

Het MH17-proces: internationale straf

Prof. C.R.J.J. Rijken *

154



* Conny Rijken is hoogleraar Mensenhandel en Globalisering aan de Tilburg Law School van Tilburg University.

Inleiding

Op 5 juli 2017 werd bekendgemaakt dat Nederland de vervolging en berechting van de verdachten van het neerhalen van vlucht MH17 op 17 juli 2014, ter hand zou nemen. Op 19 juni 2019 kondigde de officier van justitie de vervolging aan van vier verdachten betrokken bij deze ramp. Op 9 maart 2020, bijna zes jaar na de ramp, ging het proces tegen deze vier verdachten van start.¹⁾ Het doel van het proces is driedelig: duidelijkheid verkrijgen over wat er is gebeurd (waarheidsvinding), bestraffen van degenen die verantwoordelijk zijn (berechting) en compensatie voor de slachtoffers (genoegdoening). Evenals het strafrechtelijk onderzoek voorafgaand aan het proces, zal het strafproces veel tijd in beslag nemen en gepaard gaan met uitdagingen en juridische en praktische obstakels. Tot 2023 is per jaar 9 miljoen euro gereserveerd om dit proces mogelijk te maken. Het proces is gekwalificeerd als een nationaal proces met een aantal internationale elementen. Het opsporingsonderzoek is in deze internationale context uitgevoerd met een centrale rol voor een *Joint Investigation Team*, het JIT. Daarnaast is een ver-

1. Dit artikel is een momentopname van de stand van zaken rondom het MH17-proces. Een tweede zittingsperiode vond plaats in juni 2020 en een derde startte op 31 augustus 2020 en werd voortgezet op 28 september 2020. Ontwikkelingen tot en met 31 augustus 2020 die voor deze bijdrage relevant zijn, zijn meegenomen in deze bijdrage. Voor de verdere planning van het proces zie; <https://www.courtmh17.com/zittingsdagen.html>

creativiteit in rechtelijke samenwerking

drag gesloten tussen Nederland en Oekraïne om berechting in Nederland mogelijk te maken. In deze bijdrage wordt een aantal bijzondere aspecten van en mogelijke obstakels in het proces besproken zonder daarbij volledig te willen zijn. Achtereenvolgens komen aan bod: de huidige stand van het proces, het verdrag tussen Oekraïne en Nederland, enkele vragen rondom het JIT en de positie van slachtoffers. Naast deze nationale strafprocedure lopen er nog tal van andere procedures in en buiten Nederland²⁾, maar die blijven in deze bijdrage buiten beschouwing.

Huidige stand van het proces

Degenen die ervan verdacht worden een leidende rol te hebben gehad bij de aanslag, staan nu terecht in Nederland. Het onderzoeksteam heeft ook nog andere mogelijke verdachten op het oog maar vooralsnog niet voldoende bewijs om hen aan te klagen. Het OM licht in zijn openingswoord toe wie nu niet worden aangeklaagd.³⁾ De zaken tegen de vier verdachten zijn tegelijkertijd gepresenteerd en worden in beginsel gelijktijdig behandeld maar niet gevoegd. De vier worden verdacht van het doen verongelukken van vlucht MH17 met de dood van de inzittenden van deze vlucht tot gevolg op grond van art. 168, aanhef en sub 2 Sr, en de moord op de 298 inzittenden van vlucht MH17 zoals strafbaar gesteld in art. 289 Sr. Volgens het JIT werd vlucht MH17 neergeschoten door een Buk-raket afkomstig van de 53ste luchtafweerbrigade in Koersk, Rusland.

De verdachten en de tenlastegelegde feiten

In het proces staan vier verdachten terecht: Igor Girkin, Sergey Dubinskiy, Oleg Pulatov en Leonid Kharchenko. Kharchenko is Oekraïner, de andere verdachten hebben de Russische nationaliteit. Tijdens de zittingen tot nu toe waren de verdachten niet aanwezig en liet alleen Pulatov zich verdedigen door een gevolmachtigd advocaat. Girkin woont momenteel in Moskou en was minister van Defensie van de door separatisten bezette gebieden in Oost-Oekraïne ten tijde van de ramp. Op 19 mei 2020 wordt bekend dat hij in een interview zou hebben gezegd dat hij indirect verantwoordelijk is voor het neerschieten van MH17.⁴⁾ Voor zover bekend verblijft Dubinskiy in het zuiden van Rusland vlakbij de Stad Rostov. Pulatov verblijft in de stad Oelja-

novsk. Op 15 mei 2020 meldt de BBC dat verdachte Kharchenko (ook wel Chartsjenko) op 11 maart 2020 is opgepakt door pro-Russische separatisten en gedetineerd in Donetsk in Oost-Oekraïne, om te voorkomen dat hij in handen valt van Oekraïne en mogelijk om zijn uitlevering te voorkomen.⁵⁾ Omdat Kharchenko de Oekraïense nationaliteit heeft en Oekraïne geen onderdanen uitlevert, kan hij door Oekraïne niet worden uitgeleverd aan Nederland, maar wel zou hij eventueel via een videoconferentie terecht kunnen staan (zie hierna).

Volgens het OM behoorden Girkin en Dubinskiy tot de top van militaire leiders van de Donetsk People's Republic (DPR), een pro-Russische rebelengroepering die de feitelijke macht heeft in Oost-Oekraïne. Pulatov en Kharchenko waren direct ondergeschikten van Dubinskiy. Het OM stelt dat de vier verdachten de Buk-raket waarmee MH17 is neergedaald, van Rusland verwierven voor hun eigen militaire operatie, namelijk het neerschieten van een luchtvoertuig. Volgens het OM bepaalden de vier verdachten waar de Buk-telar moest staan, hebben zij aangestuurd op het afschieten van de Buk-raket en regelden zij het transport van de Buk-telar terug naar Rusland.⁶⁾ In de voordracht van de zaak erkent het OM dat het mogelijk is geweest dat het niet de bedoeling was van de verdachten een burgervliegtuig neer te halen en dat ze in de veronderstelling waren dat het een Oekraïens militair vliegtuig was. Voor toepassing van het algemeen strafrecht speelt dit onderscheid geen grote rol, aldus het OM.⁷⁾ Het OM stelt dat verdachten het risico hebben genomen en daarmee de mogelijkheid hebben aanvaard dat een burgervliegtuig zou worden geraakt, zeker als het inderdaad zo is dat er geen aparte radarwagen was meegeleverd met de Buk-telar door Rusland en zij toch hebben geschoten, zoals gesteld in de media.⁸⁾ Het doet dan niet ter

