

## **Internationaalrechtelijke aspecten van het territorialiteitsbeginsel**

**Staten mogen hun wetten alleen met fysieke dwangmiddelen handhaven op het eigen grondgebied. Dat het is “territorialiteitsbeginsel”. Soms mag echter een Nederlandse opsporingsambtenaar optreden binnen het grondgebied van een andere staat, bijvoorbeeld bij grensoverschrijdende achtervolging of in het kader van een gemeenschappelijk onderzoeksteam dat elders ballistisch onderzoek, buiten de landsgrenzen. Bij het onderzoek naar de ramp met het Maleisisch verkeersvliegtuig op de vlucht MH17 gebeurde dat. Daarbij werden in de Oekraïne door Nederlandse forensisch experts fragmenten van explosieve projectielen verzameld en aan een onderzoek op locatie onderworpen. De uitzonderingen op het beginsel nemen steeds meer toe. De staten willen dat ook. Maar zij willen dan wel heel goed kunnen toezien dat de onderzoekers zich aan beperkingen houden, opdat de interne soevereiniteit van die staat onaangetast blijft. Hoe gaat dat precies in zijn werk? Wat zijn de gevolgen als de onderzoekers zich aan bepaalde beperkingen niet hielden? Daarover gaat deze cursus. Ze omvat vier cycli.**

### **1. De schending van het beginsel als aanleiding voor de Eerste Wereldoorlog**

In het ultimatum, dat de regering van Oostenrijk-Hongarije stuurde aan het Koninkrijk Servië, naar aanleiding van de aanslag in Serajewo op de Habsburgse troonopvolger Franz-Ferdinand, stond als eis dat Oostenrijkse politie-ambtenaren en rechterlijke beambten deel moesten hebben aan het opsporingsonderzoek in Servië tegen de beramers van deze aanslag. Zij zouden niet alleen actief meedoen aan de waarheidsvinding en daartoe dwangmiddelen mogen toepassen. Maar ze zouden bij het onderzoek zelfs de supervisie hebben. Ze zouden daarbij Oostenrijks recht toepassen. Zij zouden rechtstreeks aan Wenen mogen rapporteren. Dat zou beslissen over de rechtmatigheid van de onderzoekshandelingen. Dat zou ook besluiten wat tenlastegelegd zou worden. En ook, voor welk forum de verdachten zouden worden ingedaagd. Met alle bijbehorende vormen van internationale strafrechtshulp. Zoals uitlevering en internationale arrestatie. Een kreet van afschuw voer over de westelijke Europese statengemeenschap. Dit was een dermate afschuwelijk affront, een vreemde staat aangedaan, dat meteen duidelijk werd dat Wenen eigenlijk alleen maar wilde marcheren. Het wilde oprukken tegen Belgrado. Sir Edward Grey, de Britse minister van buitenlandse

zaken, noemde het ultimatum het “meest geduchte document” dat ooit een beschaafde staat jegens een andere staat had uitgebracht. Zelfs Berlijn, Oostenrijks bondgenoot, vond de eis wel heel kras.

Het zat hem, daar was iedereen het over eens, in de flagrante inbreuk die Wenen wilde maken op het territorialiteitsbeginsel. Oostenrijkse ambtenaren zouden het Oostenrijkse publieke geweldsmonopolie ter rechtshandhaving mogen inzetten op Servisch grondgebied. Nog wel zonder tussenkomst van een rechterlijke toets van de territorialiteitsstaat. Wenen had er geen doekjes om gewonden: Wenen zou bepalen wat de richting van het gerechtelijk vooronderzoek zou worden, dat zich zou afspelen binnen Servië. De locus delicti – de dodelijke schoten waren afgevuurd in Serajewo – lag mede op Oostenrijks-Hongaars grondgebied. Die stad hoorde bij het grondgebied dat het Keizerrijk had mogen annexeren in 1908. Maar de misdadige organisatie die de aanslag voorbereidde en die daartoe had samengespannd was gelokaliseerd in Servië. Oostenrijk meende te weten dat de toegang zelfs had plaatsgehad in een van de Servische departementen in Belgrado. Het opsporingsonderzoek richtte zich tegen deze organisatie, niet tegen de magere scharminkelige Gravilo Princip, want die had Oostenrijk al gearresteerd. Op heterdaad, zo te zeggen. Een Bosnische rechter-commissaris hield zich al met hem bezig. Levendig telegraafverkeer tussen Belgrado en Sint Petersburg kwam op gang: kon Servië dekking krijgen van de Russische regering als het deze eis afwees? Dat kon het. De eis was een ontoelaatbare inbreuk op de staatszelfstandigheid van Servië. Tsaar Nicolaas II trad in verbinding met zijn geduchte, brallerige neef Wilhelm II en stelde in een van zijn laatste Willy-Nicky telegrammen, waarin de keizerlijke politieke tinnegieters toch nog probeerden het jurisdictieconflict te dempen, voor deze schending van het territorialiteitsbeginsel voor te leggen aan het hof van arbitrage in Den Haag. Belgrado bleek daartoe bereid. Kon Wenen dit beginsel op deze wijze zonder onduldbare krenking van het internationale recht wel opzij zetten? En zo neen, welke passende rechtsherstel-maatregelen konden dan van Belgrado jegens Oostenrijk wél geveerd worden? Want dat Belgrado het met die aanslag bont gemaakt had, was toch ook min of meer axiomatisch aanvaard, zelfs in Parijs en Londen. Wilhelm was niet bereid deze oplossing te aanvaarden. Veel woorden maakte hij er niet aan vuil. De “eer” van Oostenrijk was in het spel, dat was geen zaak van juristen. Het gevolg was het Armageddon dat wij kennen als de Eerste Wereldoorlog.

