

Vergaderjaar 1986–1987

20 042

Uitvoering van het Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of onterende behandeling of bestraffing (Uitvoeringswet folteringverdrag)Nr. 3 HERDRUK¹

MEMORIE VAN TOELICHTING

Algemeen

Het behoeft geen betoog dat gedragingen, die vallen onder de omschrijving van artikel 1 van het Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of onterende behandeling of bestraffing in het Nederlandse strafrecht reeds zijn strafbaar gesteld, met name in titel XX van het tweede boek van het Wetboek van Strafrecht, alsmede in de Wet oorlogsstrafrecht voor zover het gaat om foltering in oorlogstijd gepleegd.

Het verdrag verplicht echter om voor het bijzondere geval, waarin mishandeling door of op instigatie of met instemming van overheidsfunctionarissen of personen die in een officiële hoedanigheid handelen met misbruik van die publieke hoedanigheid wordt gepleegd, een aantal speciale voorzieningen te treffen.

Tot die bijzondere voorzieningen behoren de vestiging van universele rechtsmacht, de uitsluiting van de strafuitsluitingsgrond gelegen in het ambtelijk bevel of het wettelijk voorschrift en het vatbaar maken van personen voor uitlevering ter zake van dit delict in de relaties tot de andere verdragspartijen.

Het ligt dan ook in de lijn van het verdrag om tot een aparte strafbaarstelling van foltering te geraken en niet te volstaan met een bestrijding van dit delict door strafbepalingen, die niet speciaal voor foltering als zodanig zijn geschreven.

In het licht hiervan menen de ondergetekenden dat het scheppen van een afzonderlijk delict «foltering» aanbeveling verdient.

In navolging van de daarvoor in artikel 1 van het verdrag geschreven beschrijving, is gekozen voor een formulering van de delictsomschrijving, die enerzijds past in het systeem van de Nederlandse strafwetgeving en anderzijds de verschillende typerende elementen van het delict bevat.

Inpassing in het systeem van de Nederlandse strafwetgeving geschiedt door aan te knopen bij het Wetboek van Strafrecht voorkomende begrippen als «mishandeling», «uitlokking» en «ambtenaar».

Het verdrag onderscheidt, net als het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (artikel 7) en het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (artikel 5), foltering van andere vormen van wrede, onmenselijke of onterende behandeling of bestraffing. Dit onderscheid is nader uitgewerkt in de jurisprudentie van de organen die met de interpretatie van het Europees Verdrag belast zijn. Volgens het Europees Hof voor de Rechten

¹ Herdruk van de memorie van toelichting. Eerst was abusievelijk de oorspronkelijke tekst zoals voorgelegd aan de Raad van State gedrukt.

van de Mens moet het onderscheid tussen foltering en andere onmenselijke of wrede behandeling hoofdzakelijk worden gezocht in een verschil in intensiteit van het toegebrachte leed. In de woorden van het Hof: «It was the intention that the Convention, with its distinction between «torture» and «inhuman or degrading treatment», should by the first of these terms attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering». Het hof verwijst naar de Resolutie 3452 [XXX] van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, waarin foltering een «*aggravated* and deliberate form of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment» wordt genoemd (Arresten Hof 18-1-1978, Zaak Ierland V VK, Publ. Court A, vol 25; 25-4-1978, Tyrer zaak, Publ. Court A, vol 26; en 25-2-1982 Zaak Campbell and Cosans, Publ. Court A, vol. 48).