- Oekraïne heeft Rusland gedaagd voor het IGH, Nederland en Australië hebben de Russische Federatie aansprakelijk gesteld, nabestaanden hebben procedures gestart tegen Rusland en Oekraïne voor het EHRM (Ayley e.a. t. Rusland 25714/16, en Angeline e.a. t. Rusland 56328/18 en Ioppa t. Oekraïne, 73776/14), de openbaar aanklager van het Internationaal Strafhof (ICC) heeft een voorlopig onderzoek uitgevoerd en voert nu een ontvankelijkheidsonderzoek uit. Op basis van het complementariteitsbeginsel is het ICC alleen bevoegd als betrokken staten zelf niet in staat of onwillig zijn om te vervolgen.
- <https://www.om.nl/onderwerpen/mh17-vliegcrash/vervolg-en-rechtszaak/openingswoord-9-maart-2020>
- Algemeen Dagblad, 19 mei 2020, 'MH17 hoofdverdachte Girkin: 'Ik ben indirect verantwoordelijk'.
- <https://www.bbc.com/russian/features-52650309>
- Een Buk-telar is een mobiele lanceerinstallatie voor het afvuren van buk-raketten en is normaliter onderdeel van een groter luchtverdedigingssysteem. Bij het neerhalen van de MH17 werd alleen de Buk-telar ingezet dus zonder o.a. een aparte radarwagen, aldus het artikel in De Groene Amsterdammer 4 maart 2020, 'Het MH17-proces. Vijf Noodlottige minuten'.
- Voor de kwalificatie van het misdrijf is dit onderscheid wel van belang, zie H. van der Wilt, Enkele overpeinzingen over MH17, *Delikt en Delinkwent*, 2020/6.
- Volkskrant 8 maart 2020, 'Het MH17-proces begint. Hoe werkt het, wie zijn de verdachten en wat is het bewijs?'



Dat sprake is van een verwisseling maakt de beoordeling van het opzet niet anders.



zake dat zij niet precies op de hoogte waren van de bestemming van het vliegtuig en wie de inzittenden waren. Het OM verwijst hierbij naar een uitspraak van de Hoge Raad inzake een zware mishandeling van een verkeerde persoon.⁹⁾ Daarnaast kan ook een analogie worden gemaakt naar wat in de volksmond de ‘vergiftiging’ is gaan heten en waarbij is gesteld dat ‘de omstandigheid dat er sprake is van een verwisseling maakt de beoordeling van het opzet evenwel niet anders. De rechtbank acht opzet op de dood bewezen.’¹⁰⁾ Zou het OM gekozen hebben voor vervolging voor schending van het oorlogsrecht middels de Wet Internationale Misdriften, dan zou dit een belangrijk gegeven zijn omdat het onderscheid tussen militaire doelen en burgerdoelen cruciaal is voor de toepasbaarheid van het oorlogsrecht.¹¹⁾ Van belang is dan of er voldoende inspanning is geleverd om een onderscheid te maken tussen een militair object en een civiel object. Willens en wetens (*knowingly and willingly*) een burgervliegtuig neerschieten, valt onder omstandigheden aan te merken als een oorlogsmisdrijf.¹²⁾ Helaas heeft het OM die weg nadrukkelijk niet willen bewandelen en in plaats daarvan heeft het gekozen voor vervolging binnen het algemeen strafrecht op grond van art. 168 en 289 Sr.¹³⁾

Voor het doen verongelukken van de MH17 is van belang dat het opzet als bestanddeel van 168 Sr ervan uitgaat dat de dader minst genomen wist dat er een reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid was dat een luchtvaartuig werd geraakt en deze mogelijkheid desalniettemin heeft geaccepteerd. Hoewel dit een lichtere feitelijke opzetgratie is dan het vereiste opzet in geval van een oorlogsmisdrijf (willens en wetens), dient deze bewuste handeling wel bewezen te worden.¹⁴⁾ Het OM had er voor alle zekerheid voor kunnen kiezen om de schuldvariant uit art. 169 Sr subsidiair ten laste te leggen vanwege de lichtere bewijslast. Een vergelijkbare hobbel moet genomen worden bij de toepassing van art. 289 Sr waar zowel het opzet als de voorbedachte rade bewezen moet worden. De tenlastelegging van het gekwalificeerde delict ‘moord’ betekent een impliciete tenlastelegging van het delict doodslag (art. 287 Sr), zodat een subsidiaire tenlastelegging van doodslag niet nodig is.¹⁵⁾

Het OM stelt voorts dat de verdediging zou kunnen aanvoeren dat de verdachten immuniteit genieten als strijdkrachten in de oorlog in het oosten van Oekraïne ten tijde van de aanslag. Omdat verdachten geen deel uitmaakten van een officiële strijdmacht, kunnen zij volgens het OM evenwel geen beroep doen op de immuniteit voor strijdkrachten onder het internationaal humanitair recht, daarmee doelend op de uitleg die in de zaak-Ahlbrecht¹⁶⁾ is gegeven aan combattantenimmuniteit en de verhouding tussen het internationaal humanitair recht en het algemeen strafrecht.¹⁷⁾ Tijdens de zittingsdagen in juni 2020 is het OM hier uitgebreid op in gegaan en is het tot de conclusie gekomen dat vanwege het ontbreken van een kenbare gezagsrelatie tussen de DPR en de Russische Federatie ener-

zijds en het ontbreken van een functionerend intern krijgstuuchtelijk systeem anderzijds, er geen sprake is van combattantenimmuniteit.¹⁸⁾ Het OM laat overigens in het midden of er sprake is van een internationaal of niet-internationaal gewapend conflict, terwijl deze vraag wel relevant is omdat combattantenimmuniteit alleen in een internationaal gewapend conflict kan gelden. Of er inderdaad geen sprake is van combattantenimmuniteit voor de leden van de DPR is dus een vraag die na een daartoe strekkend verweer of ambtshalve verder onderzocht zou moeten worden door de rechters.¹⁹⁾ Overigens geldt de immuniteit alleen voor oorlogshandelingen en het neerhalen van een burgervliegtuig valt daar niet onder.

Bedreigde getuigen

Vanwege de risico's op represailles en beschuldiging van verraad, wordt van tientallen getuigen, met name uit Rusland, de identiteit geheimgehouden. Aan dertien getuigen is door de rechter-commissaris op grond van art. 226a Sv de status van bedreigde getuige verleend. Tegen die beschikking is op 6 februari 2020 door de advocaten van Pulatov beroep ingesteld op grond van art. 226b Sv. De getuigen zijn sinds 2014 in beeld en verschillende malen door de rechter-commissaris gehoord. De raadkamer van de rechtbank in Den Haag heeft op 23 april 2020 verklaard dat de status van bedreigde getuige op juiste grond is verleend maar stelde bij een getuige een procedureel gebrek vast, namelijk dat Pulatov niet achteraf in de gelegenheid is gesteld gehoord te worden over de toekenning van de status.²⁰⁾ Gevolg is dat de rechter-commissaris ervoor dient te zorgen dat het proces-verbaal van verhoor van de getuige wordt vernietigd, en dat de vordering van de officier van justitie om getuige de status van bedreigde getuige te geven wordt afgewezen.

