

DE ZUID-AFRIKAANSE WAARHEIDS- EN VERZOENINGSCOMMISSIE: OPSMUK VOOR STRAFFELOOSHEID OF GERECHTIGHEID DOOR WAARHEID?

Ignace VAN DAELE*

“Every decent human being must feel grave discomfort in living with a consequence which might allow the perpetrators of evil acts to walk the streets of this land with impunity, protected in their freedom by an amnesty immune from constitutional attack, but the circumstances in support of this course require carefully to be appreciated.”¹

Sinds het einde van de jaren 1980 kent men een groeiende discussie over de vraag wat voor een jong democratisch regime het meest wenselijke mechanisme is om met een verleden gekenmerkt door grove mensenrechtenschendingen om te gaan. Waar op internationaal vlak een groeiende voorkeur voor strafvervolg-ing (ex-Joegoslavië, Rwanda, Pinochet, enz.) kan worden vastgesteld, blijkt de berechting van de misdadigers van het oude regime na een democratische transitie nog steeds de uitzondering te zijn. Terwijl in vele landen werk wordt gemaakt van de ratificatie van het Statuut van Rome voor een permanent Internationaal Strafhof², naderen in Zuid-Afrika de activiteiten van de Waarheids- en Verzoeningscommissie³ hun einde. Dit bijzondere orgaan begon zijn werkzaamheden in 1996 en publiceerde in oktober 1998 een rapport.⁴ In de huidige context loont het de moeite aandacht te besteden aan deze poging om een *modus vivendi* te vinden met een traumatisch nationaal verleden waarbij men een compromis trachtte te bereiken tussen de uitersten van massale vervolgingen en straffeloosheid. Hierbij zal onder meer aandacht besteed worden aan de natio-

* Wetenschappelijk medewerker U.I.A. Met dank aan Prof. Dr. C. VAN DEN WYNGAERT, Prof. Dr. S.E. VAN DER MERWE, GERHARD KEMP en alle anderen die mij aan de Universiteiten van Antwerpen en Stellenbosch met raad en daad bijstonden.

1. Constitutional Court 25 juli 1996, Azanian Peoples Organisation (AZAPO) and others v President of the Republic of South Africa and others, *South African Law Reports* 1996, (671) 683, nr. 17, ook terug te vinden op de website van de *Truth and Reconciliation Commission*: <http://www.truth.org.za/>.

2. Zie voor België: Wetsontwerp houdende instemming met het Statuut van Rome van het Internationaal Strafgerechtshof, gedaan te Rome op 17 juli 1998, *Parl. St. Senaat* 1999-2000, nr. 2-329/1, 2 en 3.

3. ‘Truth and Reconciliation Commission’ of ‘Kommissie vir Waarheid en Versoening’, hierna ook ‘Commissie’ of ‘WVC’.

4. ‘Truth and Reconciliation Commission of South Africa’, *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report*, Cape Town, Juta & Co, 1998, 5 dln., 2739 p., eveneens te raadplegen op het internet: <http://www.polity.org.za/govdocs/commissions/1998/trc/index.htm> (hierna ‘TRC Report’).

nale en internationale juridische context waarbinnen deze figuur geplaatst dient te worden. Met name het meest omstreden deel van dit proces, de amnestiekwestie, verdient nadere beschouwing.

Inleiding: waarheidscommissies

Naarmate meer landen een overgang (transitie) kennen naar een (meer) democratische regeringsvorm, zoeken ze een manier om een verleden gevuld met zware mensenrechtenschendingen te verwerken en te documenteren. Hierbij wordt meer en meer gebruik gemaakt van de figuur van de 'waarheidscommissie'. Gedurende de laatste vijftientig jaar zijn er een twintigtal waarheidscommissies actief geweest in landen als Uganda, Bolivia, Argentinië, Uruguay, Zimbabwe, de Filipijnen, Chili, Tsjaad, Duitsland, El Salvador, Rwanda, Ethiopië, Sri Lanka, Guatemala en Zuid-Afrika.⁵ De definitie van wat een 'waarheidscommissie' is, omvat volgens HAYNER vier elementen: 1) ze is gericht op het verleden, 2) ze is niet gericht op een enkel incident maar op stelselmatige misbruiken over een zekere periode, 3) ze is een tijdelijk orgaan dat zijn opdracht meestal afsluit met een rapport en 4) ze is van overheidswege gewettigd om het verleden te onderzoeken.⁶ De sterke punten van waarheidscommissies kunnen worden gezien als de zwakke punten van (straf)rechtbanken: ze concentreren zich op een algemeen patroon van gebeurtenissen, ze kunnen de verschillende sociale en politieke factoren onderzoeken die tot geweld hebben geleid of de interne structuren van organismen die misbruiken pleegden (zoals doodseskaders of de geheime diensten van de strijdkrachten). Bovendien kunnen ze aanbevelingen doen voor het beleid of hervormingen van leger en politie voorstellen. Tenslotte hebben ze doorgaans een belangrijke functie in het creëren van 'publieke erkenning' van een traumatisch en betwist verleden door het bekendmaken van hun bevindingen. Meestal is de 'waarheid' al wel grotendeels gekend, maar de waarheidscommissie geeft er een officiële bekrachtiging aan.