Naar terminologie van het Nederlandse strafrecht vertaald, komen derhalve alleen zeer ernstige vormen van mishandeling in aanmerking om als foltering te worden aangemerkt. Deze te duiden als vormen van «zware» mishandeling, in de specifieke zin van artikel 302 Wetboek van Strafrecht, zou echter in zeker opzicht te kort doen aan de strekking van de verdragbepalingen. Immers, zware mishandeling veronderstelt de veroorzaking van ernstig lichamenlijk letsel, waaronder ook de in artikel 82, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht bedoelde vorm van geestelijk letsel is te begrijpen. Foltering kan evenwel vormen aannemen die wel zeer hevige pijnen of geestelijke kwellingen teweeg kan brengen, zonder dat dit echter sporen van fysiek of psychisch letsel achterlaat. Vandaar dat het gebruik in de uitvoeringswet van het specifieke begrip «zware» mishandeling ontoereikend zou zijn. Wanneer in de voorgestelde wetsbepaling van mishandeling en niet van zware mishandeling wordt gesproken, dient daaruit niet te worden afgeleid dat hierdoor ook vormen van mishandeling worden bestreken die naar de intensiteit van het toegebrachte leed minder ernstig zijn dan letsel veroorzakende zware mishandeling. Dat ook in de voorgestelde uitvoeringsbepaling sprake is van een gekwalificeerde en dus ernstige vorm van mishandeling vloeit enerzijds voort uit de bestanddelen die de omstandigheden waaronder en oogmerken waarmee het delict wordt begaan aanduiden, en anderzijds uit de voorwaarde dat de gedragingen naar hun aard het beoogde doel kunnen bevorderen. Alleen op daarop gerichte, dat wil zeggen in de praktijk hevige, pijnverwekkingen heeft de bepaling betrekking.

Voorts is, in het licht van de verdragsbepaling, in een afzonderlijk lid verduidelijkt, dat ook wijzen van mishandeling die niet zo zeer lichamenlijke pijnen veroorzaken, maar psychische kwellingen vormen, foltering kunnen opleveren. De voorgestelde wetsbepaling verlangt dat een toestand van hevige angst of een andere vorm van ernstige geestelijke ontreddering wordt teweeg gebracht en dat zulks opzettelijk geschiedt. Omdat, zoals wij hierboven uiteenzetten, de als foltering te kwalificeren vormen van mishandeling gekwalificeerde vormen van mishandeling zijn, is ook de poging tot dit delict strafbaar te achten.

In artikel 2 wordt de term «uitlokken» gebezigd in plaats van «aanstichten», waarbij wordt verduidelijkt, dat daarvan sprake is wanneer van een der artikel 47, eerste lid, onder 2^o, genoemde uitlokkingsmiddelen gebruik is gemaakt. De term «ambtenaar» is niet in het Wetboek van Strafrecht gedefinieerd, doch voor strafrechtelijke doeleinden in de jurisprudentie («niemand die door het openbaar gezag is aangesteld tot een openbare betrekking om te verrichten een deel der taak van de staat of zijn organen» – HR 30-1-1911, W 9149; 25-10-1915, W 9944; 6-12-1920, NJ 1921, 121; 28-2-1921, NJ 521, en voorts Noyon, Langemeijer, Rimmelink, het Wetboek van Strafrecht, artikelen 28–31, aant. 9). Dat neemt niet weg dat ingevolge artikel 84 van het Wetboek van Strafrecht categorieën van personen onder ambtenaren worden begrepen, die voor de strafbaarstelling van het afzonderlijke delict van foltering zeker relevant zijn.

Blijkens de beschrijving van het begrip foltering in artikel 1 van het verdrag zijn de volgende bestanddelen te onderscheiden. Wat de dader betreft dient het in beginsel te gaan om een overheidsfunctionaris of andere persoon die in een officiële hoedanigheid handelt. Dat handelen kan bestaan uit eigen fysieke gedragingen, poging of uitlokking daartoe of uit instemming of gedogen. Ook «niet-ambtelijke» deelnemers of medeplichtigen vallen in het beeld (artikel 4, eerste lid, van het verdrag).

De uiterlijke kenmerken van de gedraging bestaan uit het opzettelijk toebrengen van hevige pijn of hevig leed, lichamenlijk dan wel geestelijk, in termen van het Nederlandse strafrecht vertaald met mishandeling.