In de baaierd van telegrammen die de kanselarijen na de fatale schoten begonnen uit te wisselen speelt het territorialiteitsbeginsel een rol. Zeker nadat de tekst van het ultimatum publiek kenbaar was geworden: het staatsprestige van de conflicterende partijen was nu in het geding gekomen. In deze tijd speelden de media, vooral de kranten, een grote rol bij de wederzijdse hitserijen. Ultimata, tot dan toe meestal verholten gesteld en beantwoord in zalvende nota's-verbaal, werden nu meteen van schreeuwerige koppen en nog scherpere commentaren voorzien. Wat Oostenrijk hier eiste, was dat iets wat nette staten elkaar aan mochten doen? Daar ging het steeds om. Waarom dan precies niet, dat werd niet zo heel specieus uit de doeken gedaan: de redacties keken verder. Ze schetsten alvast het komend conflict, de mobilisaties, de strategische perspectieven en de economische consequenties. Dat het beginsel er was, dat het een heilig beginsel was, dat krenking ervan dus onaanvaardbaar was en dat die krenking rechtsgevolgen hoorde te hebben, dat was stilzwijgend aanvaard. Daar zanikte men dus niet verder over. Jammer dat Nicolaas' suggestie niet gevolgd werd, want het arbitragehof had de talloze onderliggende internationaalrechtelijke vragen die het ultimatum beroerde niet onbeantwoord kunnen laten.

Wenen vergde veel meer dan de instelling van een internationaal opsporingsteam, een "joint investigation-team". Het wilde dat de door Wenen gezonden ambtenaren en beambten Oostenrijks strafvorderingsrecht zouden toepassen. Het wilde ook dat daarbij de Oostenrijkse wettelijke bepalingen betreffende samenspanning, deelneming en aanslag de grondslag zouden zijn. En dat de Weense rechter over de rechtmatigheid van de bewijsvergaring het laatste woord zou hebben. Wenen meende weten dat de leiders van de betrokken misdadige organisatie gelieerd waren aan het Servisch staatsapparaat. Het wilde die leiders vervolgen, ook al zouden zij hun handelingen beperkt hebben tot Servisch grondgebied. Want de uiteindelijke effecten daarvan hadden zich nu eenmaal in Oostenrijk gemanifesteerd. Het brak dus in op de twee modaliteiten van het beginsel. De strafvorderlijke en de materieel-strafrechtelijke. Het wilde niet alleen de Oostenrijkse strafvorderlijke rechtsregels exporteren, maar het wilde zeker ook de heerschappij van zijn nationale strafrecht uitbreiden over Servisch grondgebied. Het eiste dat, in het belang van de externe soevereiniteit van de staat Oostenrijk-Hongarije. Het had daarbij uiteraard niet het belang op het oog van de ongelukkigen die bij de

aanslag betrokken waren, als daders, slachtoffers – kort tevoren waren er doden en gewonden bij de aanslag gevallen -- of indirect getroffen. Het claimde deze rechtsmacht evenmin in het belang van de bevordering van de internationale rechtsorde.

## **2. Het strafvorderlijk beginsel**

### **2.1. Als waarborgnorm**

Die internationale rechtsorde is nu veel verder ontwikkeld. Binnen die orde is het territorialiteitsbeginsel onderwerp geweest van internationale jurisprudentie. Die heeft betrekking op de strafvorderlijke en materieel-strafrechtelijke kant ervan. De strafvorderlijke uitwerking ervan komt er op neer, dat binnen het staatsgrondgebied alleen de nationale strafvordering van de territorialiteitsstaat toepasselijk kan zijn. Dat is een gevolg van het beginsel van de interne soevereiniteit: de territoriale staat bepaalt uitsluitend op welke wijze binnen zijn grondgebied de publieke rechtshandhaving plaatsvindt. Uitsluitend: met uitsluiting van iedere macht daarboven en daarbuiten, inzonderheid die van vreemde mogendheden. De territorialiteitsstaat kan afstand doen van deze exclusiviteit. Dan moet hij dat uitdrukkelijk goedvinden. Nederland kan goedvinden, dat de USA binnen Nederland opsporingshandelingen begaat naar USA-recht. Dat kan binnen de Nederlandse verhoudingen alleen bij verdragsbasis, want dan breekt Nederland immers in op het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel, zoals verwoord in artikel 1, eerste lid, Sv. Strafvoeding in Nederland geschiedt alleen op de wijze bij de Nederlandse formele wet voorzien. Dat legaliteitsbeginsel levert voor de verdachte een waarborgnorm op. Het strafvorderlijke territorialiteitsbeginsel, dat daarvan een geografisch derivaat is, dus óók. De verdragsclausule, waaraan de USA de machtiging zou ontleen om de opsporing naar USA-recht op Nederlands grondgebied te doen verlopen, zal dus moeten worden vertaald in uitvoeringswetgeving op het niveau van de Nederlandse strafvoeding. Daaruit, uit die wetsbepaling, zal uitdrukkelijk moeten volgen dat de USA deze machtiging heeft. De Nederlandse staat doet in zoverre afstand van de beperkingen die uit het beginsel van de interne soevereiniteit voortvloeit voor andere staten. Dat kan het doen, in zoverre dit principe is gegeven ten behoeve van de Nederlandse staatszelfstandigheid. Die is gegeven in het staatsbelang, niet in het belang van de individuele ingezetene of hier te lande verblijvende.

