onderzoek een sleutelrol bij een in beginsel onbevangen materiële waarheidsvinding wordt toebedacht en bijvoorbeeld ook op basis van hun bevindingen en rapportages belangrijke beslissingen moeten worden genomen, zoals over de voorlopige hechtenis. De geschetste gang van zaken vervult het hof in zoverre ook met zorg, omdat deze een negatieve invloed kan hebben op de mogelijkheden van de rechter ter terechtzitting tot materiële waarheidsvinding en daarmee: op de kwaliteit van de rechterlijke oordeelsvorming. Dat kan – in meest algemene zin gesteld – zowel onterecht negatieve als onterecht positieve gevolgen voor een verdachte hebben.’²³

20 Zie Hof Den Haag 10 maart 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BC7373, NJ 2008/469, m.nt. Keijzer, r.o. 7.3.

21 Zie Hof Den Haag 10 maart 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BC7373, NJ 2008/469, m.nt. Keijzer, r.o. 7.4.

22 Zie Hof Den Haag 10 maart 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BC7373, NJ 2008/469, m.nt. Keijzer, r.o. 7.6.

23 Zie Hof Den Haag 10 maart 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BC7373, NJ 2008/469, m.nt. Keijzer, r.o. 7.5.

Dit oordeel leidt niet tot niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie, maar ligt, vanuit het perspectief van controleerbaarheid van de betrouwbaarheid, wel ten grondslag aan de uiteindelijke vrijspraak van het Haagse hof.²⁴ De toetsing van de betrouwbaarheid van de getuigenverklaringen vindt plaats met behulp van algemene bronnen, afkomstig van gouvernementele en niet-gouvernementele organen, over hetgeen zich voorafgaand aan en tijdens de tweede Liberiaanse burgeroorlog heeft afgepeeld en, voorts, documentair bewijs aangaande onder meer vaarbewegingen, reisgegevens, credit-cardtransacties en gegevens ontleend aan de onder verdachte inbeslaggenomen computer en digitale gegevensdragers. Deze bewijsstukken, net als de verklaringen van de verdachte, kunnen naar het oordeel van het hof niet of slechts in beperkte mate bijdragen aan het bewijs van de aan verdachte tenlastegelegde feiten. Daarover merkt het hof op dat dit duidelijk maakt ‘hoe lastig het is de feitelijke situatie in een dergelijk “ver buitenland” vast te stellen en hoe voorzichtig daarom moet worden omgegaan met de beoordeling van de juistheid of onjuistheid van afgelegde verklaringen tegen de achtergrond van de feitelijke situatie, waarmee de Nederlandse justitie niet op voorhand vertrouwd is.’²⁵ De twijfels over de betrouwbaarheid van de getuigenverklaringen leidden daarmee tot de vrijspraak van Kouwenhoven.²⁶

In cassatie wordt het arrest van het hof vernietigd op grond van een motiveringsgebrek wat betreft de afwijzing van het door het Openbaar Ministerie gevorderde horen van anonieme getuigen.²⁷ In 2017 volgt na verwijzing het arrest van het Gerechtshof’s-Hertogenbosch waarbij Kouwenhoven wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf van negentien jaren voor medeplichtigheid aan oorlogsmisdrijven, meermalen gepleegd, en het in strijd met wapenembargo’s leveren van partijen wapens en munitie aan (het regime van) Charles Taylor.²⁸ Het Bossche hof deelt de kritiek van het Haagse hof wat betreft de transparantie in de eerste fase van het opsporingsonderzoek. Voor deze tekortkomingen is evenwel aan de verdediging in het vervolg van de procedure voldoende compensatie geboden.²⁹ Ook het hof’s-Hertogenbosch benadert de getuigenverklaringen met de nodige behoedzaamheid: gelet op het tijdsverloop en de politieke, culturele en sociaaleconomische verschillen tussen de Liberiaanse en de Nederlandse samenleving, de invloed van trauma op de herinnering en de bijzondere omstandigheden waaronder de verklaringen van de Liberiaanse getuigen zijn afgelegd. Bij herhaalde contradicties of lacunes in een verklaring zijn de betreffende verklaringen buiten beschouwing gelaten. Niettemin ziet het hof geen reden te twijfelen

24 Zie Hof Den Haag 10 maart 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BC7373, NJ 2008/469, m.nt. Keijzer, r.o. 7.8.

25 Zie Hof Den Haag 10 maart 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BC7373, NJ 2008/469, m.nt. Keijzer, r.o. 9.10.

26 Zie daarover met name het tussenarrest Hof Den Haag 19 maart 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA0852.

27 Zie HR 20 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8132, NJ 2011/576, m.nt. Klip.

28 Zie Hof’s-Hertogenbosch 21 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1760, NJFS 2017/153.

29 Zie Hof’s-Hertogenbosch 21 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1760, NJFS 2017/153, r.o. C.3.1.

aan de juistheid van de verklaringen die uiteindelijk wel tot het bewijs zijn gebezigd.³⁰ Op grond van die verklaringen, op sommige plekken ondersteund door het eerder genoemde documentaire bewijs, komt het hof tot een bewezenverklaring. Kouwenhoven is daarmee medeplichtig aan de bewezenverklaarde oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid. Met deze welbewuste en essentiële bijdrage stelde hij het regime in staat ‘hun dood en verderf zaaiende gewapende aanvallen op weerloze burgers gedurende een reeks van jaren (bijna) onverkort voort te zetten.’ Het ging daarbij om de meest gruwelijke misdrijven als het willekeurig beschieten van steden met zwaar geschut, onthoofding van burgers, verkrachting van vrouwen en kinderen, het gooien van levende baby’s in putten, het tegen de muur slaan en gooien tot hun schedels verbrijzelen en steden in puin en geplunderd achterlaten.³¹ Tot op heden is het niet gelukt de inmiddels 78-jarige Kouwenhoven aan Nederland uitgeleverd te krijgen. Laatstelijk is het uitleveringsverzoek in februari 2020 door de Zuid-Afrikaanse rechter afgewezen wegens strijd met het uitleveringsverdrag omdat Kouwenhoven zijn misdrijven niet in Nederland maar in Liberia heeft gepleegd.³²