Voorts noemt de beschrijving een tweetal innerlijke kenmerken, motieven van de dader, waarvan er ten minste een vervuld moet zijn wil er sprake zijn van foltering. Het ene motief is gericht op het misbruiken van de lichamelijke of gedeeltelijke integriteit van het slachtoffer ten einde iets van hem of van een derde gedaan te krijgen of om hem te doen lijden voor zijn of andermans concrete gedrag (afdwingen van een bekentenis of verklaring, bestraffing, intimidatie). Het andere motief is gericht op discriminatie van de medemens. Niet om wat hij gedaan heeft of zou hebben wordt hij gefolterd, maar alleen om wat hij is, om wat hem als mens doet verschillen van de medemens. Het wetsontwerp kiest hierover de aanduiding «minachting voor de aanspraken van het slachtoffer op menselijke gelijkwaardigheid», een formulering waar de ondergetekenden de voorkeur aan geven boven de «open-ended» terminologie discriminatie van welke aard ook, welke het verdrag bezigt.

Indien in de strafwet gebruik wordt gemaakt van het begrip discriminatie pleegt daarop een limitatieve opsomming te volgen van de hoedanigheden waarnaar onderscheid te maken valt. Een limitatieve opsomming zou evenwel geen recht doen aan de strekking van het verdrag, reden waarom de ondergetekenden zonder te breken met de systematiek van de strafwet, een formulering voorstellen waarin het woord discriminatie wordt vermeden.

Ten aanzien van de positie van het slachtoffer bevat de beschrijving van artikel 1 van het verdrag geen bijzonderheden. Uit de strekking van die bepaling valt echter onzes inziens op te maken dat het dient te gaan om personen, die zich in de fysieke macht van de dader, althans van de overheidsdienst waartoe de dader behoort, bevindt. Met het oog daarop is in de delictomschrijving verduidelijkt, dat het dient te gaan om een persoon, die van zijn vrijheid is beroofd, ongeacht of die vrijheidsberoving op legale of illegale titel is gelast.

Voor het wetsvoorstel heeft de Uitvoeringswet genocideverdrag (wet van 2 juli 1964, Stb. 243) in belangrijke mate model gestaan.

De motieven om het delict in een aparte wet en niet in het Wetboek van Strafrecht op te nemen zijn dezelfde. Hiervoor pleit dat, gezien de uit het verdrag voortvloeiende verplichtingen, aan sommige bepalingen van het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht wordt gederogeed, met name op het punt van de omvang van de werking der strafwet en de daaruit voortvloeiende noodzaak een speciale, op de interpretatie van het begrip ambtenaar toegesneden «transpositieregel» te introduceren, alsmede op het punt van de inroepbaarheid van strafuitsluitingsgronden.

Foltering is niet alleen in het commune strafrecht strafbaar gesteld, doch levert in tijd van oorlog gepleegd, eveneens een schending van het internationale oorlogsrecht op. In het bijzonder zij hier verwezen naar het aan de vier verdragen van Genève van 12 augustus 1949 betreffende de bescherming van de slachtoffers van de oorlog gemeenschappelijke artikel 3, dat in zijn eerste lid, aanhef, sub 1(a), met zoveel woorden marteling verbiedt in gevallen van niet-internationale gewapende conflicten, en naar de artikelen 12 en 50, van het Eerste Verdrag, 12 en 51 van het Tweede Verdrag, 17, 87 en 130 van het Derde Verdrag en 32, 100, 118 en 147 van het Vierde Verdrag waarin impliciet of expliciet foltering jegens verschillende categorieën van beschermde personen in gevallen van internationale gewapende conflicten wordt verboden.

Voorts dienen te worden vermeld de artikelen 11, 75 en 85 van Protocol I en 4 van Protocol II van 1977 bij de hogergenoemde 4 Geneefse verdragen.