Ook als die laatste hier illegaal verblijft. Voor hem is die zelfstandigheid geen inroepbare norm. Zij is, van oorsprong, niet voor hem in het leven geroepen. Daarom kan de staat zich er ook van distantiëren. Oostenrijk vroeg, in de casus-Serajewo, aan Servië om dat te doen. En die vraag was legitiem, de voorwaarden die Oostenrijk daarbij stelde, op zichzelf (nog) niet. Het eiste onmiddellijke afstand van de interne soevereiniteit, zonder Servische controle of inspraak. En geen Servische rechterlijke toets.

Kan de strafvorderlijke uitwerking van het territorialiteitsbeginsel die waarborgende functie voor het individu niet hebben? Zeker wel. Zij is bij uitstek een beperkingsnorm die inhoudelijk een ieder kan verbinden. “Een ieder”, orakelt artikel 93 GW. Een ieder, dat betekent: iedereen binnen de rechtsmachtkring die Nederland rechtsmatig heeft geclaimd, intern en extern. De grondwet strekt hier deze garantie niet uit over iedereen overal ter wereld, al zou men dat op het eerste gezicht wel zeggen. De grondwet bedoelt hier degenen die zich binnen de actieradius bevinden van de Nederlandse wetgeving en bestuur. Dat kunnen mensen in het buitenland zijn, voor zover zij Nederlanders zijn of daarmee gelijk gesteld worden – denk aan hen die hier te lande sociaal geassimileerd zijn – of zij die zich bevinden in gebouwelikheden, ruimten of objecten die via territorialiteitsficties met Nederlands grondgebied gelijk gesteld worden. Zoals enclaves, die door de UN zijn geplaatst onder de rechtsmacht van Nederland met de opdracht daar effectief een publieke rechtsorde te borgen. Het territorialiteitsbeginsel in zijn strafvorderlijke variant kan “naar de inhoud” de burger en de staat in hun wederzijdse rechtsbetrekking borgen dat die burger, het individu, alleen besprongen kan worden door de Nederlandse strafvordering. Maar dan moet dat beginsel in die uitwerking ook staan in een verdragsbepaling of een besluit van een volkenrechtelijke organisatie, waarbij Nederland partij is, aansluiting heeft gezocht of die het erkend heeft. De UN is zulk een organisatie. In het UN-Charter staat het legaliteitsbeginsel niet. Maar de Veiligheidsraad, het beginsel erkennend, gaf het R’wanda-tribunaal en het Joegoslavië-tribunaal de mogelijkheid ervan in bepaalde opzichten af te wijken, vooral ter vestiging van jurisdictie. Het Permanente Internationale Strafhof in Den Haag zou zo’n volkenrechtelijke organisatie in de zin van het grondwetsartikel kunnen zijn. Dan zou de Assembly of States Parties van deze organisatie het daartoe gemachtigd zou hebben. In een uitdrukkelijke resolutie. Het Hof zou dan het

territorialiteitsbeginsel in strafvorderlijke zin kunnen toepassen. Maar het zou het dan ook opzij kunnen zetten, als de statenfamilie het daartoe zou machtigen. De UN deed zo iets al eens bij de oprichting van sommige van de talloze Ad-Hoc-tribunalen die nu in Den Haag zetelen: het gaf deze een verwaterde uitwerking van het legaliteitsbeginsel mee, waarbij soms terugwerkende kracht en soms zelfs analogie toepasselijk kon zijn bij de toepassing van delictsom schrijvingen.

## **2.2. De positieve werking**

Het strafvorderlijke territorialiteitsbeginsel heeft een positieve werking: de territorialiteitsstaat past, inwendig, alleen de nationale strafvorderingsbepalingen toe. Wel is daarvoor nodig, dat het beginsel ook echt in een waarborgend artikel – “an operative article” -- is vastgelegd en naar werkingen gedefinieerd. In het Nederlandse wetboek missen we zo’n artikel. Je zou het, impliciet, kunnen inlezen in artikel 1, eerste lid, Sv. Stellig heeft de wetgever er destijds niet aan gedacht om het territorialiteitsbeginsel als aparte geografische waarborgnorm voor de vervolgde op te nemen. In de jaren waarin over de redactie van het algemeen deel van het wetboek werd gesteggeld door de ambtelijke voorbereidingscommissies was het te zeer een vanzelfsprekendheid om daaraan een woord vuil te maken. Strafrecht werd nationaal gehandhaafd. Internationaalrechtelijke elementen waren daarbij hoogst uitzonderlijk. Zo is het uiteraard al lang niet meer. Buitenlandse strafvorderlijke beambten en ambtenaren krijgen steeds vaker in Nederland bevoegdheden, die kunnen botsen met de commune Nederlandse strafvorderlijke competenties. Ook in verband met de Europese Unie. Die botsing kan niet altijd afgevangen worden met een algemene gelijkstellingsbepaling in de strafvorderlijke betekenistitel, waarbij gestipuleerd wordt dat de buitenlandse ambtenaar gelijk wordt gesteld met de Nederlandse zolang hij optreedt binnen de hem bij verdrag toegelaten bediening. Sommige EU-staten doen dat. Nederland niet. Maar of zo’n botsing ook direct onrechtmatigheid van het buitenlandse bewijsvergaringsoptreden zou opleveren, blijft kwestieus. Dat zal mede afhangen van de aard van het misdrijf, de strekking van de buitenlandse ambtshandeling en de inbreuk op de grondrechtsuitoefening van de verdachte alsmede de rechtsgevolgen van een rigoreuze toepassing van de “exclusionary rule”, de bewijsuitsluitingsregel.