Ook in de strafzaak tegen Van Anraat – een uitvoerige bespreking van de rechtsgang in die zaak blijft hier achterwege – speelde discussie – zowel wat betreft de beoordeling van de betrouwbaarheid als wat betreft het respecteren van het verdedigingsbelang – rond het gebruik van de vele verklaringen van buitenlandse getuigen na een tijdsverloop van ongeveer twintig jaar en verhoren die op verschillende plaatsen ter wereld plaatsvonden. Anders dan in de zaak Kouwenhoven hadden andere bewijsmiddelen, zoals de verklaring van verdachte en de rapportage van een getuige-deskundige, naast de getuigenverklaringen een belangrijke rol.³³

Illustratief is voorts de op 7 juli 2011 uitgesproken veroordeling door het gerechtshof Den Haag van de Rwandese verdachte Joseph M. tot een levenslange gevangenisstraf voor internationale misdrijven gepleegd tijdens de genocide in Rwanda in april 1994. Het hof benadrukt bij de strafoplegging dat de feiten waarvoor verdachte wordt veroordeeld moeten worden gerekend tot de ernstigste misdrijven die sedert de Tweede Wereldoorlog door de Nederlandse strafrechter zijn berecht.³⁴ Het bewijs in deze zaak bestaat in belangrijke mate uit getuigenverklaringen van ooggetuigen, onder wie slachtoffers. Het hof ziet zich gesteld voor een aantal factoren die de beoordeling van de betrouwbaarheid van deze getuigenverklaringen bemoeilijken: het tijdsverloop, de herkomst van de getuigen

30 Zie Hof’s-Hertogenbosch 21 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1760, NJFS 2017/153, r.o. G.1.2-G.1.4.

31 Zie Hof’s-Hertogenbosch 21 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1760, NJFS 2017/153, r.o. Q.

32 Zie B. Vermeulen, ‘Z-Afrika levert oorlogsmisdadiger Kouwenhoven niet uit aan Nederland’, *NRC Handelsblad* 21 februari 2020.

33 Zie Hof Den Haag 9 mei 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA4676, zie met name r.o. 6.1 e.v., bevestigd in cassatie HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4822, NJ 2009/481, m.nt. Keijzer.

34 Zie Hof Den Haag 7 juli 2011, ECLI:NL:GHSHR:2011:BR0686, NJFS 2011/205, r.o. 23.

uit een andere omgeving en andere cultuur, en het feit dat het gaat om vreselijke gebeurtenissen waardoor sommigen ernstig zijn getraumatiseerd. Bovendien hebben getuigen soms eerder (elders) verklaringen afgelegd die niet overeenstemmen met de verklaringen in deze zaak.³⁵ Het hof gebruikt voor de bewijsvoering primair de bij de Nederlandse rechter-commissaris afgelegde getuigenverklaringen. Ter ondersteuning daarvan bestaat het bewijs uit verklaringen die getuigen elders hebben afgelegd, uit achtergrondmateriaal zoals geschriften en rapporten over de genocide in Rwanda en de feitelijke vaststellingen van het ICTR. Het hof hanteert daarbij vier criteria: 'a) toetsing aan objectieve, van elders verkregen informatie of gegevens zoals met betrekking tot de situatie ter plaatse; b) de consistentie van opeenvolgende, door de desbetreffende getuige afgelegde verklaringen; c) de overeenstemming van die verklaring(en) met hetgeen andere getuigen hebben verklaard; d) de (op zichzelf minder "hard" vast te stellen) plausibiliteit van de inhoud van de afgelegde verklaring(en)'.³⁶ Ook hier ziet de feitenrechter zich aldus gesteld voor een uitdaging wat betreft de waardering van de getuigenverklaringen, gelet op de omstandigheden waaronder die zijn afgelegd en tegelijkertijd de afhankelijkheid in de bewijsvoering van juist die verklaringen.

Eenzelfde beeld komt naar voren in andere stafzaken inzake oorlogsmisdrijven. De moeilijkheden wat betreft de beoordeling van getuigenverklaringen, waarop het bewijs in belangrijke mate steunt, staat ook in die zaken op de voorgrond. Ik wijs bijvoorbeeld nog op het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 15 december 2017 tot oplegging van levenslange gevangenisstraf aan een verdachte voor internationale misdrijven ten tijde van de Rode Terreur in Ethiopië in de periode 1978-1981, waarbij het beoordelingskader van het hof in de strafzaak tegen Joseph M. werd overgenomen voor de beoordeling van de getuigenverklaringen.³⁷ Voorts speelden vergelijkbare moeilijkheden bijvoorbeeld in de strafzaak tegen een Afghaanse verdachte die tussen 1979 en 1989 te Kabul ten tijde van het door de Sovjet-Unie gesteunde communistische bewind, hoofd was van de afdeling verhoor bij de militaire inlichtingendienst en zich in die hoedanigheid schuldig had gemaakt aan oorlogsmisdrijven.³⁸

35 Zie Hof Den Haag 7 juli 2011, ECLI:NL:GHSR:2011:BR0686, *NJFS* 2011/205, r.o. 9.1.

36 Zie Hof Den Haag 7 juli 2011, ECLI:NL:GHSR:2011:BR0686, *NJFS* 2011/205, r.o. 9.3 en 9.4.

37 Zie Rb. Den Haag 15 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14782, *NJFS* 2018/98. En zie, in beperktere mate, Rb. Den Haag 14 oktober 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AV1163, *NJFS* 2006/28.