Het verdere verloop

Op 23 maart 2020 heeft de rechtbank besloten de zitting te hervatten op 8 juni 2020 om zodoende de advocaten van Pulatov voldoende tijd te geven zich in te lezen in het dossier om te kunnen reageren op de onderzoekswensen van het OM. Tijdens de zittingsdagen in juni zijn door het OM, de verdediging en het rechtsbijstandsteam (Rbt) van de nabestaanden verzoeken t.a.v. het onderzoek ingediend. De rechtbank heeft hierover op 3 juli beslist.²¹⁾ Op 31 augustus is het derde zittingsblok gestart dat op 28 september werd hervat.²²⁾

Bij de huidige stand van het proces vindt berechting bij verstek plaats van drie van de vier verdachten. Art. 280 Sv maakt een behandeling bij verstek mogelijk. Wel zijn hieraan voorwaarden verbonden zoals geformuleerd door het EHRM, namelijk dat de aangeklaagde het recht heeft deel te nemen aan de strafzaak (aanwezigheidsrecht), dat er sprake moet zijn van een eerlijk proces, het recht op verdediging en in geval van veroordeling het recht op een nieuw proces op het moment dat hem het absentia proces bekend is.²³⁾

9. Hoge Raad, 12-06-2018, ECLI:NL:HR:2018:895, NJ 2018/273.
10. Rechtbank Midden-Nederland, 27-3-2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1270.
11. M. de Hoon, 'Navigating the Legal Horizon: Lawyering the MH17 Disaster' (2017), 33 *Utrecht J Int'l & Eur L* 90.
12. Marieke de Hoon, 'Navigating the Legal Horizon: Lawyering the MH17 Disaster' (2017) 33 *Utrecht J Int'l & Eur L* 90 p. 96-98.
13. H. van der Wilt, Enkele overpeinzingen over MH17, *Delikt en Delinkwnt*, 2020/6.
14. H. van der Wilt, Enkele overpeinzingen over MH17, *Delikt en Delinkwnt*, 2020/6.
15. Hoge Raad, 19-10-1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1600.
16. Zie verwijzingen in Hoge Raad, 11-10-2016, ECLI:NL:PHR:2016:975.
17. Zoals meer recent uitgelegd in Hoge Raad, 4-4-2017, ECLI:NL:HR:2017:577, *RvdW* 2017, 461.
18. Zie uitgebreid de pleitnota van het OM, Toelichting OM, Onderzoek naar de verdachten, juni 2020.
19. De precieze invulling van de term 'combattant' is nog altijd onderwerp van discussie. Het gaat om de uitleg van art. 43 lid 2 van het Aanvullend Protocol I bij de Geneefse Conventies 1949.
20. Rechtbank Den Haag, 23-04-2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3699.
21. Rechtbank Den Haag, 3-7-2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6131.
22. <https://www.court.mh17.com/nieuws/2020/resume-van-de-dag-maandag-31-augustus-2020.html>
23. EHRM 12 februari 1985, NJ 1986/685, zaak Colozza t. Italië. G.J.M. Corstens, *Het Nederlands Strafrecht*, bewerkt door M.J. Borgers en T. Kooijmans, Wolters Kluwer, negende druk, 2018, p. 703-706.

Het Verdrag tussen Oekraïne en Nederland

Zoals gezegd, hebben Oekraïne en Nederland een verdrag gesloten om vervolging en berechting van de verdachten in Nederland mogelijk te maken. Het Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en Oekraïne inzake internationale juridische samenwerking met betrekking tot misdrijven die verband houden met het neerhalen van vlucht MH17 van Malaysia Airlines (hierna het Samenwerkingsverdrag)²⁴ is een aanvulling op bestaande internationale verdragen en biedt een kader voor samenwerking voor de vervolging, berechting en bestrafing van de verdachten voor het neerhalen van vlucht MH17.²⁵ De implementatie van het verdrag heeft plaatsgevonden middels de Wet vervolging en berechting in Nederland van strafbare feiten in verband met neerhalen Malaysia Airlines vlucht MH17 (hierna de Uitvoeringswet).²⁶

Rechtsmacht

Hoewel Nederland rechtsmacht heeft op basis van het passief nationaliteitsbeginsel neergelegd in art. 5 lid 1 Sr, van de 298 inzittenden hadden immers 196 inzittenden de Nederlandse nationaliteit, acht Nederland het van belang dat een strafzaak ook recht doet aan de slachtoffers en nabestaanden met een andere dan de Nederlandse nationaliteit. Het OM zocht daarom naar een andere grondslag voor jurisdictie. Daarnaast is de eis dat het om een misdrijf gaat waarop ten minste een maximale gevangenisstraf van acht jaar staat zoals vereist in art. 5 lid 1 Sr, een mogelijk obstakel voor jurisdictie op grond van het passief nationaliteitsbeginsel. Om elke onzekerheid over jurisdictie uit te sluiten, is gekozen om dit punt in het verdrag te regelen middels een rechtsbasis voor de overname van strafvervolging conform art. 8b lid 1 Sr.²⁷ Er is derhalve in ieder geval sprake van een afgeleide rechtsmacht en niet van (louter) originele rechtsmacht voor Nederland.

Nederland heeft Oekraïne op basis van het Samenwerkingsverdrag verzocht de strafvervolging over te dragen. Oekraïne heeft hieraan gevolg gegeven. Artikel 5 lid 1 Samenwerkingsverdrag biedt de grondslag voor het overdragen van strafvervolging en stelt daarmee art. 552y Sv, dat een weigeringsgrond bevat voor het overnemen van strafvervolging indien de verdachte geen vaste woon- of verblijfplaats in Nederland heeft, buiten werking.²⁸ Dit artikel is thans vervangen door art. 5.3.7 lid 2 Sv en bevat nu een facultatieve weigeringsgrond voor dergelijke situaties.

Niet uitleveren eigen onderdanen en videoconferentie

Een ander aspect uit het verdrag is het terechtaan per videoconferentie in artikel 8, waarvoor een wettelijke basis gecreëerd moest worden omdat dit binnen het huidige strafrecht niet mogelijk is. Videoconferentie werd noodza-

kelijk geacht omdat Oekraïne net als Rusland geen eigen onderdanen uitlevert. Om berechting toch mogelijk te maken, is in het samenwerkingsverdrag de mogelijkheid van videoconferentie opgenomen bij weigering van uitlevering. Dit is alleen mogelijk indien de verdachte daarmee instemt (art. 8 lid 2 Samenwerkingsverdrag) en geldt als een procedure op tegenspraak. In geval van deelname door de verdachte per videoconferentie of bij machtiging van een advocaat om hem te vertegenwoordigen, is het proces niet te kwalificeren als een verstekprocedure (art. 14 lid 2 onder b Samenwerkingsverdrag).