Voorlopig moeten wij ons behelpen met de wat schimmige verwoording van het strafvorderlijke territorialiteitsbeginsel via artikel 1, eerste lid Sv juncto artikel 539a, derde lid, Sv. Het gaat hier om een bepaling betreffende “strafvordering buiten het rechtsgebied van een rechtbank”. Strafvordering, dat is hier: de strafvordering bedoeld in artikel 1, eerste lid Sv. Dus: strafvordering door Nederlandse ambtenaren, uiteraard optredend volgens Nederlands recht. Zij mogen buiten het rechtsgebied van de rechtbanken optreden – dus: buiten de grenzen van het strafvorderlijk territorialiteitsbeginsel – mits zij dat doen “voorzover het volkenrecht en het interregionale recht dit toelaten”. De wetstekst eist dus voor dit optreden een “toelating” vanuit het volkenrecht of interregionale recht. Hier verwijst de wetgever naar de doctrine, die het Internationale Hof van Justitie in 1927 vestigde in het Lotus-arrest (Public. Series A, nr 10). De doctrine van de “permissive rule”: de uitdrukkelijke machtiging door het interstatelijk recht voor het concrete strafvorderlijk optreden dat niet teruggevoerd kan worden op het strafvorderlijk territorialiteitsbeginsel. Die machtiging moet positief en uitdrukkelijk zijn geformuleerd. Daarover liet het Internationale Hof geen twijfel bestaan. In dit artikellid absorbeert de wetgever dus de Lotus-doctrine in het wetssysteem. Met als gevolg, dat hij het omgekeerde – buitenlandse ambtenaren, opererend binnen Nederland – ook binnen dat systeem heeft geïncorporeerd. Die ambtenaren moeten dus ook een “permissive rule” kunnen tonen voor hun optreden, eigenlijk in strijd met de beginselen van strafvorderlijke legaliteit en territorialiteit. Zij treden op in een gebied, dat het hunne niet is. Dat mag, maar dan moeten zij aantonen dat de territorialiteitsstaat het goed vond. En verder moeten zij hun bevoegdheid kunnen gronden op een strafvorderlijk wetsartikel. Dat volgt uit de legaliteitsleer.

### **2.3. De negatieve werking**

De negatieve werking komt er op neer dat buitenlands optreden binnen de Nederlandse territoriale rechtssfeer in beginsel onrechtmatig is. Het mag eigenlijk niet. De rechter moet hier uitgaan van het weerlegbare rechtsvermoeden van onrechtmatigheid. Het Openbaar Ministerie moet de weerlegging voor zijn rekening nemen. Het geldt hier geen bewijsthema in de zin van artikel 338 Sv. Dus zijn de bewijsregels niet toepasselijk. Het Openbaar

Ministerie moet eerst de “permissive rule” aantonen. Vaak is het gepubliceerde verdrag voldoende. Maar op zichzelf is de verdragsvorm niet noodzakelijk; de permissie kan heel goed gebaseerd zijn op de uitwisseling van een Memorandum of Understanding of nota’s-verbale. De permissie kan zelfs met terugwerkende kracht verleend zijn en bevestigd worden bij rechtsvaststellende verklaring van de territorialiteitsstaat; het gaat om diens permissie. Blijft echter, dat dan toch het buitenlandse optreden gegrond moet zijn op een wetsbepaling, die al bestond toen het plaatsvond. Want die kan niet alsnog met terugwerkende kracht in werking treden, tenzij de wetgever uitdrukkelijk de afwijking van de waarborgen die voortvloeien uit artikel 1, eerste lid, Sv. voor zijn rekening heeft willen nemen. Dat zal dan echt moeten blijken. De wetgever moet geacht worden niet met zijn eigen strafvorderlijk algemeen deel in conflict te hebben willen komen. Het is allemaal wat lastig, er is veel inleziingsvermogen voor nodig, om de inbreuken op het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel – die bij de internationalisering van de strafrechtspleging onontkoombaar zijn – in lijn te houden met de territoriale beperkingen van het legaliteitsbeginsel. Daarom ware in overweging te nemen dat deel te herijken wanneer het toch moet komen tot een algehele modernisering van het wetboek.