38 Zie Hof Den Haag 29 januari 2007, ECLI:NL:GHSR:2007:AZ7147, r.o. 10.1.

3.2 *Initiatieven ter versterking van de opsporing en vervolging van internationale misdrijven*

Opeenvolgende kabinetten hebben zich met name sinds de inwerkingtreding van de Wet internationale misdrijven ervoor ingespannen de opsporing en vervolging van internationale misdrijven te versterken. De belangrijkste uitdaging daarbij blijkt, zo volgt ook uit de jaarlijkse rapportagebrieven van de minister, het vinden van bewijsmateriaal te zijn.³⁹ De inspanningen zijn er dus juist op gericht die bewijsvergaring te verbeteren, onder meer door te investeren in capaciteit en kunde van het Team Internationale Misdrijven.⁴⁰ Zo heeft het Team flink geïnvesteerd in ICT-middelen die een belangrijke ondersteunende rol kunnen hebben in onderzoeken naar internationale misdrijven. Het gaat dan om verbetering van het gebruik van bijvoorbeeld OSINT, foto- en filmmateriaal, geolocalisering, gelaatsvergelijking, data-analyse en big data.⁴¹ In oktober 2019 zegde de minister van Justitie en Veiligheid bovendien nog aan de Tweede Kamer toe te gaan onderzoeken op welke wijze de expertise voor het opsporen en vervolgen van internationale misdrijven, tegen de achtergrond van de complexiteit van het onderzoek, duurzaam kan worden versterkt.⁴²

Een en ander is nog scherper onder de aandacht gekomen ten gevolge van de moeilijkheden waarvoor Nederlandse strafrechters zich zien gesteld bij de vervolging van zogenaamde *foreign fighters* of 'uitreizigers' die, omdat ze zich hebben aangesloten bij IS, verdacht worden van strafbare feiten, waaronder soms ook internationale misdrijven, gepleegd in Syrië of Irak. De moeilijkheden waarvoor nationale opsporingsautoriteiten zich zien gesteld bij de strafrechtelijke vervolging van hun onderdanen die zich mogelijk schuldig hebben gemaakt aan internationale misdrijven in de gewapende strijd in Syrië en Irak, heeft geleid tot inspanningen van de internationale gemeenschap om nationale staten waar mogelijk te ondersteunen bij de bewijsvergaring. Zo doet ter ondersteuning van berechting van internationale misdrijven sinds de zomer van 2019 de '*United Nations Investigative Team to Promote Accountability for Crimes Committed by Da'esh/ISIL (UNITAD)*' onderzoek in Irak en mogelijk in de toekomst ook Syrië. Doel is bewijs te vergaren en bewaren door onderzoek naar specifieke incidenten door verklaringen op te tekenen van getuigen en bewijs afkomstig van telecommunicatie, videofilmpljes en documenten te verzamelen.

39 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33750 VI, nr. 27.

40 In het Regeerakkoord van 2017 ('Vertrouwen in de toekomst') stond: 'In het Team Internationale Misdrijven wordt extra geïnvesteerd. Dit kan worden gebruikt om expertise van buiten de politie aan te trekken, bijvoorbeeld personeel dat ervaring heeft met opsporing van internationale misdrijven, specifieke vreemde talen beheerst en digitale experts.'

41 *Gespecialiseerde genocide officier van justitie* (Brief van het College van procureurs-generaal van 26 juni 2019), bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 27925, nr. 654 en Brief van de Minister en Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid van 27 maart 2019, *Rapportagebrief Internationale Misdrijven 2018* (*Kamerstukken II* 2018/19, 35000 VI, nr. 99), p. 3.

42 Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 27925, nr. 660.

Bovendien kan UNITAD optreden als facilitator voor buitenlandse strafrechtelijke onderzoeken, bijvoorbeeld bij het horen van getuigen.⁴³

Hoewel de context van misdrijven een gewapend conflict is waar internationale misdrijven worden gepleegd, worden *foreign fighters* tot op heden in de meeste gevallen berecht voor ‘commune’ terroristische misdrijven.⁴⁴ Tot op heden is er slechts één verdachte vervolgd voor een oorlogsmisdrijf. Dat betrof de zaak die ten grondslag lag aan het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 23 juli 2019. Aan de verdachte is onder meer het oorlogsmisdrijf ten laste gelegd van aantasting van de persoonlijke waardigheid, in het bijzonder vernederende en ontterende behandeling door gedurende zijn verblijf in Syrië en/of Irak te poseren naast een overleden persoon en die foto te verspreiden.⁴⁵ Het bewijs in deze zaak was afkomstig van de MIVD (een door middel van een ambtsbericht verstrekte loonlijst die was verkregen van de Amerikaanse autoriteiten), foto’s waarop de verdachte is te zien met wapens en in gevechtscleding en chatgespreken verkregen door onderzoek aan telefoons van personen waarmee verdachte communiceerde. Wat opvalt is dat in deze zaak de modernere alternatieven voor bewijsvergaring op vreemd grondgebied een belangrijke rol spelen. Voor het bewijs van de tenlastegelegde oorlogsmisdrijven worden de foto’s door middel van onder meer geolocating en onderzoek op het internet gekoppeld aan verdachte en wordt de vereiste nexus met een niet-internationaal gewapend conflict onderbouwd.