I. DE ZUID-AFRIKAANSE WAARHEIDS- EN VERZOENINGSCOMMISSIE

1. Ontstaan van de Zuid-Afrikaanse Waarheids- en Verzoeningscommissie: apartheid en democratisering

Gedurende meer dan veertig jaar verkeerde het Zuid-Afrikaanse apartheidregime in een escalerend conflict niet alleen met de meerderheid van zijn bevolking, maar tevens met het moderne internationale recht.⁷ Tegen het einde van

5. Zie: P.B. HAYNER, "Fifteen truth commissions – 1974-1994: a comparative study", *Human Rights Quarterly* 1994, 597-655.

6. P.B. HAYNER, "Commissioning the truth: further research questions", *Third World Quarterly* 1996, (19) 20-21.

7. Voor een schets van de vroegere situatie door academici die een fundamentele rol speelden in de overgang naar een stelsel gebaseerd op respect voor mensenrechten, zie o.m.: J. DUGARD, *Human Rights and the South African legal order*, New Jersey, Princeton University Press, 1978, 470 p.; J. DUGARD, "The conflict between international law and South African law: another divisive factor in South African society", *South African Journal on Human Rights* 1986, 1-28; J. DUGARD, "The role of

het vorige decennium werd de toestand steeds nadeliger voor de *Nationale Partij*regering en begon een proces van transitie naar een democratisch, niet-raciaal Zuid-Afrika. In de hoogdagen van de 'struggle' was het in de kringen van de verzetsbewegingen niet ongewoon om te dagdromen over de complete (militaire) overwinning en 'Nürnbergprocessen' voor de misdaden begaan in de naam van apartheid. Toen het onderhandelingsproces met de *Nationale Partij*regering begon in het begin van de jaren negentig, waren beide partijen echter tot de vaststelling gekomen dat geen van beide in staat was de tegenstander militair te overwinnen. Tegelijk was het duidelijk dat een nieuw, democratisch stelsel verplicht zou zijn een beroep te doen op het bestaande sterk uitgebouwde staatsapparaat. Een onderhandelde overgang was de enige mogelijkheid en naarmate het proces aansloopte, kwam het land steeds meer in een spiraal van politiek geweld terecht. De kwestie van amnestie bleef tot op het laatste moment het grote struikelblok in de onderhandelingen tussen ANC en Nationale Partij.⁸ Enkele maanden voor de geplande verkiezingen zouden bevelhebbers van de Zuid-Afrikaanse politie het ANC een nauwelijks verholen waarschuwing hebben gegeven dat ze het verkiezingsproces niet zouden beveiligen indien dit zou leiden tot de oprichting van een regering die de vervolging van leden van de politiediensten beoogde.⁹ Zoals voormalig Minister van Justitie *Dullah Omar* het samenvatte: "Having participated in those negotiations, I can tell you that if we did not agree to the Postamble, which made provision for amnesty, there would have been no negotiated settlement in our country."¹⁰ De onderhandelaars gingen ervan uit dat de bestaande 'vrijwaringswetten'¹¹ niet geschikt waren om toegepast te worden op overheidspersoneel dat mensenrechtenschendingen had gepleegd, aangezien dit zou neerkomen op zelfamnestie, zodat de kwestie enkel in een democratische ordening kon worden geregeld. Het eerste echt democratische parlement zou dus de amnestieregeling in wetgeving moeten gieten. Het *in extremis* bereikte akkoord over amnestie werd uiteindelijk in een nawoord (de zoge-

→ international law in the struggle for liberation in South Africa", *Social Justice* 1991, 83-94; G. ERASMUS, "Third states and sanctions in public international law. The position of South Africa", *Archiv des Völkerrechts* 1992, 128-145.

8. Voor een overzicht van het onderhandelingsproces: L. BERAT en Y. SHAIN, "Retribution or truth-telling in South Africa? Legacies of the transitional phase", *Law and Social Inquiry* 1995, 163-189; L. BERAT, "South Africa: negotiating change?", in N. ROHT-ARRIAZA (ed.), *Impunity and human rights in international law and practice*, Oxford, Oxford University Press, 1995, 267-280.

9. P. VAN ZYL, "Dilemma's of transitional justice: the case of South Africa's Truth and Reconciliation Commission", *Journal of International Affairs* 1999, (647) 650.