### **3. Het strafrechtelijk beginsel**

#### **3.1. Als waarborgnorm**

Artikel 2 Sr opent met het territorialiteitsbeginsel. De Nederlandse strafwet is toepasselijk op ieder die zich in Nederland aan enig strafbaar feit schuldig maakt. Voor de staatscommissie-de Wal die het oorspronkelijk regeringsontwerp van een wetboek van strafrecht componeerde in de periode 1870-1876 had dit rechtsmachtbeginsel de kracht van een primaire evidentie. De staatscommissie wilde komen met een typisch nationaal wetboek. Ze wilde Nederland ontworstelen aan het Franse rechtssysteem dat Napoleon in zijn gloriejaren op het West-Europese continent had geplant. Ze volgde zoveel mogelijk het algemeen deel van het wetboek van de Noord-Duitse bond, dat na de uitroeping van het Duitse Keizerrijk werd omgezet in het Reichsstrafgesetzbuch. Ook dat ging uit van het territorialiteitsbeginsel, in vergelijkbare formulering. Bismarck, de eerste Rijkskanselier, beviel dat niet best. Hij had de voorkeur voor het primaat van het personaliteitsbeginsel in de

actieve en passieve varianten. Dat beginsel ging uit van een wederkerige “Treupflicht” van de Duitse onderdaan en het rijk. De Duitser moest overal ter wereld gehoorzamen aan de belangrijkste Duitse rechtsnormen. De belangrijkste waren voorzien van strafbedreiging van staatswege: de “leges perfectae”. De Duitser mocht ze juist in het buitenland niet veronachtzamen. Keerde hij terug in Duitsland dan moest dat hem kunnen straffen. Omgekeerd: het rijk moest overal ter wereld de Duitser beschermen. De Duitser was altijd een drager van de Duitse staatshoogheid. Vandaar dat de Duitse strafwet toepasselijk moest zijn op delicten in het buitenland voltrokken aan een Duitser als slachtoffer: dat vergde dus een rechtsmachtclaim via het passieve personaliteitsbeginsel. Duitsland had in deze periode interesse in kolonisatie van kuststroken in zuidwestelijk Afrika en in China, vooral het gebied rondom Shandong. En verder claimde het atoleilandjes in de Stille Zuidzee. Als mogelijke bunkerbases. Na 1885 zette het deze claims om in klinkende munt. Daarbij kon het passief personaliteitsbeginsel goede diensten bewijzen. Daarom kende Duitsland een ruimere toepassing van de personaliteit dan Nederland. Dat had, als zwakke koloniale mogendheid, geen zin om terecht te komen in positieve jurisdictieconflicten met Frankrijk, Duitsland en Groot-Brittannië. Die waren het onvermijdelijk gevolg van deze personaliteitsclaims. Deze mogendheden gingen die beslist niet uit de weg. Opvallend is, dat zij aannamen dat hun nationalen er recht op hadden, dat hun nationaliteitsstaten deze claims effectueerden. Zowel die, gegrond op het territorialiteitsbeginsel als wel die, gebaseerd op het personaliteitsbeginsel. De Brit kon van zijn vaderland eisen dat hij berechting naar Brits recht verkreeg, ook al bedreef hij zijn feit in Tokio. De Kroon moest hem dat borgen. Hij kon daarvoor een verzoekschrift indienen bij “Her Most Britannic Majesty”. Deze sloot daartoe ook consulaire capitulaties met de territorialiteitsstaat. Die onttrokken de Brit aan de rechtsmacht van die staat. De andere westerse mogendheden deden het ook. De commissie-de Wal heeft uitdrukkelijk besloten dat de rechtsmachtbeginselen van de artikelen 2-7 Sr die waarborgende strekking nooit mochten hebben. Niet uit principe, maar omdat Nederland eigenlijk nooit voldoende doorzettingsmacht had om zulk een claim inderdaad af te dwingen bij de territorialiteitsstaat. Bij de Bokseropstand in de periode 1898-1902 in China is dat ook wel gebleken. Konden Duitsers via de nationale jurisdictiebeginselen het rijk dwingen tot strafvorderlijke actie over te gaan,

Nederland keek wel uit. Het had het actief personaliteitsbeginsel wel aanvaard als uitzondering op het territorialiteitsbeginsel, maar eigenlijk alleen als instructienorm voor het Openbaar Ministerie. Nooit als waarborg voor de vervolging. En dat is nog zo. Ook nu art. 5 Sr het passief personaliteitsbeginsel een vrij ruimhartige plaats toekent. Het Openbaar Ministerie krijgt daardoor ruimere armslag voor extraterritoriale jurisdictie – in de MH-17 casus wordt immers rechtsmacht geclaimd omdat 193 passagiers van het toestel van Malaysia Airlines-vlucht 17 het Nederlanderschap genoten – maar door die inlas van dat passieve beginsel krijgt het geen bijzondere vervolgingsverplichting ten behoeve van deze inzittenden en nagelaten betrekkingen. Dat is in staten, die aan het personaliteitsbeginsel het primaat toekennen bij de inrichting van hun nationale strafmachtsclaim vaak anders. In Duitsland heeft het personaliteitsbeginsel in de Hitler-jaren het primaat gekregen. In 1940 werden de rechtsmachtprincipes omgedraaid. Maar sedert 1 januari 1975 heeft Duitsland zich weer aangesloten bij de rangorde die aan het territorialiteitsbeginsel het primaat toekent, zonder dat zulks een waarborgfunctie heeft. Binnen de Unie is dat het geijkte uitgangspunt. Het vermindert het aantal jurisdictieconflicten. Daardoor neemt de rechtshulpbereidheid van de lidstaten onderling toe.