Uit hoofde van al deze bepalingen levert foltering in geval van intern of internationaal gewapend conflict begaan een schending van de wetten van de oorlog op, in het Nederlands strafrecht strafbaar gesteld in artikel 8 van de Wet oorlogsstrafrecht.

Wanneer het delict foltering, in verband met en ter uitvoering van het folteringverdrag, afzonderlijk is omschreven, zal een handelen in strijd met de wetten van de oorlog, dat als foltering kan worden aangemerkt, naar moet worden aangenomen, niet meer strafbaar zijn op grond van de Wet oorlogsstrafrecht, maar op grond van de bepalingen van de Uitvoeringswet folteringverdrag. Aangezien dat verdrag, blijkens zijn artikel 2, tweede lid, foltering ook in oorlogstijd strafbaar stelt, zullen de strafbepalingen betreffende foltering, welke opgenomen zijn in de Uitvoeringswet folteringsverdrag ten opzichte van artikel 8 van de Wet oorlogsstrafrecht als *lex specialis* gelden. Dat neemt niet weg dat de in de Wet oorlogsstrafrecht neergelegde voorschriften omtrent de bevoegdheid van de rechter tot kennisneming van dit delict en de daarbij te volgen procedures toepasselijk dienen te blijven. Met het oog daarop behoeft die wet derhalve aanvulling door een verwijzing naar de thans voorgestelde Uitvoeringswet. Bovendien zal, waar het delict foltering een ernstige inbreuk op de verdragen van Genève van 12 augustus 1949 en op Protocol I van 12 december 1977 oplevert, ook voor dit delict overlevering volgens het systeem van de Wet overlevering inzake oorlogsmisdrijven mogelijk dienen te zijn. Derhalve is ook een aanvulling van die Wet voorzien.

Bijzondere aandacht willen de ondergetekenden in dit algemene gedeelte van de toelichting nog besteden aan de uit het verdrag voortvloeiende verplichting tot het vestigen van strafrechtelijke rechtsmacht op grond van het zogenaamde universaliteitsbeginsel, en de wijze waarop wordt voorgesteld aan die verplichting uitvoering te geven. Voorop zij gesteld dat de verplichting tot het vestigen van deze vergaande vorm van extraterritoriale rechtsmacht voor dit delict niet erg voor de hand ligt.

Het delict foltering heeft naar zijn aard geen grensoverschrijdende kenmerken. In tegendeel, de gevallen waarin een internationaal aspect zich voordoet, zij het doordat dader en slachtoffer van verschillende nationaliteit zijn, zij het doordat de dader zijn toevlucht in het buitenland zoekt of zelfs doordat het delict voelbare effecten op het grondgebied van een andere staat heeft, zullen tot de hoge uitzonderingen behoren. De praktijk leert, dat het delict zich veeleer laat typeren door de omstandigheid dat dader en slachtoffer dezelfde nationaliteit bezitten, het feit zich binnen het grondgebied van de staat wiens nationaliteit dader en slachtoffer bezitten voltrekt en de dader, zolang hij zich gesteund weet door zijn maatschappelijke of politieke omgeving geen reden zal hebben die omgeving te ontvluchten.

Daar komt bij dat vele gevallen van foltering zich in de verborgenheid afspelen, dat wil zeggen buiten de aanwezigheid van incidentele getuigen, en dat het daarom voor een derde staat, die de hand op een vermoedelijke folteraar heeft weten te leggen, en zich bevoegd heeft gemaakt hem te vervolgen en berechten, bijzonder moeilijk zal kunnen zijn het nodige bewijsmateriaal te verzamelen voor een succesvolle procesvoering, zeker zolang van de autoriteiten van de staat van de *locus delicti* geen enkele medewerking mag worden verwacht om via rechtshulp het nodige bewijsmateriaal ter beschikking te stellen.

Aldus gezien ontbreken in feite de grondvoorwaarden die de vestiging van rechtsmacht volgens het beginsel van universele jurisdictie (dat wil zeggen over feiten door buitenlanders in het buitenland begaan) rechtvaardigen.