3.3 *Tussenconclusie*

Uit het voorgaande komt een beeld naar voren van een grote mate van afhankelijkheid van getuigenverklaringen, terwijl het afnemen van die verklaringen en de waardering van de betrouwbaarheid bijzonder complex is. Gelet op de aard van de misdrijven gaat het vaak om ernstig getraumatiseerde mensen. De omstandigheid dat het onderzoek (waaronder vaak ook de verhoren) moet plaatsvinden in het buitenland, in een samenleving die in cultureel, politiek en sociaaleconomisch opzicht sterk verschilt met de Nederlandse, terwijl sprake is of was van een gewapend conflict, bemoeilijkt het onderzoek verder en maakt dat rechtshulp slechts in beperkte mate kan bijdragen aan de waarheidsvinding of, in de gevallen waarin dat wel kan, moeizaam verloopt en veel capaciteit vergt.⁴⁶ Geprobeerd

43 Zie hierover en over vergelijkbare samenwerkingsverbanden met NGO’s of instrumenten van de VN: Bouwknecht 2019, p. 17-18 en *Gespecialiseerde genocide officier van justitie* (Brief van het College van procureurs-generaal van 26 juni 2019), bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 27925, nr. 654, p. 2.

44 Volledigheidshalve merk ik op dat ook indien geen internationale misdrijven zijn tenlastegelegd, maar commune terroristische misdrijven, vergelijkbare problemen spelen wanneer de feiten zijn gepleegd in (bijvoorbeeld) Syrië of Irak.

45 Zie Rb. Den Haag 23 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7430.

46 Vgl. Bouwknecht 2019, p. 37-38.

wordt dan ook, naast getuigen, andere bewijsstukken een bijdrage te laten leveren aan de waarheidsvinding. De waarde ervan wordt zichtbaar in strafzaken tegen *foreign fighters*. Daarnaast wordt steeds meer gezocht naar ‘onafhankelijke partijen’ die een rol kunnen spelen in het feitenonderzoek, zoals dat bijvoorbeeld nu wordt gedaan in Irak door UNITAD. Het gaat dan in het bijzonder om bewijs, zoals foto- en filmmateriaal en mogelijk ook getuigenverklaringen, dat wordt aangeleverd door NGO’s, speciale onderzoekscommissies, militairen, journalisten of burgers,⁴⁷ OSINT en inzet van moderne technieken als geolocating, gelaatsvergelijking en data-analyse. Ook in die gevallen geldt evenwel dat de beoordeling van de rechtmatigheid en betrouwbaarheid wordt beïnvloed door de omstandigheden ter plaatse en mogelijke belangen van partijen van wie het bewijs afkomstig is. In ieder geval verschilt de bewijsvergaring in substantiële zin van die naar commune in Nederland gepleegde strafbare feiten waar het onderzoek kan worden verricht door de Nederlandse politie en justitie.⁴⁸

Nederland spant zich internationaal bovendien in voor verbeterde rechtshulp, bijvoorbeeld door een multilateraal instrument voor wederzijdse rechtshulp in strafzaken voor genocide, misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven, en het recent opgerichte Analysis Project Core International Crimes van Europol.⁴⁹ Die initiatieven en de problematiek rondom de rechtshulp blijven in deze bijdrage verder buiten beschouwing. Het gaat er hier immers om in hoeverre de vormen van bewijs die voortvloeien uit het onderzoek naar internationale misdrijven, kunnen bijdragen aan de materiële waarheidsvinding en, op welke wijze, benaderd vanuit die materiële waarheidsvinding, aanpassingen in de wijze waarop het onderzoek wordt ingericht en/of aanpassingen in de wijze waarop het bewijs kan worden gewaardeerd in het strafproces, de bewijswaarde ervan kan versterken.

4 EISEN AAN DE WAARHEIDSVINDING VOLGENS CLEIREN

De materiële waarheidsvinding is onlosmakelijk verbonden met de hoofddoelstelling van ons strafprocesrecht. Het strafprocesrecht moet ervoor zorgen dat het materiële strafrecht wordt toegepast op de daadwerkelijk schuldigen en dat onschuldigen worden beschermd

⁴⁷ Zie ook het werk van Bellingcat in het onderzoek naar de MH17-ramp.

⁴⁸ Vgl. Bouwknecht 2019, p. 38 en 41. Zie voorts het onderzoeksrapport van Paulussen en Pitcher naar de vervolging van *foreign fighters*. Zij formuleren vier categorieën van bewijs ten aanzien waarvan bijzondere uitdagingen gelden in strafzaken tegen *foreign fighters*: 1) bewijs afkomstig uit strijdgebied (‘battlefield evidence’); 2) bewijs afkomstig van internet; 3) bewijs dat moet worden verkregen door rechtshulp; 4) geheime informatie. Zie: C. Paulussen & K. Pitcher, *Prosecuting (Potential) Foreign Fighters: Legislative and Practical Challenges* (ICCT Research Paper), The Hague: International Centre for Counter-Terrorism 2018, p. 26.