### **3.2. De positieve werking**

De positieve werking van het materieelrechtelijke beginsel komt erop neer dat iemand die in Nederland een strafbaar feit begaat in beginsel moet rekenen met toepasselijkheid van Nederlands strafrecht. Maar dat waarborgt hem niet, dat buitenlands strafrecht niet toepasselijk kan zijn. Ook buitenlands strafrecht, dat iets met straf bedreigt wat in Nederland helemaal niet strafbaar is en waarvan de Nederlandse staat de strafbaarheid ook uitdrukkelijk afgewezen heeft. Wel mag de dader er op rekenen dat zulk buitenlands strafrecht dan niet in Nederland met “penal enforcement power”, met strafvorderlijke doorzettingsmacht, afgedwongen wordt. Dat moet de overheid beletten. Dat volgt echter niet uit het materieelrechtelijk beginsel, maar uit het strafvorderlijk territorialiteitsbeginsel. Staten, die een theocratische staatsstructuur huldigen, kunnen een departement voor eredienst en religieuze zaken er op na houden. In Nederland willen wij dat soort instituties niet meer sedert 1868. Wij achten dat strijdig met de beoogde scheiding tussen kerk en

staat, om het simpel uit te drukken. Er zijn echter veel staten die zulke scheiding niet accepteren. Die kennen vaak aan hun departementshoofden strafbaarstellingsbevoegdheden toe met betrekking tot de orthodoxie van de te belijden en te onderrichten leer, de inrichting van de eredienst en zelfs de belijdenis en de onderhouding van de kerkelijke tucht van diegene die een variant van het “nationale geloof” voorgeeft uit te oefenen. Het departement kan zelfs een vergunningssysteem hanteren dat extraterritoriale werking heeft. Vergunningen, volgens welke bedienaren van het geloof moeten handelen bij het verrichten van hun ambtsbezigheden. Het niet nakomen van de vergunningsvoorwaarden kan strafbaar zijn – in Nederland. Die strafbaarheid kan alleen niet hier te lande afgedwongen worden, tenzij Nederland het uitdrukkelijk toestaat. Zo’n “permissive rule” heeft Nederland, bij mijn weten nog nooit afgegeven, hoewel men zal moeten erkennen dat bepaald gemeentelijk gedoogbeleid in dit opzicht aardig die richting uit zou kunnen gaan. Voelt men zich hierdoor onaangenaam getroffen, dan bedenke men wel dat dit de consequentie van de uiteengezette Lotus-doctrine is. De positieve werking van het materieelrechtelijk territorialiteitsbeginsel is dus, vergeleken met die van de strafvorderlijke variant, niet echt aanmerkelijk. Dat ligt in de lijn van de geschiedenis van de totstandkoming van de klassieke rechtsmachtbeginselen: zij zijn opgesteld in het belang van de staten en hun onderlinge verkeer, niet zozeer in het belang van de individuele justitiabele. Artikel 2 Sr waarborgt de justitiabele zeker niet, dat hij voor feiten in Nederland nooit te maken kan krijgen met buitenlands strafrecht. Voor zo’n waarborgfunctie zou, in een multiculturele samenleving met veel manifeste levensbeschouwelijke denominaties, bepaald wel iets te zeggen zijn. Het wekt verbazing dat niet echt overwogen is ooit deze waarborgende strekking van het beginsel op te nemen in een verdrag waarin grondrechtencatalogi verwoord zijn. De ingezetene, die uitreist naar een staat waarin de religieuze ideologie is doorgedrongen in het staatsapparaat, kan derhalve met van alles rekening houden wanneer hij in Nederland een opstelling heeft ingenomen die door anderen van religieuze dimensies is voorzien. Door anderen. De ingezetene hoeft het zelf niet eens bevroed te hebben.

### **3.3. De negatieve werking**

Wat hééft de justitiabele eigenlijk aan de negatieve werking van het materiële territorialiteitsbeginsel? Borgt het hem dat hij, in Nederland een feit begaande, dat in het buitenland wel eens strafbaar zou kunnen zijn, gevrijwaard blijft van strafrechtelijke aansprakelijkheid? Kan hij daarop de Nederlandse overheid aanspreken, als die aansprakelijkheid bij uitreis of anderszins opdoemt? Men bedenke, dat in het buitenland alvast wel degelijk sancties ten nadele van de vervolgte die nog in Nederland zit, kunnen worden getroffen en, wat meer is, ten laste van zijn familie. De idee van “Sibbenhaft” is beslist nog niet losgelaten, mondiaal bekeken, wel in tegendeel. Toch brengt de Lotus-doctrine de justitiabele in dit opzicht bepaald geen soelaas. De buitenlandse staat kan zijn materiële strafmacht uitbreiden over Nederlandse feiten, tenzij het volkenrecht dit verbiedt. Als er een “prohibitive rule” bestaat, een verbodsnorm die de strafmachtsaanmatiging uitdrukkelijk aanwijst als strijdig met de dwingende beginselen van het stellig volkenrecht, ligt het anders. Het zou kunnen zijn, dat de strafmachtsclaim direct strijdig is met de interne “orde public” van de territorialiteitsstaat. Als ze betrekking heeft op een theologisch dogma of een ideologisch uitgangspunt van de claimende staat kan dat het geval zijn. De ervaring leert dat bepaalde staten in dit opzicht bijzonder lange tenen kunnen hebben. Maar wat dan nog? De vervolgte kan er niet mee naar de Nederlandse rechter. Die kan de claim niet verbieden als onrechtmatige overheidsdaad. Hij zou zich, dusdoende, zelf bezondigen aan excessieve rechtsmachtsaanmatiging, want zijn verbod zou onverenigbaar zijn met het beginsel van de gelijkheid van de staten, de “equality of states”. Het Gerechtshof van de VN zou hier een taak kunnen hebben. Dan moet de claimende staat bereid zijn de rechtsmacht van dat hof te erkennen in die casus. En dat kun je zo goed als uitsluiten. Die claim vloeit rechtstreeks voort uit de opvatting die de betrokken staat heeft over de eigen interne soevereiniteit.