Zowel in het delict inherente multinationale aspecten, als de vereiste internationale solidariteit en gemeenschappelijkheid van de belangen van de meest betrokken staten zullen doorgaans ontbreken.

De enkele omstandigheid dat het om zeer ernstige delicten gaat, die op ruime schaal verontwaardiging en verontrusting wekken, is op zich zelf onvoldoende rechtvaardiging te achten om die delicten aan het universaliteitsbeginsel te onderwerpen. Aldus verstaan de ondergetekenden althans de traditionele Nederlandse opvatting die zij ook delen.

Uitgangspunt dient te zijn en te blijven dat de repressie van dergelijke delicten aan de verantwoordelijkheid dient te worden overgelaten van de Staten die nauwe aanknopingspunten kunnen doen gelden voor het uitoefenen van rechtsmacht. Waar dergelijke staten in de ogen van andere staten op dat gebied te kort schieten kan al gauw een neiging tot inmenging, oplopende tot een politiek conflict, ontstaan, en het strafrecht is niet het meest geëigende instrument voor de aanpak van politieke geschillen.

De reden waarom de ondergetekenden desondanks de verdragsverplichting te billijken achten is tweemaal. Allereerst valt niet uit te sluiten dat de maatschappelijke en politieke omstandigheden in een land waar voorheen folterpraktijken gebezigd werden zich ingrijpend wijzigen, waardoor opeens de noodzakelijke voorwaarde bestaande uit de bereidheid tot samenwerking en internationale gelijkgerichtheid is ontstaan. De historie vertoont inmiddels een voldoende aantal voorbeelden van gevallen waarin autoritaire regimes zijn omgevormd of teruggekeerd tot democratische stelsels en waarin door een uitdrukkelijke wil tot afrekening met het verleden aan een legitimering van de nieuwe situatie gestalte wordt gegeven. Wanneer bij dat legitimeringsproces kan worden gesteund op blijken van gelijkgerichtheid in andere landen, doordat die blijken hun wetgeving eveneens gedragingen, die voorheen gangbaar waren maar thans zijn afgezworen, veroordelen kan dit de positie van het nieuwe regime intern versterken. Dan nog zal het de voorkeur verdienen het ertoe te leiden dat een verdachte zal kunnen worden bericht in de staat van de locus delicti en niet in een willekeurige derde staat. Niettemin is denkbaar dat het niet tot uitlevering van de betrokkene komt (bij voorbeeld omdat de doodstraf dreigt en geen toezegging kan worden gedaan dat deze, opgelegd, niet zal worden ten uitvoer gelegd of omdat de betrokkene voor een bijzonder tribunaal terecht zal moeten staan). In zo'n geval kan de beschikbaarheid van vergaande extraterritoriale rechtsmacht uitkomst bieden. In deze hypothese zou evenwel kunnen worden volstaan met de vestiging van een beperkte, geclausuleerde vorm van universele rechtsmacht, door daarbij de voorwaarde te stellen dat eerst tot uitoefening daarvan zal worden overgegaan als daartoe door de meerbetrokken staat een uitdrukkelijk verzoek is gedaan, of als een verzoek om uitlevering van die staat is ontvangen en afgewezen. Aldus geclausuleerd is voorgesteld in de Nederlandse wetgeving uitvoering te geven aan een aantal andere mondiale verdragen, waarin in soortgelijke bewoordingen als in het thans ter uitvoering voorliggende verdrag een verplichting tot het vestigen van vergaande vormen van extraterritoriale strafrechtelijke rechtsmacht is opgenomen. Gedoeld wordt hier op de verdragen van New York van respectievelijk 14 december 1973 inzake de voorkoming en bestraffing van misdrijven tegen internationaal beschermde personen, met inbegrip van diplomaten en van 17 december 1979 tegen het nemen van gijzelaars, alsmede op het verdrag van New York/Wenen van 10 maart 1980 inzake de fysieke beveiliging van kernmateriaal.