⁴⁹ Zie onder meer *Kamerstukken II* 2013/14, 33750 VI, nr. 27, p. 11 en *Kamerstukken II* 2017/18, 34775 VI, nr. 94, p. 9-10.

tegen strafrechtelijke vervolging. Dat was het reeds volgens de ontwerpers van ons Wetboek van Strafvordering in 1926⁵⁰ en wordt opnieuw bevestigd in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering.⁵¹ Cleiren heeft de centrale functie van het thema waarheidsvinding in relatie tot het strafprocesrecht dan ook benadrukt: ‘het raakt aan de essentie van het recht en het procesrecht’.⁵² Betekenisvol is haar aandacht voor de relatie tussen het proces van waarheidsvinding, het materiële strafrecht en de vaststelling van de feiten; oftewel het construeren van de waarheid, beperkt door de omvang van de tenlastelegging, via de route van de strafprocesrechtelijke regels.⁵³ Te meer raakt die brede betekenis van waarheidsvinding de hoofddoelstelling van het strafprocesrecht, die eveneens verder gaat dan het bereiken van accuraatheid. Die hoofddoelstelling beschreef ik in mijn oratie dan ook als de ‘juiste’ toepassing van het materiële strafrecht. Dat wil zeggen: niet alleen accurate toepassing, maar ook toepassing op een wijze die de waardigheid van het individu – verdachte, onschuldige burger, slachtoffer – respecteert.⁵⁴ In feite wordt de feitenvaststelling aldus ingekaderd door het normatieve uitgangspunt van menswaardige strafrechtstoepassing. Dat betekent niet dat die processuele kaders voor menswaardige strafrechtstoepassing obstakels zijn voor het vinden van de feitelijke waarheid. Die regels vormen immers ook een waarborg dat het vergaarde bewijs betrouwbaar is en dragen daarmee bij aan het naar boven brengen van de feitelijke waarheid.⁵⁵

Tegen deze achtergrond past ook de omschrijving van Cleiren van de strafrechtelijke waarheidsvinding als een concept dat feitenvaststelling en strafvorderlijke rechtsvinding omvat. Dat is de basis voor de door haar geformuleerde vier elementen van waarheidsvinding: betrouwbaarheid, wettigheid, rechtmatigheid en behoorlijkheid.⁵⁶ De strafrechter dient al deze elementen in zijn oordeelsvorming te betrekken en zij werpen bovendien hun schaduw vooruit in die zin dat ze gelden als voorwaarden waaraan het onderzoek moet voldoen.⁵⁷ Het eerste is onlosmakelijk verbonden met de doelstelling van het naar

50 In 1926 omschreven als het ‘zooveel mogelijk bevorderen [van] de toepassing van de strafwet op den werkelijk schuldige en tevens de veroordeling, kan het zijn, de vervolging van den niet-schuldige naar vermogen verhinderen’. Zie *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 55.

51 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, nr. 278, p. 5-6 en Memorie van Toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), beschikbaar via: www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2020/07/30/ambtelijke-versie-juli-2020-memorie-van-toelichting-wetboek-van-strafvordering (laatst bezocht op 2 november 2020), p. 10-11.

52 Zie Cleiren 2001, p. 9, 16 en 17.

53 Zie Cleiren 2001, p. 11.

54 Zie M.F.H. Hirsch Ballin, *Over grenzen bij bewijsvergaring. Grondslagen voor geïntegreerde normering van strafrechtelijke bewijsvergaring*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 24-30; vgl. Cleiren 2001, p. 16.

55 Vgl. M.J. Dubelaar, ‘Betrouwbaarheid versus rechtmatigheid in strafzaken’, *RM Themis* 2009(3) en N.J.M. Kwakman, ‘De illusie van de materiële waarheid en de houdbaarheid van de doelstelling van de materiële waarheidsvinding in het strafproces’, *Strafblad* 2014(64).

56 Zie Cleiren 2001, p. 18; zie ook: C.P.M. Cleiren, ‘Het monopolie op de strafrechtelijke waarheidsvinding. Overwegingen over belang en risico’s van private ‘deskundigen’-inbreng’, *Strafblad* 2008(9), p. 275.

57 Zie Cleiren 2008, p. 276.

boven brengen van de feitelijke werkelijkheid: alleen op die feitelijke werkelijkheid kan een strafrechtelijke veroordeling immers worden gestoeld. Die gevonden waarheid is het resultaat van een inductief proces en vormt in feite een waarschijnlijkheidsoordeel.⁵⁸ De wettigheid heeft betrekking op het strafvorderlijke vereiste dat strafvordering alleen plaatsheeft op de wijze bij de wet voorzien (het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel als neergelegd in artikel 1 Sv). Dat geldt zowel voor de procedureregels volgens welke de bewijsvergaring dient plaats te vinden, als voor het vereiste dat een veroordeling dient te stoelen op wettig en overtuigend bewijs dat het in het materiële strafrecht omschreven feit door de verdachte is gepleegd.