#### **4. Het beginsel als grondslag voor de natie-staat**

Het strafvorderlijk territorialiteitsbeginsel is een normatief rechtsbeginsel. De materiële variant niet. Dat is een frequentie die de staten in hun onderling verkeer ontwikkelden, die een zeker verwachtingspatroon schiep, dat begunstigend is voor de doorontwikkeling van het interstatelijk rechtshulpverkeer. Staten betuigen elkaar niet graag rechtshulp, die

aangewend wordt voor strafvordering die ingrijpt op de interne soevereiniteit van de aangezochte staat. Nederland zal niet graag uitleveren voor een feit, dat overduidelijk afgedekt wordt door het primaat van het Nederlandse territorialiteitsbeginsel. De uitleveringsrechter zal dan, in zo'n geval, moeilijkheden vinden bij de reconstructie van de wederkerigheid van strafbaarheid of aanvullende vragen hebben over de rechtsmachtsgrondslag van de verzoekende staat. De rechter kan altijd wel wat vinden. Zelfs bij overlevering in EU-verband. De uitwerking van genoemd primaat is dan verscholen: de rechter zegt het niet, maar eigenlijk wil hij niet meewerken aan een strafzaak die dat primaat ten gunste van Nederland miskent. In zoverre "werkt" dat primaat dus wel. Ook als binnen dat primaat de opportuniteitsafweging ex artikel 167 Sv. mee zou brengen dat niet vervolgd zou worden. Die werking is er in commune strafzaken vaker niet dan wel. Internationalisten vinden het onbeperkt passief personaliteitsbeginsel een uitgesproken zwak principe om een rechtsmachtclaim te rechtvaardigen. Verboden is het niet – daar hebben we de Lotus-leer weer – maar de dader wist doorgaans echt niets van de nationaliteit van het slachtoffer. Hij wordt dus met de claim overvallen door voor hem onkenbare strafbaarheidsnormen. Dat wordt doorgaans gezien als onverenigbaar het algemeen aanvaarde schuldbeginnsel: geen straf zonder schuld. De dader moet het bereik van de buitenlandse strafmachtskring hebben kunnen kennen.

Het beginsel is echt negentiende-eeuws, toen zich de territoriaal bepaalde natie-staat op het westelijk halfrond begon te manifesteren. België was de eerste die als zodanig te Londen in 1831 uitgevonden werd. Deze staat der Belgen woog dan ook de prioriteitsvolgorden van de strafmachtsbeginselen in de eerste strafwetten af. Zijn stichters liepen kans als opgeëiste personen aangemerkt te worden door de garanten van het Verdrag van Wenen van 1815. Daarbij was het ondeelbare amalgaam van het Vereenigd Koninkrijk der Nederlanden wederkerig gegarandeerd. Daarop hadden de Belgische politici die het Nationale Congres bijeenriepen ingebroken. Dat maakte hen tot politieke delinquenten, zeker in de ogen van Pruisen, Oostenrijk en Rusland, die van deze revolutionaire flauwekul niets moesten hebben. Maar de feiten waren onmiskenbaar in Brussel begaan. Daarom was er deze stichters veel aan gelegen het territorialiteitsbeginsel tot universele waarborgnorm te verheffen, evenals de weigeringsgrond voor uitlevering ter zake van politieke delicten. Die

kreeg dan ook in de grondwetsteksten ruime aandacht. De Belgen zetten daarmee een bepaalde ontwikkeling in gang, die afgestopt werd bij de uitroeping van het Duitse Keizerrijk. Bismarck kon zich niet verenigen met die weigeringsgrond en evenmin met de als waarborgnorm op te vatten varianten van het territorialiteitsbeginsel. De kanselier had te vaak van doen met in het buitenland samenzwerende vijanden van zijn rijk. Paranoïa was de IJzeren Kanselier niet vreemd. Hij zag ze overal, die vijanden. Niet in het minst onder de katholieken, het jodendom en de marxisten. En of ze hun feiten slechts bedreven in het buitenland, fysiek bekeken, kon hem niet bommen. Hij startte derhalve de mogelijkheden om op basis van het personaliteitsbeginsel de Duitse rechtsmacht uit te breiden, reeds omdat de Duitse nationaliteit voorlopig een nieuwigheid was. Voor 1870 bestond deze hoedanigheid niet. En wat een "Duitsers" was moest nog juridisch gedefinieerd worden. Voorlopig was het "Deutschtum" een kunstmatigheid, waarvoor de feitelijke grondslag nog gevonden moest worden. Er was dus ruimte voor manipulatie.