De reden waarom thans niet wordt voorgesteld om aan het folteringverdrag op identieke wijze uitvoering te geven, dat wil zeggen door middel van een aanvulling van artikel 552hh van het Wetboek van Strafvordering, gelezen in combinatie met artikel 4a van het Wetboek van Strafrecht, is gelegen in de tweede grond waarop de ondergetekenden de toepasselijkheid van het universaliteitsbeginsel zouden kunnen billijken.

Die berust op de ondraaglijkheid van de gedachte dat folteraars, zolang hun door het regime van hun eigen land de hand boven het hoofd gehouden wordt, zich vrijelijk naar andere landen kunnen begeven en daar zelfs ongestraft oog in oog kunnen komen te staan met hun naar het buitenland gevluchte slachtoffers¹.

In deze hypothese is de uitoefening van extraterritoriale jurisdictie niet te construeren als een vorm van waarneming van de belangen van een andere, meer betrokken staat. Integendeel, in de berechting van een ambtelijke vertegenwoordiger van de desbetreffende staat voor handelingen die hij in die staat, met goedkeuring of gedogen van zijn superieuren heeft verricht, zal in essentie een procesvoering tegen en veroordeling van het gehele regime van die staat worden gezien. De contouren van de concrete strafzaak veroverstijgend wordt aldus de strafrechtspraak gemaakt tot exponent van een internationaal politiek conflict. De ondergetekenden zijn zich van de bezwaren die tegen een dergelijk hanteren van de strafrechtspraak, van de Nederlandse strafrechtspraak, zijn in te brengen zeer wel bewust. Tegenover begrijpelijke scepsis omtrent de doelmatigheid en geloofwaardigheid van strafrechtelijke oordelen in het krachtenveld van een internationaal politiek conflict staat echter de integriteit van het rechtsgevoel van de Nederlandse rechtsgemeenschap, dat in een rechterlijk oordeel zijn meest zuivere expressie pleegt te krijgen.

Geconfronteerd met de aanwezigheid hier te lande van een alhier door getuigen en slachtoffers als folteraar herkende buitenlander zal de schok die dit in de Nederlandse rechtsorde te weeg zal kunnen brengen door een zich onbevoegd verklarende rechter niet bepaald worden gedempt.

Kan daarin een rechtvaardiging – ook in de ogen van de opstellers van het verdrag – voor de vestiging van rechtsmacht over een delict als foltering op grond van een onbeperkt universaliteitsbeginsel worden gevonden, dat neemt niet weg, dat het verdrag niet aan zijn doeleinden zou hebben beantwoord wanneer het niet tevens in alternatieve, meer doelmatige mechanismen voor de regulering van internationale conflicten, die nu eenmaal inherent zijn aan de internationale zorg en betrokkenheid voor de naleving en handhaving van fundamentele mensenrechten, zou hebben voorzien. Welnu, de opstellers van het verdrag kan niet worden verweten, dat zij voor andere implementatiemechanismen geen oog zouden hebben gehad. Daarvan getuigen de uitvoerige bepalingen over het Comité tegen Foltering en de aan dat comité toegekende bevoegdheden.

Uiteraard zal moeten worden afgewacht enerzijds hoeveel en welke staten gebruik zullen maken van de in artikel 28 geboden mogelijkheid om zich te onttrekken aan de bevoegdheid van het comité om op eigen initiatief een onderzoek in te stellen, anderzijds hoeveel en welke staten de bevoegdheden van het comité om hetzij op klachte van een der verdragspartijen, hetzij op klachte van individuele justitiabelen onderzoek in te stellen zullen erkennen. Maar essentieel is, dat ook in de ogen van de opstellers van het verdrag de toepassing van het (internationale) strafrecht niet als enige strijdmiddel tegen folterpraktijken is te beschouwen. Dat steun de ondergetekenden in hun opvatting dat in de internationale verhoudingen zeker zo effectief, zo niet effectiever, met andere middelen valt te opereren zoals publiciteit via vrije nieuwsgaring, vertrouwelijke overreding op regeringsniveau, optreden van door de VN ingestelde speciale rapporteurs, openlijke kritiek in VN-fora en andere politieke drukmiddelen.