Rechtmatigheid en behoorlijkheid – wellicht samen te vatten onder de noemer integriteit⁵⁹ – zijn vereisten die het proces van de waarheidsvinding verder inkaderen. De strafrechter dient ook te toetsen of de waarheidsvinding in overeenstemming met de vereisten van rechtmatigheid en behoorlijkheid heeft plaatsgevonden.⁶⁰ De beoordeling of het proces van waarheidsvinding behoorlijk is verlopen, gaat verder dan de processuele beoordeling van de wettigheid en rechtmatigheid. Volgens Cleiren omvat dit vereiste de eis van een ‘professionele attitude’ bij de bewijsvergaring, wat onder meer betekent dat de strafrechter eventuele onvolledigheden, onvolkomenheden en tegenstrijdigheden in het onderzoek in zijn oordeel moet betrekken.⁶¹ De elementen wettigheid, rechtmatigheid en behoorlijkheid geven de grenzen aan van de strafvorderlijke rechtsvinding. De feitenvaststelling, aan de hand van de beoordeling van de betrouwbaarheid ervan, wordt door die strafvorderlijke rechtsvinding – de processuele regels die uitdrukking geven aan de eisen van wettigheid, rechtmatigheid en behoorlijkheid – ingekaderd. Dat kan, vanuit de rechtsbeschermende functie die de menswaardige strafrechtstoepassing verzekert, beperkend werken, maar geeft ook waarborgen die uit oogpunt van zorgvuldigheid en onafhankelijkheid de (betrouwbare) feitenvaststelling ten goede komen.

De taak van de strafrechter bij de waarheidsvinding kan, in de woorden van Cleiren, dan ook als volgt worden samengevat: ‘[d]e strafrechter heeft een strafprocessuele rechtsvindingsrol in die zin dat hij de naleving van de normering in het vooronderzoek tot deel maakt van het waarheidsoordeel en een materieelrechtelijke rechtsvindingsrol door de door hem als waarheid aanvaarde feiten te toetsen aan de materieelrechtelijke strafbepaling.’ De vier elementen van waarheidsvinding komen in die taak tot uitdrukking.

58 Zie Cleiren 2008, p. 276 en vgl. Kwakman 2014.

59 Zie Hirsch Ballin 2018, p. 42-47.

60 Zie Cleiren 2001, p. 19-20.

61 Zie Cleiren 2008, p. 276.

5 HET BEWIJS VOOR INTERNATIONALE MISDRIJVEN GETOETST AAN DE ELEMENTEN VAN WAARHEIDSVINDING

De eisen waaraan de strafrechtelijke waarheidsvinding moet voldoen, bieden belangrijke aanknopingspunten voor de wijze waarop de bewijswaarde van de bijzondere vormen van bewijs in strafzaken betreffende internationale misdrijven kan worden verstevigd. De omstandigheden waaronder dat bewijs moet worden vergaard en de uitdagingen waarvoor de strafrechter zich gesteld ziet bij het proces van waarheidsvinding, zowel uit het oogpunt van feitenvinding als uit het oogpunt van rechtsvinding, maken zichtbaar dat ons traditionele processuele kader onvoldoende is toegesneden op dit type bewijsvergaring. Het gaat er in de kern om dat de complexiteit van de beoordeling van de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal voortvloeit uit het andersoortige en veelal op ander grondgebied plaatshebbende onderzoek naar de feiten en uit de voorwaarden waaronder dat onderzoek kan plaatsvinden. De wisselwerking en samenhang tussen de procedurele regels waarmee het vooronderzoek in het Nederlandse strafprocesrecht is ingericht en de wijze waarop de strafrechter de waarheidsvinding moet doen plaatsvinden – aan de hand van de elementen van betrouwbaarheid, wettigheid, rechtmatigheid en behoorlijkheid –, is als gevolg van het bijzondere karakter van het onderzoek, verstoord. Door gebrek aan processuele inkadering van dat onderzoek kan onvoldoende worden geanticipeerd op de wijze waarop de Nederlandse strafrechter de waarheid naar boven dient te brengen. Vanuit het vertrekpunt van de waarheidsvinding door de strafrechter moet de aandacht dus uitgaan naar de wijze waarop de bijzondere vormen van bewijs en de vergaring daarvan in onderzoeken naar internationale misdrijven worden genormeerd.

Op grond van de eerdere analyse van de waarheidsvinding in enkele belangrijke strafzaken inzake internationale misdrijven (zie par. 3) behoeven met name de volgende drie punten aandacht. In de eerste plaats blijkt het vaak niet mogelijk om de betrouwbaarheid van reeds afgelegde getuigenverklaringen te toetsen door ze te onderwerpen aan hoor en wederhoor bij de Nederlandse rechter-commissaris. Dat raakt de feitelijke waarheidsvinding, maar ook de processuele inkadering ervan, gelet op de vereisten van artikel 6 EVRM.⁶² In de tweede plaats blijven vragen over de omstandigheden waaronder niet bij de Nederlandse rechter-commissaris afgelegde verklaringen zijn afgelegd, onbeantwoord. Dit roept vragen op omtrent de rechtmatigheid van de verkrijging alsook de betrouwbaarheid ervan, bijvoorbeeld ten gevolge van beïnvloeding. In de derde plaats wordt ook het andersoortige bewijs (bijvoorbeeld foto- en filmmateriaal) vaak vergaard door andere partijen op wie de Nederlandse regels van procesrecht niet van toepassing zijn, zodat de toets inzake wettigheid, rechtmatigheid en behoorlijkheid niet of slechts in beperkte mate kan worden uitge-

62 Vgl. Cleiren 2001, p. 25.

voerd. Dat bemoeilijkt, zoals gezegd, ook weer het betrouwbaarheidsoordeel. Dit is niet alleen het gevolg van praktische obstakels voor het uitvoeren van een dergelijke toets, maar ook in belangrijke mate het gevolg van de beperking van het Nederlandse systeem van sanctionering van vormverzuimen tot verzuimen begaan door de Nederlandse politie en justitie in het kader van het voorbereidend onderzoek, tenzij – kort gezegd – is gebleken dat gebruik van het bewijs leidt tot een situatie waar geen sprake meer kan zijn van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM.⁶³ Hier speelt het risico – uit het oogpunt van de betrouwbaarheid en behoorlijkheid – van manipulatie, beïnvloeding en/of selectieve vergaring⁶⁴ en het risico – uit het oogpunt van rechtmatigheid en behoorlijkheid – dat schendingen van mensenrechten onder de radar blijven.