Hoewel Nederland meer in zijn algemeenheid in het verleden geen voorstander was van videoverhoor, en daarom voorbehouden heeft gemaakt bij twee internationale verdragen²⁹, acht het een videoverhoor in dit uitzonderlijke geval noodzakelijk en toelaatbaar. Inmiddels zijn ongeveer 20 jaar verstreken sinds de voorbehouden, heeft de digitalisering mede door de COVID-19 pandemie een grote vlucht genomen inclusief videoconferentie in de rechtszaal, en zal de rechtspraak mee moeten in deze ontwikkeling. Binnen het Europees strafrecht is het gebruik van videoconferentie vaker mogelijk gemaakt en terug te vinden in bijvoorbeeld het Europees onderzoeksbevel in strafzaken.³⁰ Deze mogelijkheden gaan echter nog niet zover dat er sprake is van *berechting* via videoconferentie, hetgeen bijvoorbeeld wel het geval is bij het Joegoslavië Tribunaal, het ICC en het Speciaal Tribunaal voor Libanon. Met betrekking tot videoverhoor heeft het EHRM nadere waarborgen gesteld voor een rechtmatige toepassing. Tot deze waarborgen behoren het beschikbaar stellen van betrouwbare en technisch hoogwaardige verbindingen en het creëren van de mogelijkheid voor de verdachte van toegang tot en vertrouwelijke communicatie met een raadsman.³¹ Op nationaal niveau zijn deze waarborgen uitgewerkt in het Besluit Videoconferentie dat tot eind maart toepassing van videoconferentie uitsloot onder andere in geval van een strafbaar feit waarbij een dode is gevallen en indien het slachtoffer gebruik maakt van het spreekrecht (art. 2 lid 1 van het besluit). De uitzonderingen in het Besluit Videoconferentie wijken af van het samenwerkingsverdrag en derhalve werd art. 2 lid 1 Besluit videoconferentie middels art. 4 lid 3 Uitvoeringswet buiten werking gesteld. Vooruitlopend op de aanpassing in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering van art. 131a Sv, en mede naar aanleiding van de COVID-19 uitbraak werd het Besluit Videoconferentie aangepast en zijn de categorale uitzonderingen geschrapt. Er dient nu per geval beoordeeld te worden of videoconferentie opportuun is³² zodat het besluit thans in lijn is met het Samenwerkingsverdrag. Daarnaast stelde de Raad van State in zijn advies bij het Samenwerkingsverdrag en de Uitvoeringswet dat videoconferentie van verdachten zich niet uitstreekte tot de fase van berechting. De Memorie van Toelichting stelt dat art. 131a Sv, dat een grondslag biedt voor het gebruik van videoconferentie in het Nederlandse strafprocesrecht, videoconferentie tijdens de fase



Nederland acht een videoverhoor in dit uitzonderlijke geval noodzakelijk en toelaatbaar.



24. Kamerstukken II, 2017-2018, 34915, Trb 2017, 102.
25. Met name Europees Verdrag aangaande de wederzijdse rechtshulp in strafzaken (1959) en de aanvullende protocollen, Europees verdrag betreffende de overdracht van strafvervolging (1972), Europees Verdrag betreffende uitlevering (1957), Europees verdrag inzake de internationale geldigheid van strafvonnissen (1970), Verdrag inzake overbrenging van gevangene personen (1983), .
26. Wet vervolging en berechting in Nederland van strafbare feiten in verband met neerhalen Malaysia Airlines vlucht MH17 op 17 juli 2014, hierna Uitvoeringswet, Stb. 2018, 263.
27. Kamerstukken II, 2017-2018, 34915, nr. 3, p. 2-3.
28. Kamerstukken II, 2017-2018, 34916, nr. 3, p. 9.
29. Namelijk bij het Tweede aanvullende Protocol bij het Europees Verdrag inzake wederzijdse rechtshulp in strafzaken (2001), EU Verdrag betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de EU (2000).
30. Richtlijn 2014/41/EU van 3 april 2014 betreffende het Europees onderzoeksbevel in strafzaken *OJ L 130, 1.5.2014*, p. 1-36, art. 24.
31. EHRM 5 oktober 2006, *Marcello Viola v. Italië*, § 67 en EHRM 2 november 2010, *Sakniovskiy v. Rusland*, § 98.
32. Besluit van 20 maart 2020 tot wijziging van het Besluit videoconferentie in verband met het schrappen van de categorale uitzonderingsituaties, Staatsblad 2020, 101, in werking getreden een dag na publicatie op 25 maart 2020.



Naast Nederlands straf(proces)recht kan ook sprake zijn van samenloop van jurisdicties.



van berechting mogelijk maakt.³³ In art. 4 lid 6 Uitvoeringswet is bepaald dat videoconferentie plaatsvindt conform Nederlands recht en ingevolge art. 5 kan de rechter besluiten gebruik te maken van de Engelse taal.

Aan de ratio achter de regel geen eigen onderdanen uit te leveren zoals ook is neergelegd in art. 6 Europees uitleveringsverdrag wordt door de mogelijkheid van terechtzitting per videoconferentie wel makkelijk voorbijgegaan. De vijf belangrijkste *rationales* van deze regel zijn dat een persoon niet van zijn 'natural judges' wordt weggehouden; dat een staat zijn onderdanen dient te beschermen; de onmogelijkheid om vertrouwen te hebben in het rechtssysteem van een ander land; en de nadelige effecten van het terechtstaan en eventueel ondergaan van opgelegde straf in een ander land.³⁴ De eerste rationale is in casu van toepassing. In het geval van MH17 dienen de rechters in Oekraïne in beginsel gezien te worden als de 'natural judges' en het niet uitleveren van onderdanen (Kharchenko in dit geval) is vanuit deze rationale dus gerechtvaardigd, ware het niet dat Oekraïne de strafvervolgning heeft overgedragen aan Nederland en terechtstaan van eigen onderdanen via videoconferentie mogelijk heeft gemaakt. De tweede, derde en vierde rationale gaan ervan uit dat bij terechtstaan in een ander land de verdachte blootgesteld wordt aan onbekende procedures en het risico dat deze inferieur zijn aan het eigen juridische systeem. Alhoewel terechtstaan in een vreemd land extra inspanningen meebrengt bijv. in de vorm van vertaling van processtukken, is van een risico dat het Nederlandse rechtssysteem inferieur zou zijn aan het Oekraïense rechtssysteem geen sprake. De vijfde rationale, de nadelige effecten van het eventueel ondergaan van een opgelegde straf in een ander land, is vanuit de gedachte van rehabilitatie als doel van het strafrecht meer begrijpelijk. Ondanks deze rationales achter de weigering eigen onderdanen uit te leveren, is nu via een u-bochtconstructie de mogelijkheid gecreëerd dat Oekraïense onderdanen terechtstaan in Nederland. Indien de bescherming van de onderdanen en rehabilitatie de ratio is achter deze grondwettelijke bepaling, dan wordt deze met dit verdrag opzijgezet. Niet is bekend in hoeverre hier rekening mee is gehouden bij de totstandkoming van het verdrag en of dit bij de implementatie van het verdrag in Oekraïne aanleiding is geweest voor debat.