Artikelen

Artikel 1 Na het gestelde in het algemeen gedeelte van deze toelichting behoeven nog slechts enkele onderdelen van dit artikel nadere toelichting. Naast het begrip ambtenaar, dat, blijkens de verwijzing in artikel 6, eerste lid, naar artikel 84 Sr. mede allen die tot de gewapende macht behoren

¹ Vgl. de toedracht rond de Filartiga v. Pena-Irala case (Am. Journ. Int. Law, 1981, blz. 149 e.v.) en de Manzikala-affaire (Delict & Delinquent 1985, blz. 193, 194).

omvat, wordt gesproken van een anderszins (dat wil zeggen dan als ambtenaar) ten dienste van de overheid werkzame persoon. Daarmede wordt bedoeld op andere personen (dan overheidsfunctionarissen) die in een officiële hoedanigheid handelen, zoals artikel 1 van het verdrag hen aanduidt. Gedacht zou kunnen worden aan situaties waarin een particulier praktiserende arts wordt ingeschakeld om medische ingrepen op gedetineerden te plegen.

Het delict kenmerkt zich doordat een overheidsfunctionaris of een anderszins ten dienste van de overheid werkzame persoon voor de foltering verantwoordelijk kan worden gesteld, hetzij doordat hij deze zelf heeft gepleegd, hetzij doordat hij een ander daartoe heeft bewogen. Daarom is het nodig in de wet uitdrukkelijk de figuur van uitlokking naast die van het plegen te noemen.

Bij de bepaling van de strafmaat is primair gelet op de strafposities van de artikelen 300 e.v. van het Wetboek van Strafrecht. Uit de aard van het delict vloeit voort dat het gaat om gekwalificeerde mishandeling, die in strafwaardigheid gelijk staat met zware mishandeling met voorbedachte rade gepleegd. Aangezien de ambtelijke hoedanigheid een bestanddeel van het delict vormt is de uit artikel 44 Sr. voortvloeiende strafverhogende werking niet toepasselijk. Wil een strafverhogend effect, als in dit artikel bedoeld toch bereikt worden, dan dient dat in de strafpositie zelve tot uitdrukking te komen. Vandaar dat in het eerste lid is gekozen voor een maximale strafbedreiging van 16 jaren, zijnde één derde hoger dan de strafbedreiging van het eerste lid van artikel 303 Sr. Dezelfde overweging heeft in het licht van het tweede lid van artikel 303 Sr. geleid tot de bepaling van de strafpositie in het tweede lid. De tweede volzin van dat lid is opgenomen met het oog op het bepaalde in artikel 8, derde lid, onder 1°, van de Wet oorlogsstrafrecht.

Artikel 2 Uit artikel 1 van het verdrag volgt dat ook waar het gaat om het aanstichten tot, instemmen met of gedogen van foltering, de ambtelijke hoedanigheid een bestanddeel van het delict vormt. In dergelijke gevallen behoeft de fysieke dader die hoedanigheid niet te hebben. Het eerste gedeelte van het artikel geeft uitvoering aan de verdragsverplichting de overheidsfunctionaris die aansticht tot of instemt met folteringshandelingen strafbaar te stellen. Het tweede gedeelte ziet op degene die, hoewel zelf niet de status van ambtenaar hebbende of van anderszins ten dienste van de overheid werkzame persoon door een overheidsfunctionaris tot foltering wordt uitgelokt of foltering met instemming of gedogen van een overheidsfunctionaris pleegt.