10. A.M. OMAR, "Foreword", in M.R. RWELAMIRA en G. WERLE, *Confronting past injustices. Approaches to amnesty, punishment, reparation and restitution in South Africa and Germany*, Durban, Butterworths, 1996, (vii) x.

11. Met name de *Indemnity Act / Vrywaringswet*, Wet 35 van 1990 en de *Further Indemnity Act / Wet op Verdere Vrywaring*, Wet 151 van 1992. Deze wetten waren in de eerste plaats bedoeld om 'politieke gevangenen' vrij te laten en leden van de weerstandsbewegingen toe te laten aan de onderhandelingen in Zuid-Afrika deel te nemen. De (ruimere) wet van 1992 veroorzaakte echter zware kritiek omdat hierin een manoeuvre van de regering werd gezien om staatspersoneel in het geniep amnestie te verlenen.

Men kon trouwens aannemen dat de wetten in kwestie na de invoering van de Interimgrondwet een grondwettigheidstoets niet zouden doorstaan. Zie: L.M. DU PLESSIS, "Observations on amnesty or indemnity for acts associated with political objectives in the light of South Africa's Transitional Constitution", *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 1994, 473-481.

naamde 'Postamble') aan de Interimgrondwet¹² gehecht onder de titel 'National Unity and Reconciliation'.¹³ Hierin werd de wetgever opgedragen een wet aan te nemen die voorziet in mechanismen, criteria en procedures voor het verlenen van amnestie voor feiten met een politiek oogmerk gepleegd in de conflicten van het verleden. In juli 1995 zette President MANDELA zijn handtekening onder de beoogde wet.¹⁴ Het toekennen van amnestie werd ingepast in de figuur van een waarheidscommissie.

Deze commissie werd echter al snel na haar oprichting geconfronteerd met een fundamentele bedreiging. De *Azanian Peoples Organisation (Azapo)* en voor- aanstaande slachtoffers van het Apartheidsregime, waaronder de weduwe van STEVE BIKO, vorderden immers de vernietiging van de amnestiebepalingen in de WVV. De eisers voerden aan dat de amnestievoorziening in de WVV (art. 20, *cfr.* nr. 4.3 e.v. *infra*) artikel 22 van de Overgangswet schond dat voorziet dat eenieder het recht heeft zijn geschillen te laten beslechten door een rechtbank of een ander onafhankelijk of onpartijdig orgaan, een recht dat volgens hen niet door de WVC kon gewaarborgd worden. Het Grondwettelijk Hof beaamde dat het toekennen van amnestie inderdaad verhinderde dat de slachtoffers hun fundamentele rechten konden opeisen voor de rechtbanken. Er zou dus allicht een schending van artikel 22 voorliggen, indien niets in de Overgangswet zelf deze beperking toeliet. Het Hof vond deze toelating in de 'Postamble' die de wetgever niet enkel toeliet, maar zelfs opdroeg bij wet een amnestiemechanisme in te voeren.¹⁵ Deze beperking op grondwettelijk gewaarborgde rechten was dus ingeschreven in de Grondwet zelf. Daarop werd echter aangevoerd dat de WVV verder ging dan toegelaten door de 'Postamble' aangezien niet enkel de strafrechtelijke maar ook de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de dader werd uitgewist. Het Hof stelde dat de aanvragers van amnestie niet geneigd zouden zijn naar voren te komen indien ze nog gevaar liepen op burgerrechtelijke vorderingen. Volgens het Hof probeert de 'Postamble' verzoening en heropbouw te vergemakkelijken door mechanismen te creëren die het mogelijk maken de waarheid te ontdekken over het verleden, waarbij de openbaring van de waarheid

12. *Constitution of the Republic of South Africa*, Wet 200 van 1993 (Interim- of Overgangswet), <http://www.polity.org.za/govdocs/legislation/1993/constit0.html>.

13. De relevante tekst luidt: "(...) *The pursuit of national unity, the well-being of all South African citizens and peace require reconciliation between the people of South Africa and the reconstruction of society. The adoption of this Constitution lays the secure foundation for the people of South Africa to transcend the divisions and strife of the past, which generated gross violations of human rights, the transgression of humanitarian principles in violent conflicts and a legacy of hatred, fear, guilt and revenge. These can now be addressed on the basis that there is a need for understanding but not for vengeance, a need for reparation but not for retaliation, a need for ubuntu but not for victimisation.*

In order to advance such reconciliation and reconstruction, amnesty shall be granted in respect of acts, omissions and offences associated with political objectives and committed in the course of the conflicts of the past. To this end, Parliament under this Constitution shall adopt a law (...) providing for the mechanisms, criteria and procedures, including tribunals, if any, through which such amnesty shall be dealt with at any time after the law has been passed."