Veroordeling in absentia

Op grond van art. 14 Samenwerkingsverdrag wordt een vonnis waartegen na kennisgeving aan de veroordeelde door hem geen hoger beroep is aangetekend, niet beschouwd als een verstekvonnis. De veroordeelde moet dan wel op een juiste manier in kennis zijn gesteld en een redelijke termijn zijn gegund voor het instellen van het hoger beroep.³⁵ Het verdrag noch de Uitvoeringswet bevatten concrete aanwijzingen op dit punt en dus gelden de algemene regels van art. 366 Sv en art 408 Sv. Een verstekvonnis waartegen de verdachte wel (tijdig) hoger beroep heeft

aangetekend wordt ook niet aangemerkt als een verstekvonnis (art. 14 Samenwerkingsverdrag). Het hoger beroep kan dan gezien worden als de uitoefening van het recht op een *fresh determination* in geval van verstek. Wel dient de informatie over de verstek berechting te geschieden 'in accordance with procedural and substantive requirements capable of guaranteeing the effective exercise of the accused's rights'.³⁶ Vage en informele kennisgeving is niet voldoende.³⁷ In zijn advies bij het wetsvoorstel ter implementatie van het Samenwerkingsverdrag stelde de Raad voor de Rechtspraak dat het niet aanmerken van een verstekvonnis als zodanig indien hoger beroep is ingesteld een afwijking van het gangbare is. Daarom vroeg de Raad zich af of het verstek gezuiverd kon worden in de zin van art. 280 lid 2 Sv.³⁸ De memorie van toelichting gaat hier niet op in, maar aangezien het proces volgens Nederlands strafprocesrecht plaatsvindt, zal ook art. 280 Sv onverkort van toepassing zijn. Daarin is bepaald dat het verstek vervalt indien tijdens de fase van het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg, de verdachte of diens verdediging zich alsnog meldt (lid 2). Het onderzoek wordt dan conform lid 3 van dit artikel opnieuw aangevangen voor zover de rechtbank bepaalt dat onderzoekshandelingen niet opnieuw zullen plaatsvinden.³⁹ Dit laat evenwel de vraag open of het niet aanmerken als een veroordeling in absentia van een verstekveroordeling indien hoger beroep tegen het verstekvonnis is aangetekend door veroordeelde (art. 14(2) c), of indien geen beroep is aangetekend indien de verdachte/veroordeelde daarvan in kennis is gesteld (art. 14(2)d), toelaatbaar is. Artikel 6 Uitvoeringswet stelt art. 54 en 55 van de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen buiten werking. Artikel 54 betreft verzet (tegen een verstek-uitspraak waarbij sprake is van oplegging van straf) binnen een bepaalde termijn nadat de uitspraak door de autoriteiten van die staat aan de verdachte is betekend. Op grond van art. 55 wordt degene die verzet heeft aangekend gedagvaard en bij verschijning volgt bekrachtiging van de verstek-uitspraak of wordt (gedeeltelijk) opnieuw recht gedaan. Het rechtsmiddel van verzet is in Nederland in 2006 afgeschaft, maar deze bepalingen zijn op grond van een verdragsverplichting gehandhaafd.⁴⁰ De wetgever acht het niet wenselijk de mogelijkheid van verzet hier toe te passen.

Samenloop jurisdicties

Als gezegd, is in beginsel Nederlands straf(proces)recht van toepassing op het proces maar er kan ook sprake zijn van een samenloop van jurisdicties. Bijvoorbeeld indien een getuige of deskundige tijdens het verhoor via videoconferentie weigert te verklaren of niet de waarheid spreekt, kan deze persoon zowel naar Oekraïens als naar Nederlands recht worden vervolgd, bijvoorbeeld voor meened.⁴¹ Art. 10 Samenwerkingsverdrag maakt het voor een Nederlandse raadsman mogelijk de verdachte die zich in Oekraïne bevindt bij te staan zonder

33. Kamerstukken II, 2017-2018, 34 916, nr. 3, p. 10.
34. Z. Deen-Racsmany, Modernizing the Nationality Exception: Is the Non-Extradition of Residents a Better Rule? *Nordic Journal of International law* (2006), 29-61, voor een meer historisch overzicht van het beginsel zie I. Shearer, Non Extradition of Nationals': A Review and a Proposal' 2 *The Adelaide Law Review* (1966), 294-297.
35. G.J.M. Corstens, *Het Nederlands Strafrecht*, bewerkt door M.J. Borgers en T. Kooijmans, Wolters Kluwer, negende druk, 2018, p. 1000-1002. Hoge Raad 21-04-2020, ECLI:NL:HR:2020:770 over verschoonbaarheid van niet tijdig ingesteld beroep door ontbreken van vertaling van mededeling van de uitspraak.
36. Vgl. onder meer EHRM 1 maart 2006, *Sejdovic v. Italië*, appl. no. 56581/00, NJ 2006/661 m.nt. Schalken, r.o. 99.
37. Parket Hoge Raad, 10-07-2018, ECLI:NL:PHR:2018:759, onderdeel 16.
38. Raad voor de Rechtspraak, Advies conceptwetsvoorstellen vervolging en berechting MH17, 23 november 2017, p.10.
39. G.J.M. Corstens, *Het Nederlands Strafrecht*, bewerkt door M.J. Borgers en T. Kooijmans, Wolters Kluwer, negende druk, 2018, p. 705-706.
40. Kamerstukken II, 2017-2018, 34916, nr. 3, p. 12.
41. Kamerstukken II, 2017-2018, 34915, nr 3 p. 13.

dat hij/zij geregistreerd is als advocaat in Oekraïne. Op grond van art. 13 Samenwerkingsverdrag kan Nederland verzoeken de veroordeelde bij een onherroepelijke veroordeling te detineren of andere maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat de veroordeelde op het grondgebied van Oekraïne blijft.

Tot slot bevat het Samenwerkingsverdrag bepalingen over de overdracht van de tenuitvoerlegging van de eventueel op te leggen straf. De tenuitvoerlegging geschiedt overeenkomstig Oekraïens recht, maar het rechtskarakter en de duur zijn in beginsel zoals in het vonnis vastgelegd. De tenuitvoerlegging in Nederland wordt met de overdracht opgeschort.

Het JIT

Het JIT bestaat uit vertegenwoordigers uit Nederland, Australië, België, Maleisië en Oekraïne met deelname van Eurojust. Alhoewel het JIT in augustus 2014 van start ging, werd Maleisië pas op 4 december 2014 volledig lid van het JIT omdat er nog een regeling getroffen diende te worden voor het feit dat in Maleisië de doodstraf bestaat.⁴²⁾ Het JIT wordt geleid door het Nederlands OM.⁴³⁾ Autoriteiten van Duitsland, Verenigde Staten, Italië, Canada, Nieuw Zeeland, Indonesië en Filipijnen zijn toegevoegd aan het JIT. Dit geeft aanleiding tot tenminste een twaalf vragen, namelijk, wat is de rechtsbasis van het JIT en ten tweede wat is de status en wat zijn de daaraan verbonden bevoegdheden van de verschillende deelnemers in het JIT?