Gelet hierop lijkt de meeste winst te kunnen worden behaald met een duidelijker inkadering van de van de normale wijze afwijkende bewijsvergaring voor internationale misdrijven. Een duidelijker inkadering zou in ieder geval ervoor moeten zorgen dat meer transparantie bestaat over de wijze waarop het bewijs in het buitenland is verkregen. Tegelijkertijd mag een eis van transparantie niet betekenen dat de bewijsvergaring voor internationale misdrijven een onmogelijke opgave wordt, bijvoorbeeld vanwege de gevaren waaraan getuigen of informanten dan worden blootgesteld. Dat zou immers de verplichting van staten om straffeloosheid voor internationale misdrijven tegen te gaan, te veel in de weg zitten. Juist waar het gaat om de toetsing van getuigenverklaringen lijkt het streven naar transparantie over achtergrond en wijze van verkrijging lastig te realiseren.

Dat geeft tegelijkertijd te meer reden om de bewijswaarde van andere informatie zoveel mogelijk te versterken. Dat is mogelijk door een, bij voorkeur internationaal gedeeld, kader of richtlijn voor bewijsvergaring door andere partijen, zoals militairen, journalisten, burgers, NGO's of onderzoekscommissies als UNITAD, maar ook door buitenlandse opsporingsautoriteiten in het kader van rechtshulpverlening. Nederland zou de ontwikkeling van een dergelijk kader, naast de versteviging van rechtshulpverlatingen en samenwerkingsverbanden, tot prioriteit kunnen maken bij de inspanningen ter verbetering van de internationale samenwerking bij het tegengaan van straffeloosheid voor internationale misdrijven. Waarschijnlijk is streven naar verdragsrechtelijke afspraken op korte termijn een brug te ver. Eerder zou kunnen worden gedacht aan een op mensenrechten gestoelde resolutie van de Verenigde Naties met standaarden voor de bewijsvergaring, of een dergelijk document vanuit de United Nations Office on Genocide of de United Nations Office on Drugs and Crime (vanuit de invalshoek van de bestrijding van terrorisme) dan wel, gelet op het aan het Statuut van Rome ten grondslag liggende beginsel van complementariteit, de 'Rules

63 Zie hierover uitvoeriger: Hirsch Ballin 2018, p. 13-24 en M.F.H. Hirsch Ballin, 'Overbrugging van procedurele breuklijnen bij een integrale aanpak van criminaliteit', *TBS&H* 2019(3), p. 167-168 en vgl. Conclusie AG Bleichrodt van 30 juni 2020, ECLI:NL:PHR:2020:655, par. 76-104.

64 Zie Cleiren 2008, p. 280-281 (ten aanzien van onderzoek door private deskundigen).

on the collection of evidence' van de Vergadering van Staten die Partij zijn bij het Statuut.⁶⁵ Een dergelijke resolutie of standaard zou als *soft law* deel kunnen uitmaken van het beoordelingskader van de strafrechter bij de strafvorderlijke rechtsvinding wanneer het bewijs op ander grondgebied is vergaard door bijvoorbeeld militairen, burgers, journalisten, NGO's, buitenlandse autoriteiten (ook als daarmee bijvoorbeeld geen rechtshulprelatie bestaat) of onderzoekscommissies.

De beoordeling van rechtmatigheid en behoorlijkheid zou aan de hand van dergelijke *soft law* kunnen plaatsvinden. Van belang daarbij is dat de strafrechter de ruimte neemt ook buiten het strikte kader van sanctionering van vormverzuimen, in het bijzonder wanneer deze zich hebben voorgedaan buiten de reikwijdte van het voorbereidend onderzoek, zich rekenschap te geven van de mate waarin het bewijs in overeenstemming met de standaarden daarvoor is vergaard. Dat stelt de rechter in staat in zijn oordeelsvorming de integriteit van de bewijsvergaring te betrekken, die bovendien – wellicht nog belangrijker in de context van de berechting van internationale misdrijven – van grote betekenis is voor de beoordeling van de betrouwbaarheid van het materiaal. Zulke normen geven de strafrechter aldus meer houvast bij het naar boven brengen van de materiële waarheid wanneer hij zich geconfronteerd ziet met bewijs dat hoofdzakelijk bestaat uit in een ander land door anderen dan de Nederlandse politie en justitie vergaard materiaal. Dit geeft bovendien houvast aan degenen die, nadat misdrijven zich hebben voorgedaan in de context van een gewapend conflict, willen bijdragen aan het voorkomen van straffeloosheid voor internationale misdrijven door het veiligstellen van bewijs. Zij worden daarmee gestimuleerd voorschriften in acht te nemen die bijvoorbeeld betrekking hebben op de wijze waarop een getuigenverklaring wordt afgelegd of foto- of filmmateriaal, (elektronische) documenten of forensisch bewijs wordt veiliggesteld. Militairen en internationale onderzoekscommissies als UNITAD kunnen op die basis bovendien worden opgeleid in het op zinvolle en bruikbare wijze vergaren van bewijsmateriaal voor latere strafrechtelijke vervolgingen voor internationale misdrijven.