14. *Promotion of National Unity and Reconciliation Act / Wet op die Bevordering van Nasionale Eenheid en Versoening*, Wet 34 van 1995, hierna 'Waarheids- en Verzoeningswet' (WVV), terug te vinden op de website van de Waarheids- en Verzoeningscommissie: <http://www.truth.org.za/>.

15. Constitutional Court 25 juli 1996, *Azapo v SA, l.c.*, 680-683, nrs. 8-14.

door de bekentenis van de daders een centrale overweging in de rechtvaardiging van amnestie is.¹⁶ De tekst van de Grondwet rept echter met geen woord over dit beweerd opzet. Er wordt enkel aan de wetgever opgedragen het toekennen van amnestie te regelen voor feiten gepleegd met een politiek motief tijdens de conflicten van het verleden. Het blootleggen van de waarheid is door de wetgever in dit mechanisme ingebouwd, maar dit werd niet vereist door de Grondwet. Wat wellicht de voornaamste reden was om de amnestie ook burgerrechtelijke gevolgen te geven, kan afgeleid worden uit een andere betwisting. De eisers beweerden immers dat de staat nooit immuniteit kon toekennen voor de aansprakelijkheid die hij droeg voor de schade veroorzaakt door de handelingen van personen die in zijn dienst waren. Het Hof erkent dat dit een zeer sterk argument is, maar voegt eraan toe dat de middelen van de staat beperkt en de noden enorm zijn. Het aantal personen die direct en indirect het slachtoffer zijn geweest van apartheid is enorm en de beperkte middelen van de staat moeten omzichtig, billijk en met verbeelding worden besteed ten voordele van een zo groot mogelijk deel van de gemeenschap. Volgens het Hof stond de overheid voor de keuze: als ze de mogelijkheid van enorme vorderingen tot schadevergoeding door individuele slachtoffers intact liet, zouden hierdoor grote sommen onbeschikbaar worden voor scholing, huisvesting en gezondheidszorg.¹⁷

2. Structuur van de Waarheids- en Verzoeningscommissie

De Commissie bestaat uit zeventien commissarissen (*commissioners*), benoemd door de President van de Republiek (art. 7 WVV). Ze omvat een Mensenrechtenschendingencomité (*Committee on Human Rights Violations*), een Amnestiecomité (*Committee on Amnesty*) en een Comité voor Herstel en Rehabilitatie (*Committee on Reparation and Rehabilitation*). De Commissie beschikt over een onderzoekseenheid (*investigation unit*) van 60 personen, waarin onder meer binnen- en buitenlandse politiemensen en andere experts werken.

3. Werking van de Waarheids- en Verzoeningscommissie

3.1. DOELSTELLINGEN

Artikelen 3 en 4 WVV beschrijven de oogmerken van de WVC en de werkzaamheden die ze moet ontplooiën om deze te bereiken. Samenvattend kan worden gesteld dat de Commissie als oogmerk heeft de nationale eenheid en verzoening te bevorderen door:

een zo volledig mogelijk beeld te verschaffen van de oorzaken, aard en omvang van grove mensenrechtenschendingen gepleegd tussen 1 maart 1960 en 10 mei 1994,¹⁸ met inbegrip van de antecedenten, omstandigheden, factoren en

16. *Ibid.*, 693, nr. 36.

17. *Ibid.*, 695, nr. 44.

18. Deze data verwijzen respectievelijk naar het 'Sharpeville massacre' en de inauguratie van NELSON MANDELA.

context, evenals de perspectieven van de slachtoffers en de beweegredenen en perspectieven van de personen die verantwoordelijk zijn voor het plegen van deze schendingen. Hiertoe moet de WVC onderzoeken uitvoeren en hoorzittingen houden. Tot dit deel van haar opdracht behoort ook het vaststellen van de identiteit van alle personen, overheden, instanties en organisaties die hierbij betrokken waren. Verder moet de vraag worden gesteld of deze schendingen het gevolg waren van een doelbewuste planning vanwege de staat of een van haar organen, een politieke organisatie, bevrijdingsbeweging of andere groep of individu en wie politiek of anderszins aansprakelijk was voor deze schendingen;

het verlenen van amnestie aan personen die alle relevante feiten met betrekking tot daden die verband houden met een politiek oogmerk, ten volle geopenbaard hebben en die aan de vereisten van de Wet voldoen;

het vaststellen en bekendmaken van het lot of de verblijfplaats van slachtoffers van grove mensenrechtenschendingen, het vaststellen van de schade die ze hebben geleden en het herstellen van hun menselijke en burgerlijke waardigheid door hen een gelegenheid te bieden om hun eigen relaas te geven van de schendingen waarvan ze het slachtoffer zijn en door herstelmaatregelen ten hunnen aanzien aan te bevelen;

het aanbevelen van institutionele, administratieve en wetgevende maatregelen teneinde toekomstige mensenrechtenschendingen te voorkomen, met name wat betreft de oprichting van instellingen die een stabiele en rechtvaardige maatschappij bevorderen. Tevens moeten aan de President aanbevelingen worden voorgelegd met betrekking tot diverse herstelmaatregelen ten aanzien van slachtoffers;

het samenstellen van een verslag dat een zo volledig mogelijk overzicht geeft van de bedrijvigheden en bevindingen van de Commissie zoals beoogd in de bovenstaande paragrafen.