Het lijkt geen twijfel dat internationale samenwerking essentieel is in een onderzoek naar de daders van de aanslag op vlucht MH17 vanwege de betrokkenheid van een groot aantal landen en actoren, en vanwege de aanhoudende conflictsituatie in het oosten van Oekraïne na de aanslag. Om deze samenwerking te faciliteren, vanwege concurrente jurisdictie en om bewijs veilig te stellen en toegankelijk te maken voor toekomstige procedures, werd gekozen voor een gezamenlijk strafrechtelijk onderzoek. Een JIT vergemakkelijkt de strafrechtelijke samenwerking omdat niet steeds een rechtshulpverzoek hoeft te worden ingediend voor opsporingshandelingen in de deelnemende landen. Opsporingshandelingen in verschillende landen kunnen onderling worden afgestemd en de strafrechtelijke informatie verzameld binnen een JIT kan gemakkelijker worden gedeeld.⁴⁴⁾

Als eerste de rechtsbasis van het JIT. De oprichtingsovereenkomst van het JIT werd getekend op 7 augustus 2014 en is ingesteld volgens het EU-model van een JIT⁴⁵⁾ vanwege de gedetailleerdheid van het juridisch kader van de EU-wetgeving zoals opgenomen in art. 13 van het EU-Verdrag inzake wederzijdse rechtshulp in strafzaken en art. 1 Kaderbesluit inzake gemeenschappelijke onderzoeksteams.⁴⁶⁾ De tekst van deze bepalingen is nagenoeg identiek en tevens

opgenomen in art. 20 van het tweede aanvullende protocol bij het Europees Verdrag inzake wederzijdse rechtshulp in strafzaken van de Raad van Europa uit 2001.⁴⁷⁾ Oekraïne heeft het protocol ondertekend en geratificeerd en daarmee kan het protocol dienen als rechtsbasis voor het JIT ten aanzien van Oekraïne. Ook art. 19 VN-Verdrag tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad (UNTOC) biedt de mogelijkheid om bij verdrag of overeenkomst een gezamenlijk onderzoek te starten of om een gezamenlijk onderzoeksorgaan (*investigative body*) op te zetten, dan wel op *ad hoc* basis een gezamenlijk onderzoek te starten. Art. 19 bevat geen gedetailleerde en concrete bepalingen over de wijze van instelling, de bevoegdheden van de deelnemers of bijvoorbeeld het doel van zo'n onderzoek of orgaan zoals het EU-model en art. 20 aanvullende protocol. Dus op basis van artikel 19 kan een gezamenlijk onderzoeksorgaan worden opgezet met landen buiten de EU en met landen die geen partij zijn bij het aanvullend protocol, mits er een juridische basis voor is in bijvoorbeeld een verdrag of overeenkomst. Overigens heeft Nederland dit beperkt in art. 5.2.1 lid 1 Sv tot een verdrag of het kaderbesluit. Voor het instellen van een JIT met Australië en Maleisië is dus een verdragsbasis nodig. Nog voor de oprichting van het JIT werd tussen Australië en Nederland een verdrag getekend dat het mogelijk maakte dat Australische overheidsautoriteiten zich ten behoeve van het MH17-onderzoek begeven op Nederlands grondgebied ter ondersteuning van en om bijstand te verlenen aan het onderzoek en de voorbereiding van de vervolging in het kader van het neerhalen van vlucht MH17.⁴⁸⁾ Waaruit die bijstand bestaat, dient in onderling overleg vastgesteld te zijn of te worden. Overheidsautoriteiten zijn bevoegd hun uniform te dragen en kunnen informatie uitwisselen conform toepasselijke bilaterale overeenkomsten of regelingen.⁴⁹⁾ De stationering van Australische autoriteiten moet worden gezien als een '*diplomatic mission*' (art. 5), de landen houden volledige zeggenschap over '*command and control*' van hun personeel, en er is geen expliciete basis voor concrete opsporingshandelingen. Zoals gezegd dienen die onderling vastgesteld te zijn of te worden. Het verdrag had aanvankelijk een looptijd van een jaar maar werd steeds verlengd. Het verdrag voorziet niet expliciet in een basis voor de oprichting van een JIT. Daarmee vormt het een wankel rechtsbasis voor een JIT. De JIT-oprichtingsovereenkomst kan duidelijkheid bieden over de gekozen rechtsbasis, maar de inhoud van deze JIT-overeenkomst is tot op heden niet openbaar gemaakt. De rechtsbasis voor een JIT met Maleisië blijft vooralsnog volledig in nevelen gehuld. De Europese instrumenten bieden hiervoor slechts een zeer beperkte basis⁵⁰⁾, art. 19 UNTOC vereist een verdrag of overeenkomst en volgens nationale wetgeving dient er sprake te zijn van een verdrag. Mogelijk dient art. 19 UNTOC als de verdragsrechtelijke rechtsbasis en de JIT-overeenkomst als de uitwerking daarvan. Ook daar zal de JIT-overeenkomst meer duidelijkheid over moeten geven tijdens het proces. Con-



Internationale samenwerking is essentieel in onderzoek naar de daders van de aanslag op vlucht MH17.



42. Kamerstukken II, 2014-2015, 33997, nr. 26, p. 7
43. Rebecchi, M. (2016). Joint investigation teams: reachable solution to catch unreachable criminals, *Queen Mary Law Journal*, 7(Special Conference Issue), 95-108.
44. C. Rijken, (2006). Joint Investigation Teams: principles, practice, and problems. Lessons learnt from the first efforts to establish a JIT. *Utrecht Law Review*, 2(2), pp. 99-118.
45. S. Ierino, J. Reid, & A. Sheehan, (2015). The International Law Framework Underpinning the Australian Government's Response to the Downing of MH17, *The Australian Year Book of International Law Online*, 33(1), 45-54.
46. EU Verdrag betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de EU, *OJ C 197*, 12.7.2000, p. 3-23, Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 inzake gemeenschappelijke onderzoeksteams *OJ L 162*, 20.6.2002, p. 1-3.
47. Tweede Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag aangaande de wederzijdse rechtshulp in strafzaken; Straatsburg, 8 november 2001, *Trb 2008*, 157.
48. Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en Australië inzake de aanwezigheid van Australisch overheidspersoneel in Nederland ten behoeve van de reactie op het neerhalen van vlucht MH17 van Malaysia Airlines; 1 augustus, *Trb 2014*, 142, artikel 1.
49. Respectievelijk art. 10 en art. 17.
50. Art. 1 lid 12 Kaderbesluit JITs en art. 13 lid 12 EU Verdrag betreffende wederzijdse rechtshulp biedt een beperkte mogelijkheid om andere personen dan vertegenwoordigers van de autoriteiten van de lidstaten deel te laten nemen aan een JIT.



Term 'slachtoffer' slaat op degenen die aan boord waren en zijn omgekomen, dus niet op de nabestaanden.



form het EU-model van een JIT dient een oprichtingsovereenkomst in ieder geval gegevens over de samenstelling van het onderzoeksteam, de opsporingsbevoegdheden van de deelnemers in het JIT, de duur, het doel en de plaats van vestiging van het team te bevatten. Ook zal uit de oprichtingsovereenkomst moeten blijken wat de rechtsbasis is voor de oprichting van het team. Het is daarmee dus een belangrijk document in het MH17-proces. Eerdere pogingen van de Tweede Kamer inzicht te krijgen in het oprichtingsdocument waren niet succesvol.⁵¹ De reactie van de verantwoordelijke bewindspersoon is steeds dat het aan het OM is welke informatie naar buiten komt en dat het opsporingsonderzoek wordt geschaad bij openbaarmaking van dergelijke stukken.