6 TOT SLOT

De inrichting van het normenkader voor de strafvorderlijke rechtsvinding (van vooronderzoek tot en met behandeling ter terechtzitting) inzake internationale misdrijven is niet toegesneden op de complexiteit van de waarheidsvinding daarvan. Door gebrek aan inkadering van het onderzoek heeft de strafrechter onvoldoende houvast bij de waarheids-

65 Vgl. de 'Basic Investigative Standards for International Crimes Investigations' als gepubliceerd door het internationaal juridisch advies en consultancy platform 'Global Rights Compliance'. Zie globalrightscompliance.com/en/news/grc-publishes-basic-investigative-standards-for-first-responders-to-international-crimes (laatst bezocht op 26 mei 2020).

vinding op basis van de elementen betrouwbaarheid, wettigheid, rechtmatigheid en behoorlijkheid. In feite is het feitenonderzoek te ver verwijderd van het onderzoek ter terechtzitting, waardoor het proces van waarheidsvinding wordt bemoeilijkt. Juist waar het gaat om de berechting van internationale misdrijven, misdrijven uit de zwaarste categorie, waarvoor straffeloosheid zoveel mogelijk moet worden voorkomen, is herstel van de samenhang tussen vooronderzoek en het onderzoek ter terechtzitting van groot belang.

Deze samenhang kan worden versterkt door te investeren in de bruikbaarheid van bewijs dat wordt vergaard door andere partijen dan de nationale opsporingsautoriteiten – in het bijzonder militairen, internationale onderzoekscommissies, NGO's, buitenlandse autoriteiten en, waar mogelijk, ook journalisten of particulieren – die zichzelf een rol toekennen of die krijgen toegekend in het feitenonderzoek. Tegelijkertijd moet die taak bij de bewijsvergaring wel zoveel mogelijk worden voorzien van een normenkader dat door staten die straffeloosheid voor internationale misdrijven willen tegengaan gezamenlijk tot stand wordt gebracht en omarmd. Een resolutie, standaard of richtlijn met een dergelijk internationaal gedeeld normenkader en met voorwaarden waaraan de bewijsvergaring dient te voldoen, zou in de vorm van *soft law* een plek kunnen krijgen in de nationale rechtsorde. De vast te stellen normen en/of richtlijnen kunnen worden geijkt aan de mensenrechten (in het bijzonder de artikelen 3 en 6 EVRM/artikelen 7 en 14 IVBPR) en internationaal gedeelde waarborgen voor de betrouwbaarheid bij het veiligstellen van foto- en filmmateriaal, forensisch bewijs en elektronisch bewijs.

Daarnaast is het van belang dat een dergelijk internationaal normenkader ook in het nationale strafproces de verwevenheid van het gehele proces van waarheidsvinding – van vooronderzoek tot onderzoek ter terechtzitting – kan versterken. Dat betekent dat de strafrechter, in aanvulling op of zelfs in plaats van de nationaalrechtelijke processuele voorschriften voor opsporing, zich ten behoeve van de waarheidsvinding – in al haar elementen – rekenschap geeft van dat kader. Dit is te meer van belang tegen de achtergrond van de beoogde 'beweging naar voren' in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering, waardoor nog meer nadruk komt te liggen op de waarheidsvinding in het vooronderzoek.⁶⁶ De verhouding tussen voor- en eindonderzoek, juist in onderzoeken die niet als 'standaard' zijn te typeren – in het bijzonder naar internationale misdrijven, maar ook naar andere feiten die zich buiten het eigen grondgebied hebben voorgedaan – verdient dan ook in (de memorie van toelichting op) het gemoderniseerde Wetboek extra aandacht.⁶⁷ Dat zou bijvoorbeeld kunnen door in de processuele normering van wettelijke bewijsmiddelen en sanctionering van onrechtmatigheden ruimte aan de strafrechter te bieden voor invulling

66 Zie Memorie van Toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), beschikbaar via: www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2020/07/30/ambtelijke-versie-juli-2020-memorie-van-toelichting-wetboek-van-strafvordering, (laatst bezocht op 2 november 2020), p. 16 en 26-28.

67 Vgl. C.P.M. Cleiren & M.J. Dubelaar, 'Modernisering van het strafrechtelijk bewijsrecht', *RM Themis* 2018(5), p. 201.

aan de hand van een dergelijk internationaal gedeeld normenkader.⁶⁸ De conceptmemorie van toelichting lijkt door de beperking tot vormverzuimen tijdens het voorbereidend onderzoek te laten vervallen, die ruimte te bieden. Dit lijkt ook te volgen uit de blijkens de memorie van toelichting beoogde beoordeling van de wijze waarop bijvoorbeeld DNA-profielen in databanken zijn opgenomen.⁶⁹ Daarnaast is van belang dat, gelet op de ‘beweging naar voren’, de aandacht nog meer zal uitgaan naar processuele inkadering, zoals de hiervoor door mij bepleite bij onderzoek naar internationale misdrijven door *soft law*, van onderzoekshandelingen die niet door politie en justitie worden verricht.

68 Hetzelfde zal overigens kunnen gelden voor gebruik van door particulieren of journalisten vergaard bewijsmateriaal in de nationale commune context.

69 Zie Memorie van Toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), beschikbaar via: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2020/07/30/ambtelijke-versie-juli-2020-memorie-van-toelichting-wetboek-van-strafvordering>, (laatst bezocht op 2 november 2020), p. 755.