Dit alles moet gebeuren in 'een geest van begrip die uitstijgt boven de conflicten en de verdeeldheid van het verleden'. Men kan dus vaststellen dat de werkingssfeer van de WVC overeenkomt met de klassieke doelstellingen van waarheidscommissies: geschiedenis optekenen, erkenning bieden voor slachtoffers, nationale verzoening bevorderen en verdere mensenrechtenschendingen helpen voorkomen. Een sterk onderscheidend element van de Zuid-Afrikaanse Commissie is echter de amnestievoorziening (zie verder deel 4 *infra*).

3.2. WERKZAAMHEDEN

Het meest karakteristieke beeld van de WVC is allicht de verschijning van slachtoffers voor het Mensenrechtenschendingencomité, de '*victim hearings*'. Volgens de Commissie vormden deze in veel opzichten de kern van haar werk.¹⁹ Ze boden de slachtoffers een gelegenheid om publiek te getuigen over de schendingen van hun rechten en droegen bij tot de opvoeding van de maatschappij in haar geheel. In zekere zin zorgde het publieke karakter van de hoorzittingen ervoor dat er geen strikte scheiding was tussen het proces en het product van de

19. *TRC Report*, Vol. 1, Ch. 6, p. 147, nr. 36.

Waarheids- en Verzoeningsonderneming.²⁰ Dit onmiddellijke, cathartische effect kan zeer waardevol zijn in een maatschappij in transitie, niet enkel wegens het therapeutische effect voor de slachtoffers die officieel erkenning krijgen, maar ook om de verschillende bevolkingsgroepen te confronteren met het verzwegen of onbekende leed dat (in hun naam) werd toegebracht aan een gedehumaneerde en onpersoonlijke ‘vijand’.²¹

Hiernaast organiseerde de Commissie ook nog andere soorten hoorzittingen. De ‘*event hearings*’ concentreerden zich op een beperkt aantal representatieve incidenten zoals de studentenopstand in Soweto in 1976. Hierbij werden niet enkel slachtoffers gehoord, maar ook daders en experts die een breder perspectief konden bieden. ‘*Special hearings*’ waren dan weer gericht op de ervaringen van bepaalde kwetsbare groepen zoals kinderen, vrouwen en dienstplichtigen. Op haar ‘*institutional hearings*’ probeerde de WVC bepaalde beroepsgroepen, instellingen en organisaties te laten getuigen over hun rol in het verleden. Zo passeerden de gezondheidssector, de juridische wereld, de media, de zakenwereld, het gevangenisstelsel en de geloofsgemeenschappen de revue. De ‘*political party hearings*’ tenslotte, bleken eerder teleurstellend.

Deze eerste, nationaal en internationaal met veel aandacht gevolgde ‘*hearings phase*’ maakte daarna plaats voor een toegenomen aandacht voor meer administratief en juridisch georiënteerde activiteiten zoals het afnemen van verklaringen en het behandelen van amnestie-aanvragen.

3.3. DE DEFINITIE VAN ‘GROVE MENSENRECHTENSCHENDINGEN’

Artikel 1 (1) (ix) van de WWV definieert ‘grove mensenrechtenschendingen’ als schendingen van mensenrechten door het doden, ontvoeren, folteren of ernstig mishandelen van een persoon of enige poging, samenzwering, uitlokking, aanstichting, bevel of overhaling om bovengenoemde feiten te plegen. Deze feiten moeten voortvloeien uit de conflicten van het verleden en, binnen of buiten de Republiek, gepleegd zijn tussen 1 maart 1960 en 10 mei 1994 en uitgevoerd, geadviseerd, gepland, opgedragen, bevolen of gelast door een persoon die met een politiek oogmerk handelde. De Commissie was van oordeel dat de wetgever wou vermijden strafrechtelijk precies omschreven concepten te gebruiken voor de beoordeling of bepaalde feiten aanleiding gaven tot grove mensenrechtenschendingen in de context van de WWV. Het werk van deze onderzoekscommissie mocht immers niet gelijkgesteld worden met dat van een rechtbank. Anders zouden de activiteiten van de WVC bijzonder complex en tijdverslindend worden en zou het voor slachtoffers moeilijker zijn om herstel te verkrijgen. De Commissie zag het als haar opdracht om zoveel mogelijk personen als slachtoffers van het vroegere politieke conflict te aanvaarden.²²

20. A. DU TOIT, “No rest without the wicked. Assessing the Truth Commission”, *Indicator SA* 1997 Vol. 14, nr. 1, 11.

21. Zie de discussie in Harvard Law School Human Rights Program (ed.), *Truth Commissions: a Comparative Assessment*, Cambridge (USA), Harvard Law School Human Rights Program, 1997, p. 26 e.v.