De ruimte bestaat uiteraard in onze huidige tijden temeer, omdat de nationaliteitstoekenning eigenlijk een volledige juridische kunstgreep is geworden, waarbij de sociale assimilatie, de feitelijke verblijfplaats en de taligheid nauwelijks een rol spelen, de inspanningen van overheidswege voor inburgeringscursussen ten spijt. Daarom moet het verbazing wekken, dat het personaliteitsbeginsel in zijn verschillende varianten duidelijk in opmars is, binnen de nationale wetgevingen. En dat terwijl de ideologie van de natiestaat – zoals in de negentiende eeuw ontwikkeld – in ieder geval officieel op haar retour schijnt te zijn. Polypatriditeit – het hebben van meerdere nationaliteiten -- komt steeds meer voor, reeds omdat oorspronkelijk allochtonen zich niet kunnen ontdoen van de originele nationaliteit van de staat waaruit zij, het zij primair hetzij secundair, herkomstig zijn. De "Treupflicht"-gedachte die Bismarck zo koesterde, wordt nu tot uitgangspunt genomen door staten die in Bismarcks dagen ressorteerden onder het immense Ottomaanse rijk. Daar weten we het van. Bij sommige Aziatische staten moeten we er eigenlijk naar gissen. Die achterliggende gedachte is bezwaarlijk verenigbaar met het ideologisch commune dat de gemeenschappelijke rechtsruimte van de EU deed ontstaan. Die ideologie was onmiskenbaar dat de Europeër zich moest bekennen tot een gemeenschappelijk, bovennationale, westerse cultuur.

## 5. Epiloog

Binnen de EU zullen de modaliteiten van het territorialiteitsbeginsel sterk gerelativeerd moeten worden, wil het tot adequate internationale criminaliteitsbestrijding komen. Aan de wederzijdse opsporingsambtenaren worden al verdergaande strafvorderlijke bevoegdheden toegekend, zeker bij voorgezette achtervolging na betrapping op heterdaad. Die kant moet het ook echt op. Het strafvorderlijk territorialiteitsbeginsel zal voor misdrijven die naar hun aard grensoverschrijdend effectief zijn, uiteindelijk geheel losgelaten moeten worden.

Voorlopig zullen dat de feiten zijn met een sterk intellectueel en geïntellectualiseerd daderschaps- en gedragingsbegrip, zoals bij ICT-gerelateerde delicten. De verboden gedragingen zijn niet “spierkrachtelijk”. De dader toetst op zijn ramplank letter- cijfer- en symboolcombinaties in en krijgt daardoor toegang tot bestanden elders die hij al of niet verontreinigt en verandert. Het aaneenrijgen van de informatiedragers, codes en gegevensdragers met gelijktijdige wederrechtelijke toegangsverschaffing tot de bestandscombinaties is de verboden daad. Die neerkomt op verduistering, diefstal of wederrechtelijk binnendringen van computerbestanden. De plaats waar de dader dat doet is zo goed als irrelevant. Dat leidt tot een sterke relativering van het territorialiteitsbeginsel, zoals het volkerenrecht dat toch, ook heden ten dage, nog verstaat. De vraag is of dat beginsel niet opnieuw gedefinieerd moet worden. En of het wellicht losgelaten moet worden bij de afbakening van de exclusieve rechtsmachtssferen van de verschillende staten. Is de staat eigenlijk nog wel een statische primair territoriaal georganiseerde rechtsorganisatie, zoals in de negentiende eeuw als vanzelfsprekend werd aangenomen? De Verenigde Naties in New York zullen zich deze kwestie geducht aan moeten trekken.

Tegelijkertijd ware het aan te bevelen dat de lidstaten zich herbezinnen op de borgende betekenis van de negatieve werking van het materiële territorialiteitsbeginsel. Ik bepleit toch echt dat de lidstaten heroverwegen of die werking geen plaats behoort te hebben in een Europese Verordening. Derde landen die zich middels een verholen vergunningstelsel onder strafbedreiging kunnen bezighouden met toelatingen voor religieuze bijeenkomsten, politieke partijvorming en ideologische jeugdzorg binnen het

gemeenschappelijk rechtsgebied van de EU zouden in dit opzicht moeten stuiten op een gemeenschappelijk strafrechtelijk beleid. Dat zal zeker het geval zijn als het vergunningsstelsel straks omgezet wordt in een ontheffingenstelsel. Een ontwikkeling waarmee de Europese natiestaten niet konden rekenen.

Bij deze cursus horen uitgebreide bewegende powerpointpresentaties, die op deze site te vinden zijn onder de term “presentaties” in de werkbalk. Zie bijvoorbeeld de presentatie “TERRITORIALITEIT” op deze site. Deze powerpointvoorstellingen kunnen echter in de vorm waarop ze op deze site staan niet in beweging gebracht worden. De meeste ICT-poorten van de bezoekers, zeker bij I-pods, kunnen dat ook niet aan. Toch staan deze presentaties ter oriëntering op deze site, zodat de belangstellende een indruk kan krijgen van de problematiek via de illustraties en voorbeelden.