Dan de tweede vraag: de status van de deelnemers in het JIT. Uit de communicatie van het JIT-team blijkt dat alle landen (Australië, België, Maleisië, Nederland, Oekraïne) volwaardig lid van het JIT zijn.⁵² Dit is anders dan wat het kaderbesluit bepaalt. Onderscheid moet worden gemaakt tussen leden, gedetacheerde leden (leden afkomstig uit andere lidstaten of verdragsstaten dan de lidstaat waar het team optreedt) en vertegenwoordigers van derde landen en organisaties zoals Europol of Eurojust. Overweging 9 van het kaderbesluit stelt dat vertegenwoordigers van derde landen als participant aan een JIT kunnen worden toegevoegd, maar zij hebben niet dezelfde bevoegdheden als de leden of gedetacheerde leden.⁵³ Eurojust ondersteunt het JIT met onder meer 1) het bepalen van een juridische basis voor het JIT vanwege de betrokkenheid van derde landen 2) het verduidelijken van de rol van derdelanders als lid of deelnemer aan het JIT 3) het opstellen van de JIT overeenkomst, en 4) het definiëren van de ontvankelijkheid van deelnemende derde landen voor het krijgen van financiering via Eurojust.⁵⁴ Zolang de uitkomsten hiervan niet bekend zijn, dus zolang de oprichtingsovereenkomst niet publiek wordt gemaakt, zal een antwoord op bovenstaande vraag uitblijven.

Zoals gezegd, is een van de voordelen van het JIT de uitwisseling van informatie tussen de verschillende deelnemende landen zonder formaliteiten. De achterliggende gedachte is dat de deelnemende landen een vergelijkbaar rechtssysteem hebben op basis waarvan er vertrouwen is in elkaars systeem en handelen. Dit wil echter niet zeggen dat die informatie ook direct als bewijs in een strafrechtelijke procedure gebruikt kan worden. Dat is afhankelijk van nationale wetgeving. Stukken opgesteld door de autoriteiten van een ander land binnen een JIT van ambtshandelingen betreffende opsporing en vervolging, hebben dezelfde bewijskracht als waren ze opgesteld door Nederlandse ambtenaren, maar deze kan niet uitgaan boven de bewijskracht die deze stukken hebben in het land waar ze zijn verzameld.⁵⁵ Voorts bepaalt art. 5.2.4 Sv dat stukken, voorwerpen en gegevens in Nederland vergaard binnen een JIT niet gevestigd in Nederland direct ter beschikking kunnen worden gesteld aan het JIT. Art. 5.2.5 Sv regelt de rechtstreekse doorgeleiding

van telecommunicatie waaronder het aftappen van telefoongesprekken.

Het JIT heeft al die jaren niet stilgezeten; het heeft gesproken met ongeveer 200 getuigen, overblijfselen van het wapen geanalyseerd en de route van de Buk-raket gereconstrueerd. Het deed meerdere oproepen via sociale media om foto's en video's toe te sturen en zich te melden indien men over relevante informatie beschikte. Het heeft beperkt inzicht gekregen in Amerikaanse radarbeelden van het luchtruim en telefoongesprekken getapt.⁵⁶ In de loop van het proces zal deze informatie naar voren worden gebracht om de waarheid boven tafel te krijgen. Daarbij zal, indien dienaangaande verweer wordt gevoerd, de rechter kijken of binnen het JIT de juiste regels zijn gevolgd met name bij de oprichting van het JIT en daar waar het gaat om de bevoegdheden van de leden en gedetacheerde leden en eventuele participanten. Resultaten van onbevoegd uitgevoerde opsporingshandelingen kunnen niet als bewijs dienen.

Slachtoffers MH17

Opvallend is dat de OvJ en de advocaten van de nabestaanden het woord slachtoffer niet gebruiken voor de nabestaanden, maar reserveren voor degenen die aan boord waren en zijn omgekomen tijdens de ramp, om de primaire slachtoffers te onderscheiden van de andere slachtoffers. Strikt genomen is dit niet in lijn met de definitie van 'slachtoffer' in EU- en internationaal recht. Volgens de slachtofferrichtlijn van de EU dienen ook als slachtoffer te worden aangemerkt 'familieleden van een persoon wiens overlijden rechtstreeks veroorzaakt is door een strafbaar feit en die schade hebben geleden als gevolg van het overlijden van die persoon'.⁵⁷ Tot de familieleden behoren de echtgenoot of vaste partner met wie een duurzame huishouding wordt gevoerd, ouders, kinderen, broers en zussen en personen die van het overleden slachtoffer afhankelijk zijn. Hiermee wordt de groep slachtoffers dus aanzienlijk uitgebreid. Artikel 51a lid 1 sub b jo. art. 51a lid 1 sub a onder 2 gaat nog een stap verder door ook bloedverwanten tot de vierde graad als nabestaande en daarmee als slachtoffer aan te merken. Deze grote groep slachtoffers geeft een behoorlijke druk op het strafproces. Slachtoffers hebben de rechten die zijn neergelegd in richtlijn 2012/29/EU en daarmee o.a. recht op bijstand door een tolk,⁵⁸ recht op informatie over de zaak⁵⁹ en vertaling van informatie die essentieel is om rechten uit te oefenen.⁶⁰ Voorts komen zij in aanmerking voor kosteloze gefinancierde rechtsbijstand op grond van art. 44 lid 4 Wet op de Rechtsbijstand. Een complicerende factor is dat niet alle slachtoffers zich in Nederland bevinden en er dus een extra inspanning verricht moet worden hen op de hoogte te houden van het strafproces en hen te informeren over hun rechten. Dit is primair de taak van het OM (artikel 51a lid 3 Sv) die daarbij wordt geholpen door slachtofferhulp Nederland.⁶¹ In de mogelijk-

51. Kamerstukken II, 2014-2015, 33997, nr. 27, p. 37, bijlage bij nr. 25, p. 2-3.
52. Zie bijvoorbeeld: <https://www.om.nl/onderwerpen/mh17-vliegcrash/strafrechtelijk-onderzoek-mh17-jit>
53. Art. 13(12) EU Rechtshulpverdrag, Art. 20(12) Tweede aanvullend protocol, art. 1(12) kaderbesluit JIT.
54. Eurojust Annual Report 2014, <http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust%20Annual%20Reports/Annual%20Report%202014/Annual-Report-2014-NL.pdf>.
55. Art. 5.2.3. Sv Wet van 7 juni 2017 tot wijziging van het wetboek van Strafvordering en enkele andere wetten met het oog op het moderniseren van de regeling van internationale samenwerking in Strafvordering, *Staatsblad* 2017, 246, in werking getreden 1 juli 2018.
56. Volkskrant 8 maart 2020 'Het MH17-proces begint. Hoe werkt het, wie zijn de verdachten en wat is het bewijs?'.
57. Artikel 2 lid 1 a ii Richtlijn 2012/29/EU van 25 oktober 2012 tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten, OJ L 315, 14.11.2012, p. 57-73 (hierna richtlijn 2012/29/EU) geïmplementeerd in art. 51a lid 1 sub a onder 1 en 2 en sub b Sv.
58. Artikel 3 Richtlijn 2012/29/EU j° artikel 51c Sv.
59. Artikel 6 Richtlijn 2012/29/EU j° artikel 51ac Sv.
60. Artikel 7(3) Richtlijn 2012/20/EU j° artikel 51b Sv.
61. V. Jammers, Slachtofferhulp na de ramp met MH17, VR 2015/76. Zie ook artikel 2 en 3 Besluit slachtoffers van strafbare feiten en <https://www.slachtofferhulp.nl/nieuws/2020/slachtofferhulp-nederland-intensief-betrokken-bij-proces-mh17/>

heid de berechting te volgen is nu voorzien middels streaming van het proces. Om dit alles in goede banen te leiden worden de slachtoffers bijgestaan door een team van negen advocaten, het rechtsbijstandsteam. Een deel van hen heeft slachtoffers ook bijgestaan met de schadeclaims tegen Malaysia Airlines, en voert namens een groep van 400 slachtoffers een procedure bij het EHRM waarin Rusland aansprakelijk wordt gesteld voor de aanslag.