22. *TRC Report*, Vol. I, Ch. 4, p. 71-72, nr. 82.

Bij het onderzoek naar grove mensenrechtenschendingen kunnen twee stappen worden onderscheiden. Eerst is er de vraag of er een grove schending is gepleegd en wie daar het slachtoffer van is. Het betreft hier dus een puur feitelijke vaststelling waarbij geen aansprakelijkheid ten berde komt. Deze wordt losgekoppeld en moet pas beoordeeld worden bij het vaststellen van de identiteit van degenen die betrokken waren bij het begaan van deze schending en hun aansprakelijkheid. Dit veronderstelt een meer strikte, technische en juridische afweging die zware consequenties kan hebben voor de betrokkenen en hun fundamentele rechten in het gedrang kan brengen.²³ De Commissie kon dus tot de conclusie komen dat iemand het slachtoffer was van grove mensenrechtenschendingen zonder dat het steeds mogelijk was hiervoor een dader aansprakelijk te stellen.

Er werd maar één uitzondering ingevoerd op de ruime opvatting van de wvc met betrekking tot de personen die moeten beschouwd worden als slachtoffers van grove mensenrechtenschendingen. Deze uitzondering geldt de situaties van gewapend conflict tussen duidelijk geïdentificeerde strijders van de Zuid-Afrikaanse Strijdkrachten en de gewapende vleugels van de verschillende bevrijdingsbewegingen.²⁴ De Commissie liet zich hierbij leiden door de basisprincipes van het internationale humanitaire recht.²⁵ Indien strijders gedood of zwaar gewond werden als ze ongewapend of buiten strijd waren, geëxecuteerd na hun gevangenneming of gewond wanneer ze duidelijk hadden kunnen worden gearresteerd, werden ze beschouwd als slachtoffers van grove mensenrechtenschendingen en kwam de aansprakelijkheid van de daders in het gedrang. De Commissie liet zich hierbij leiden door de notie van 'beschermd persoon' in het internationaal humanitair recht.²⁶ Ze koos ervoor de meeste zware gewelddaden als grove mensenrechtenschendingen te beschouwen en niet als legitieme gewelduitoefening. Enkel indien het bestaan van een gevechtssituatie duidelijk bewezen was, werd het oorlogsrecht toegepast.²⁷ Er is gedurende het conflict in zuidelijk Afrika veel discussie geweest over de status van de partijen en de toepassing van het internationale humanitaire recht.²⁸ Hoewel Zuid-Afrika aangesloten was bij de vier Conventies van Genève van 1949, zijn deze enkel van toepassing op een internationaal gewapend conflict. Protocol I bij de Conventies van Genève werd specifiek opgesteld om "gewapende conflicten waarin volkeren vechten tegen koloniale overheersing en vreemde bezetting en tegen racistische regimes"²⁹ onder het regime van de Conventies te brengen. Hierdoor krijgen verzetsstrijders onder meer de bescherming van de krijgsgevangenenstatus

23. *TRC Report*, Vol. I, Ch. 4, p. 72, nr. 83-85.

24. *TRC Report*, Vol. I, Ch. 4, p. 73, nr. 92.

25. Met name de vier Conventies van Genève van 1949 en de twee Aanvullende Protocolen van 1977.

26. *TRC Report*, Vol. I, Ch. 4, p. 76, nr. 102.

27. *TRC Report*, Vol. I, Ch. 4, p. 78, nr. 108.

28. Zie onder meer: N. BOISTER en R. BURCHILL, "The international legal definition of the South African armed conflict in the South African courts: war of national liberation, civil war, or war at all?", *Netherlands International Law Review* 1998, 348-362; J. DUGARD, "Human rights, humanitarian law and the South African conflict", *Harvard Human Rights Yearbook* 1989, 101-110.

