

Palestina, Israel en het Internationale Strafhof

Kanttekeningen bij het verkennende onderzoek tegen Israel

Hoe liggen de kansen voor een aanklacht bij het Internationale Strafhof tegen de staat Israel? Welke juridische obstakels zijn er? Het onderzoek bevindt zich pas in een voorfase, en daarnaast heeft het nationale rechtsstelsel voorrang boven interventies van het Strafhof. En er zijn meer kanttekeningen te plaatsen bij Israels verzet tegen het Hof, zo betoogt hoogleraar Internationaal strafrecht Harmen van der Wilt.

Harmen van der Wilt

De Brug / oktober 2018

8 Sinds 16 januari 2015 is de 'situatie' in Palestina onderwerp van een verkennend onderzoek door het Internationale Strafhof. Dat heeft nogal wat voeten in de aarde gehad. Al in 2009 probeerde Palestina het Strafhof tot actie te bewegen door middel van het afleggen van een ad hoc verklaring op grond waarvan een staat die niet verdragspartij bij het Statuut van Rome is de rechtsmacht van het Strafhof kan erkennen (art. 12, lid 3 Statuut van Rome). Destijds ketste dat af op de overweging van de toenmalige Aanklager Luis Moreno Ocampo dat alleen staten een dergelijke verklaring kunnen afleggen en de status van Palestina op dit punt omstreden was. Kennelijk wenste de Aanklager zijn vingers niet te branden aan zo'n netelig politiek vraagstuk. Inmiddels is dit obstakel uit de weg geruimd, nadat Palestina in 2012 op grond van art. 4, lid 2 van het Handvest van de Verenigde Naties een verzoek tot erkenning als staat bij de Algemene Vergadering heeft ingediend en de Secretaris van de VN dit heeft geaccepteerd. Op 2 januari 2015 trad Palestina toe tot het Statuut van Rome. We kunnen de voorgeschiedenis dus laten voor wat zij is en het verkennend onderzoek beschouwen als een *fait accompli*. (Meer daarover is te lezen in 'The Rome Statute: Only States are invited to tune in,' in het tijdschrift *Questions of International Law* uit 2015.)

Klaarheid

De bemoeienis van het Strafhof met het Palestijns-Israelische conflict roept een aantal interessante juridische vragen op en is ook aanleiding tot veel misverstanden. Allereerst is het goed om erop te wijzen dat het onderzoek zich nog in een voorstadium bevindt. Eerder dit jaar heeft de Palestijnse Minister van Buitenlandse Zaken Riad Malki getracht de Aanklager zover te krijgen een officieel onderzoek (*investigation*) in te stellen, nadat het Israelische leger zijns inziens disproportioneel had gereageerd op Palestijnse protesten in het grensgebied van Israel en de Gazastrook. Maar Aanklager Fatima Bensouda heeft zich tot nog toe daar niet toe laten verleiden. Mijns inziens terecht, want er zullen eerst nog enkele kwesties tot

klarheid moeten worden gebracht. Zoals te verwachten viel, gaat de aandacht van de Aanklager vooral uit naar de – wederzijdse – aanvallen op burgers en de gedwongen 'volksverhuizing' van Palestijnen die direct samenhangt met de opmars van Israelische kolonisten op de Westelijke Jordaanoever. Wat het eerstgenoemde punt betreft, zal vooral uitgezocht moeten worden of de (Palestijnse) burgerslachtoffers direct deelnamen aan vijandelijkheden en op grond daarvan een legitiem doelwit waren. Dat kan alleen als de Aanklager een specifiek incident en concrete verdachten in het vizier heeft en daartoe zal inderdaad een formeel strafrechtelijk onderzoek moeten worden geopend.