Voeging en schadevergoeding

Op 31 augustus 2020 is het proces hervat en is gesproken over de vorderingen van nabestaanden tot schadevergoeding.⁶² Vooral nog gaat de rechtbank ervan uit dat zij bevoegd is te oordelen over dergelijke vorderingen en dat op basis van Verordening (EG) 864/2007 (Rome II), Oekraïens recht van toepassing is op de civiele vordering. Op grond van artikel 4 lid 1 Rome II is het recht van het land waar de schade zich voordoet van toepassing, tenzij verdachte en slachtoffer in eenzelfde ander land wonen ten tijde van de onrechtmatige daad (lid 2) of tenzij er een nauwere band is met een ander land (lid 3).⁶³ De rechtbank gaat er voornamelijk van uit dat dit niet het geval is en heeft tijdens de zitting van 31 augustus aangegeven de redenering van het rechtsbijstandsteam dat de nabestaanden bijstaat te volgen. De rechtbank sluit daarmee aan bij een aantal recente strafzaken geweest in Nederland voor in het buitenland gepleegde misdrijven. De civiele vorderingen in die strafzaken werden ook beoordeeld op basis van buitenlands recht, in dat geval Rwandees en Ethiopisch recht.⁶⁴ Het gaat hier dus om de voeging van een civiele vordering binnen de strafprocedure. Degene die rechtstreeks schade heeft geleden door een strafbaar feit, diens erfgenamen en personen bedoeld in art. 6:108 eerste en tweede lid BW, kunnen zich voegen in een strafprocedure.⁶⁵ Dus niet iedereen die als slachtoffer aangemerkt kan worden zoals hiervoor is uiteengezet kan zich voegen. Personen bedoeld in art. 6:108 BW zijn personen die schade lijden door het derven van levensonderhoud en de kosten van lijkbezorging.⁶⁶

Rechtsbijstand aan nabestaanden die zich als benadeelde partij willen voegen kan problemen opleveren, bijvoorbeeld wanneer zij worden bijgestaan door een niet-Nederlandse advocaat die wellicht onvoldoende kennis heeft van het Nederlandse recht. Dit kan worden ondervangen door toevoeging van advocaten die vorderingen kunnen bundelen. Middels de toevoeging van negen advocaten die het rechtsbijstandsteam vormen, lijkt hiervan gebruik te zijn gemaakt.

Op grond van art. 361 lid 3 Sv kan de civiele vordering in een strafprocedure niet-ontvankelijk worden verklaard indien de behandeling van de vordering van de benadeelde partij naar het oordeel van de rechtbank een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert. Een gang naar de Nederlandse civiele rechter zal geen uitkomst bieden omdat deze op grond van Rome II niet bevoegd zal zijn de vordering in behande-

ling te nemen. Bij de beoordeling of sprake is van een onevenredige belasting mag de toepasselijkheid van buitenlands recht op zichzelf niet leiden tot het oordeel dat de vordering als een onevenredige belasting van het strafproces aangemerkt dient te worden.⁶⁷ Een andere vraag die van belang is, is of de voorschotregeling neergelegd in art. 36f lid 7 Sr op basis waarvan de staat een schadevergoeding uitkeert indien de veroordeelde niet of niet volledig binnen acht maanden na het vonnis of arrest een opgelegde schadevergoedingsmaatregel heeft betaald, van toepassing is. Voornamelijk overwegen 316 nabestaanden een vordering tot schadevergoeding in te dienen waarvoor de rechtbank een termijn tot 1 februari 2021 heeft gesteld.

Het spreekrecht

Alle nabestaanden, ook die van niet-Nederlandse omgekomen slachtoffers, kunnen gebruik maken van het spreekrecht. Artikel 12 lid 2 van het Besluit slachtoffers van strafbare feiten biedt de mogelijkheid het slachtoffer te horen zonder dat het slachtoffer aanwezig is, bijvoorbeeld middels videoconferentie, wat zeker voor buitenlandse slachtoffers handig kan zijn. Niet-Nederlandse slachtoffers kunnen het spreekrecht uitoefenen in hun eigen taal maar bijvoorbeeld ook in het Engels en zowel via een videoverbinding als een opgenomen videoboodschap, ondanks dat de wet daarin niet expliciet voorziet.⁶⁸ Op deze wijze kan beter rekening worden gehouden met de behoeften van slachtoffers aangaande het spreekrecht omdat het spreekrecht niet door ieder slachtoffer als positief en leidend tot emotioneel herstel wordt ervaren. Indien geen rekening wordt gehouden met de individuele behoeften en omstandigheden, kan het leiden tot secundaire victimisatie.⁶⁹ Tot nu toe hebben 76 nabestaanden aangegeven gebruik te willen maken van hun spreekrecht in persoon, via een video-verbinding of vooraf opgenomen boodschap. Daarnaast hebben meer dan 100 nabestaanden aangegeven een schriftelijke verklaring te willen indienen.

Conclusie

Het strafproces tegen verdachten van het neerhalen van vlucht MH17 heeft lang op zich laten wachten maar ging dan toch van start in maart van dit jaar. Deze bijdrage legt een deel van de juridische hobbels die tot nu toe zijn genomen bloot. De creativiteit waarmee deze obstakels het hoofd is geboden, laat de vastberadenheid van het OM en de Nederlandse regering zien om de toezegging de waarheid te achterhalen en daders voor de rechter te brengen, gestand te doen. Deze bijdrage geeft ook een inzicht in een aantal juridische hobbels dat te verwachten is tijdens het strafproces. Het is afwachten of de rechters de getoonde creativiteit en vindingrijkheid van het OM en de regering kunnen waarderen. De beoordeling daarvan is aan de rechter.



Belangrijke vraag in het kader van schadevergoeding is of de voorschotregeling van toepassing is.



62. Zie uitgebreid Pleitnota Rechtsbijstandsteam, Beer Advocaten, 31 augustus 2020.
63. Kamerstukken II, 2018-2019, 33997, nr. 130, p. 3.
64. Gerechtshof Den Haag, 7 juli 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR0686, r.o. 24.1; Rechtbank Den Haag, 15 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14782, r.o. 21.3.
65. Artikel 51f en 51g Sv.
66. Kamerstukken II, 2018-2019, 33997, nr. 130, p. 2.
67. Rechtbank Den Haag, 15-12-2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14782.
68. Kamerstukken II, 2018-2019, 33997, nr. 130, p. 4. Zie ook Pleitnota Rechtsbijstandsteam, Beer Advocaten, 31 augustus 2020.
69. K. Lens, *Do these words give rise to doubts? Unraveling the effects of delivering a Victim Impact Statement*, (2014) p. 51-52.