29. Artikel 1 (4), Protocol I, zie ook: A. CASSESE, "Wars of national liberation and humanitarian law", in C. SWINARSKI (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1984, 313-324.

en mogen ze niet behandeld worden als 'terroristen'. Zuid-Afrika hield echter geen rekening met deze ontwikkeling en bleef de situatie behandelen als een intern conflict waarop hoogstens de minimumnormen van gemeenschappelijk artikel 3 van de Conventies van toepassing waren.³⁰

De definitie van grove mensenrechtenschendingen beperkte de Commissie tot gebeurtenissen die het gevolg waren van 'de conflicten van het verleden', eerder dan van het apartheidbeleid. Velen hadden verwacht dat de onderzoeken zich zouden uitstrekken tot schendingen van mensenrechten zoals die veroorzaakt werden door de pasjeswetten, gedwongen verplaatsingen, de behandeling van arbeidsconflicten, discriminatie in het onderwijs en op de arbeidsmarkt, enz. Deze situaties vielen echter niet rechtstreeks binnen het mandaat van de Commissie.³¹ In haar verslag besteedt de Commissie wel aandacht aan de omschrijving van apartheid als misdaad tegen de mensheid. Zij wijst er echter op dat dit niet mag worden opgevat als een aansporing om internationale vervolgingen in te stellen, aangezien dit in zou gaan tegen de principes die aan haar ontstaan ten grondslag liggen.³² De Commissie is van oordeel dat het nastreven van nationale eenheid en verzoening beter gediend wordt door het toepassen van 'restorative justice' dan door klassieke strafprocessen. In de opinie van de WVC moeten strafrechtelijke onderzoeken overigens evenmin als superieur worden beschouwd waar het de waarheidsvinding betreft.³³

3.4. ONDERZOEKSBEVOEGDHEDEN

De WVC heeft uitgebreide onderzoeksbevoegdheden, voorheen nooit vertoond in hoofde van een waarheidscommissie. Ze mag onderzoeken *in loco* verrichten, voorwerpen schriftelijk opeisen en in beslag nemen van de personen die ze in bezit hebben, personen schriftelijk oproepen om te verschijnen voor de Commissie om te getuigen of vragen te beantwoorden, zelfs onder eed (art. 29 WWV).³⁴ Indien een persoon wordt verzocht om te getuigen of bewijsmateriaal over te leveren, kan hij zich niet beroepen op het feit dat hij hierdoor zichzelf zou incrimineren indien de Commissie eerst overleg pleegt met de bevoegde *attorney-general*, overtuigd is dat dit redelijk, noodzakelijk en te rechtvaardigen is in een open en democratische maatschappij gebaseerd op vrijheid en gelijkheid en als de persoon in kwestie geweigerd heeft of waarschijnlijk zal weigeren omdat hij zichzelf zou incrimineren. Een incriminerend antwoord, inlichting of bewijsmateriaal dat direct of indirect voortvloeit uit dergelijk verhoor, kan niet tegen de persoon in kwestie worden toegelaten als bewijs in een strafprocedure (art. 31 WWV). Een Commissielid of een personeelslid of politieagent daartoe door hem of haar gemachtigd, kan, na een huiszoekingsbevel van de bevoegde rechter verkregen te hebben, alle plaatsen betreden om deze te inspecteren op zoek naar voorwerpen die betrekking hebben op een onderzoek en deze voor-

30. J. DUGARD, *International Law. A South African perspective*, Kenwyn, Juta & Co, 1994, 336.

31. *TRC Report*, Vol. 5, Ch. 1, p. 11, nrs. 48-49.

32. *TRC Report*, Vol. 1, Ch. 4, p. 94, nr. 2.

33. *TRC Report*, Vol. 1, Ch. 5, p. 123, nr. 73. Zie algemeen het hoofdstuk over 'Concepts and Principles' (Vol. 1, Ch. 5).

34. Deze bevoegdheid wordt ondersteund door strafbepalingen. Zo werd oud-president P.W. BOTHA in augustus 1998 veroordeeld wegens zijn weigering te verschijnen voor de Commissie.

werpen kopiëren, onderzoeken, in beslag nemen of meenemen (art. 32 WVV). Deze zoekingen moeten overdag gebeuren, tenzij uitdrukkelijk is toegelaten dit op een redelijk tijdstip bij nacht te doen. Met uitzondering van private woningen, mogen alle plaatsen betreden worden om voorwerpen te zoeken, in beslag te nemen of te verwijderen zonder huiszoekingsbevel indien er hoogdringendheid is of instemming van de persoon die bevoegd is om die te geven.

De Commissie beschikte over een beperkt getuigenbeschermingsprogramma.

3.5. PROCEDURELE WAARBORGEN

Indien tijdens enig onderzoek of hoorzitting door de Commissie een persoon betrokken (*implicated*) wordt op een voor hem of haar nadelige wijze, de Commissie een beslissing wil nemen die nadelig kan zijn voor zo'n persoon of indien blijkt dat iemand schade geleden heeft als gevolg van grove mensenrechtenschendingen, dan moet de WVC die persoon de gelegenheid geven om binnen een bepaalde tijd opmerkingen (*representations*) voor te leggen of om een getuigenis af te leggen op een hoorzitting (art. 30 WVV). Ondanks het quasi-judiciële karakter van de activiteiten van het Amnestiecomité, waren het vooral de activiteiten van het Mensenrechtenschendingencomité die aanleiding gaven tot heel wat litigatie, ook wel omschreven als een poging van vroegere leden van de veiligheidsdiensten om het werk van de Commissie te bemoeilijken.³⁵ Het ging hier met name om oud-leden van de veiligheidsdiensten die wilden verhinderen dat hun naam werd vernoemd bij hoorzittingen van het Mensenrechtenschendingencomité (MSC).