Deportatie van burgers

Het tweede punt – gedwongen verplaatsing – ligt heel wat gecompliceerder. Deportatie van burgers tijdens een gewapend conflict kan worden aangemerkt als een oorlogsmisdrijf, ongeacht of het om een niet-internationaal of een internationaal gewapend conflict gaat, maar in het tweede geval wordt daar ook de overplaatsing van de eigen bevolking door de Bezettende Macht naar het bezette gebied onder begrepen (art. 8, lid 2 sub b onder (viii) Statuut van Rome). Dat raakt natuurlijk aan de buitengewoon gevoelige kwestie of de Westelijke Jordaanoever moet worden beschouwd als 'betwist' of 'bezet' gebied. In het laatste geval zouden de Conventies van Genève integraal van toepassing zijn.

De Aanklager heeft aangegeven dat zij er nog niet over uit is, maar heeft ook laten doorschemeren dat zij neigt naar deze interpretatie, onder verwijzing naar de *advisory opinion* van het Internationaal Gerechtshof inzake de Israelische Muur en resoluties van de Veiligheidsraad. (Zie hiervoor: ICC, Ogc of the Prosecutor, *Report on Preliminary Examination Activities*, 4 December 2017, § 59.)

Het is olie op het vuur voor de Israeli's die zich altijd mordicus verzet hebben tegen de formulering van art. 8, lid 2 sub b, onder (viii) in het Statuut van Rome, omdat zij – terecht – vrees-

den dat het wel eens tegen hen gebruikt zou kunnen worden.

Karretje van de anti-Israël lobby

Over het algemeen is Israël trouwens niet erg gecharmeerd van de inmenging van het Strafhof in het conflict. In Israelische ogen laat het Hof zich voor het politieke karretje van de anti-Israël lobby spannen. Grootste pijnpunt is dat het Hof zich strafrechtelijke jurisdictie aanmatigt over Israelische onderdanen, terwijl Israël niet eens partij is bij het Statuut van Rome. Wat dit betreft volgt Israël dezelfde koers als de regering-Trump die recentelijk bij monde van de Nationale Veiligheidsadviseur van de Verenigde Staten, John Bolton, enkele vileine uitvallen in de richting van het Strafhof heeft gedaan. Het Hof wordt afgeschilderd als een illegaal instituut dat zijn boekje ver te buiten gaat door Amerikaanse onderdanen te willen vervolgen. In een sfeer van ongekende Wild-West retoriek deinst men er zelfs niet voor terug te dreigen met strafmaatregelen tegen het Strafhof en stafleden.

Op de voorstelling van zaken door de Israelische (en Amerikaanse) regering valt wel het één en ander af te dingen. Om te beginnen is de Israelische zorg prematuur. Zoals eerder aangegeven, bevindt het onderzoek zich nog pas in de voorfase. En ook al mocht de Aanklager besluiten een formeel onderzoek in te stellen, dan zal dat pas geschieden nadat zij heeft vastgesteld dat Israël gedurende geruime tijd – en na herhaaldelijk aandringen – zelf niets heeft ondernomen. Israël kan een interventie van het Strafhof voorkomen door een strafrechtelijk onderzoek – en zo nodig een vervolging – te starten naar ernstige schendingen van het oorlogsrecht. Het Hof zal de vervolgingsbeslissing van de Aanklager pas accorderen als het tot de slotsom komt dat de Israelische inspanningen niet ‘waarachtig’ zijn en getuigen van onwil of onmacht. En dan kan Israël nog beroep aantekenen tegen het besluit om de Aanklager ontvankelijk te verklaren. Met andere woorden: het nationale rechtsstelsel heeft voorrang. Dat is de essentie van het befaamd complementariteitsbeginsel dat verankerd is in de preambule en art. 1 en 17 van het Statuut van Rome.