Artikel 3 Dit artikel correspondeert met artikel 10 van de Wet oorlogsstrafrecht en artikel 3 van de Uitvoeringswet genocideverdrag. Als gevolg van deze bepaling wordt een beroep op een wettelijk voorschrift of op een ambtelijk bevel niet als strafuitsluitingsgrond voor foltering erkend. Dit laat overigens het beroep op overmacht onverlet. Weliswaar is niet denkbaar dat enig Nederlands wettelijk voorschrift zou kunnen worden ingeroepen om als rechtvaardiging voor foltering te dienen, doch te bedenken ware dat gelet op de vergaande vorm van extraterritoriale jurisdictie, waaraan dit delict onderworpen is, ook buitenlandse wettelijke voorschriften zouden kunnen worden ingeroepen. Daarom kan de vermelding van artikel 42 Sr. in deze bepaling niet worden gemist.

Artikel 5 zal na het gestelde in het algemeen gedeelte van deze toelichting weinig aanvullend commentaar behoeven. Er zij nog op gewezen dat deze bepaling niet het vereiste van zogenaamde dubbele strafbaarheid stelt, dat wil zeggen de voorwaarde dat op het delict ook door de wet van het land waar het is begaan straf is gesteld en de dader deswege ook aldaar strafbaar zou zijn. Dit aan op internationale solidariteit gebaseerde extraterritoriale rechtsmachtbeginselen inherente vereiste zou niet passen in de optiek van het verdrag.

Artikel 6 vervult twee functies. Allereerst vloeit uit artikel 91 van het Wetboek van Strafrecht voort, dat de betekenissentitel van het Eerste Boek van dat Wetboek (Titel XI) niet eo ipso toepasselijk is op bijzondere strafwetgeving. Daarom is een verwijzing naar dat Wetboek voor de aanduiding van de betekenis van uitdrukkingen als ambtenaar (vgl. artikel 84) en oorlog (vgl. artikel 87) nodig.

In de tweede plaats is in het licht van de uit artikel 5 voortvloeiende competentie nodig te verduidelijken, dat ook degenen die in het buitenland als overheidsfunctionaris gelden voor de toepassing van de Nederlandse strafwet op in het buitenland (of bij voorbeeld in Nederland, wanneer dit door een buitenlandse mogendheid bezet zou zijn) gepleegde folteringen. Een dergelijke transpositieregeling is voor gevallen als deze niet ongebruikelijk (vgl. artikel 7, tweede lid, van het Europees Verdrag betreffende de overdracht van strafvervolging, Trb. 1973, 84).

Artikel 7 geeft uitvoering aan artikel 8, tweede lid, van het verdrag. Die verdragsbepaling komt overeen met min of meer identieke bepalingen in een aantal andere verdragen, welke zijn genoemd in artikel 51a van de Uitleveringswet, zoals dat ingevolge de Wet van 12 maart 1982, Stb. 98 tot uitvoering van het op 25 maart 1972 te Genève tot stand gekomen *Protocol tot wijziging van het Enkelvoudig Verdrag inzake verdovende middelen*, 1961 is komen te luiden.

Artikel 8 Zoals in het algemeen gedeelte van deze memorie werd uiteengezet, zal het delict van foltering, wanneer het in geval van oorlog is begaan, berecht moeten worden overeenkomstig de bepalingen van de Wet oorlogsstrafrecht. In verband daarmee moet dit delict in artikel 1, eerste lid, van de Wet oorlogsstrafrecht worden vermeld.

Artikel 9 Voor de toelichting op de hier voorgestelde aanvulling van de wet overlevering inzake oorlogsmisdrijven moge worden verwezen naar het algemeen gedeelte van deze memorie.

De ondergetekenden hebben geen reden om aan te nemen dat van de voorgestelde wettelijke regeling in de praktijk veel gebruik zal hoeven te worden gemaakt. Merkbare gevolgen voor de werklust van de rechterlijke macht zijn dan ook niet te verwachten.

De Minister van Justitie,
F. Korthals Altes

De Minister van Buitenlandse Zaken,
H. van den Broek