Strafmacht

Het bezwaar dat het Hof onderdanen van niet-verdragspartijen berecht is van principiële aard. In de Verenigde Staten heeft het recht van een burger om niet van zijn ‘natuurlijke’ rechter te worden afgehouden zelfs constitutionele status. Toch is de reikwijdte van dit privilege beperkt. Het is volkenrechtelijk onbetwist dat een staat zijn strafmacht mag inzetten tegen vreemdelingen die strafbare feiten plegen op zijn grondgebied. Daar kan de thuisstaat van de delinquent dus geen stokje voor steken. Ingewikkelder is de vraag of de territoriale staat zijn rechtsmacht ook mag overdragen aan een internationaal straftribunaal of -hof, zonder dat de thuisstaat van de verdachte daarmee instemt. Het Statuut van Rome gaat daar wel van uit, nu art. 12, lid 2 stipuleert dat het Strafhof rechtsmacht heeft als de staat op wiens grondgebied het delict is gepleegd of de staat wiens onderdaan bij het delict is betrokken verdragspartij is. De thuisstaat van de verdachte van oorlogsmisdrijven heeft

dus niet partij te zijn bij het Statuut van Rome, mits de strafbare feiten maar op het grondgebied van een verdragspartij gesitueerd kunnen worden. Voor het Israelisch-Palestijnse conflict is dit natuurlijk van groot belang. Zolang Israelische troepen op eigen grondgebied opereren zijn ze veilig, maar zodra ze binnen de Palestijnse jurisdictie komen lopen ze het risico dat ze worden opgepakt en naar Den Haag worden gestuurd. De Verenigde Staten zijn zich van een dergelijk gevaar terdege bewust. Met tientallen landen hebben zij bilaterale verdragen gesloten die de wederpartij verbieden om Amerikaanse onderdanen aan het Strafhof over te leveren. Men zou kunnen beweren dat de Verenigde Staten hiermee de aanspraken van het Strafhof erkennen, want waarom zouden zij anders verdragen sluiten om het Hof te dwarsbomen? Maar dergelijke *a contrario* redeneringen zijn altijd wat wankel.

Er valt nog een derde kanttekening te plaatsen bij het Israelische verzet tegen het Strafhof. Het Palestijnse initiatief om het Strafhof bij een onderzoek naar oorlogsmisdaden te betrekken wordt voorgesteld als een poging om Israël een hak te zetten, maar Palestijnse misdaden worden ook onder de loep genomen. Het verfoeilijke gebruik van menselijke schil-

9

Nuance onder vuur

Het Internationale Strafhof heeft de laatste jaren sterk aan populariteit ingeboet. In een politiek krachtenveld waar de polemiek overheerst en de standpunten steeds extremer worden hebben mensen en instanties die naar nuance en onpartijdigheid streven het zwaar te verduren. Misschien geldt dat wel in algemene zin voor het rechterlijk métier. Aan het begin van deze eeuw schreef oud advocaat-generaal Jan Leijten een aardig boekje met de provocerende titel ‘God houdt niet van rechters’. Ik kreeg het cadeau, vlak nadat ik beëdigd was als rechter-plaatsvervanger in Roermond. Dat was wel even slikken. Rechters doen het zelden goed. Zij zijn hovaardig, omdat zij oordelen, terwijl dat alleen aan de Allerhoogste toekomt. Zij zijn, onder het mom van neutraliteit, toch stiekem partijdig en vooringenomen. Of, wat je in dit tijdsgewricht waarin ieder de mond vol heeft van ‘passie’ en ‘emotie’ vaker hoort, zij worden beschuldigd van bleke lafheid; ze durven niet te kiezen. Vooral dat laatste acht ik gruwelijk onrechtvaardig. Kern van de rechterlijke roeping is dat men met grote toewijding en hartstocht alle perspectieven van een dramatische gebeurtenis zo goed mogelijk probeert te belichten. Wat dat betreft is een goede rechter een toonbeeld van empathie. Maar dat wordt niet op prijs gesteld door mensen en instanties die niet wensen dat er aan hun starre wereldbeeld wordt getornd. Voor de extremisten onder Israeli's en Palestijnen zal het Strafhof het nooit goed doen.

Harmen van der Wilt is hoogleraar internationaal strafrecht aan de Universiteit van Amsterdam en rechter-plaatsvervanger bij de Rechtbank Amsterdam