Een van de eerste zaken was deze van twee oud-politieleiden die er door de WVC officieel van op de hoogte waren gesteld dat binnen twee dagen een getuige hen op een hoorzitting zou betrekken in de vergiftiging en verdwijning van een politiek activist in 1982. Beiden vroegen een gerechtelijk bevelschrift om de Commissie te verhinderen getuigenissen of het overleggen van bewijsmateriaal m.b.t. deze zaak te aanvaarden voor zij op een degelijke, redelijke en tijdelijke wijze op de hoogte waren gesteld en de redelijkerwijze vereiste relevante informatie ter beschikking hadden gekregen teneinde hun rechten te kunnen vrijwaren. De rechter in eerste aanleg besliste dat het MSC tijdens zijn hoorzittingen geen bewijs mocht toelaten *vooraleer* degenen die hierdoor benadeeld konden worden, op een degelijke, redelijke en tijdelijke manier op de hoogte waren gesteld. Tevens moest hen voorafgaandelijk de nodige informatie (getuigenissen en andere relevante documentatie) worden verschaft die noodzakelijk zou zijn om de gebeurtenissen en de betrokken personen te identificeren.³⁶ Het beroep dat tegen deze uitspraak werd ingesteld, leidde echter tot een volledig andere uitkomst. Het Hof was van oordeel dat de Commissie niet verplicht was om vóór de hoorzitting een persoon die vermeld kon worden in verband met grove mensenrechtenschendingen op de hoogte te stellen. Pas nadat een getuige gedurende de zitting iemand geïmpliceerd had en indien de Commissie of het Comité over-

35. J. SARKIN, "The trials and tribulations of South Africa's Truth and Reconciliation Commission", *South African Journal on Human Rights* 1996, (617) 631-632.

36. Geciteerd in: Cape Provincial Division 25 juni 1996, nr. 4443/96, Truth and Reconciliation Commission v du Preez and another, *South African Law Reports* 1996, nr. 3, (1997) 1002.

woog een beslissing te nemen die deze persoon kon benadelen, moest deze laatste de mogelijkheid krijgen een eigen versie te geven, zonodig ter hoorzitting. Hiertoe diende het bewijsmateriaal waarover de Commissie beschikte, aan de persoon in kwestie overgelegd te worden zodat deze zich kon verweren.³⁷ Het feit dat de WVC volgens deze uitspraak geen voorafgaande notificatie diende te geven, kon de situatie aanzienlijk vergemakkelijken voor de Commissie, aangezien ze in de praktijk niet kon verhinderen dat slachtoffers op hoorzittingen de namen vernoemden van degenen die ze als daders beschouwden.³⁸ Ondertussen kwam een rechtbank in een andere zaak eveneens tot de conclusie dat de Commissie niet verplicht was voor een hoorzitting personen die in opspraak konden komen, op de hoogte te stellen indien dezen de mogelijkheid kregen zich achteraf te verweren.³⁹ De rechter was van mening dat de procedure voor het MSC uniek is⁴⁰ en niet kan gelijkgesteld worden met een administratieve of quasi-judiciële handeling waarop de grondwettelijke waarborgen van toepassing zouden zijn. Men kan stellen dat de rechtbank hier een politieke keuze maakt met betrekking tot de aard van de activiteiten van de WVC en de procedurele waarborgen die hierbij verleend moeten worden. Ze ziet de WVC als een unieke *sui generis*-creatie in het kader van het nationale streven naar waarheid en verzoening zoals ingeschreven in de Overgangsgrondwet. In die optie worden procedurele waarborgen eerder als “obstakels” gezien.

Uiteindelijk ging het Hoogste Hof van Beroep tegen deze interpretatie in. Het Hof zocht de oplossing in de *common law*, en vond meer bepaald het beginsel *audi alteram partem* toepasbaar.⁴¹ In de praktijk vereiste de ‘*procedural fairness*’ volgens het Hof niet enkel tijdige waarschuwing van de datum van de hoorzitting, maar ook bekendmaking van “*the substance of the allegations* (...) *with sufficient detail to know what the case is all about*”.⁴² Er werd wel geoordeeld dat de WVC er nooit toe kon worden gedwongen de identiteit van een getuige te onthullen. Na deze uitspraak paste de Commissie haar handelwijze aan. ‘*Notices*’ werden 21 kalenderdagen voor de hoorzittingen aan vermeende daders verzonden. Deze waren vergezeld van de nodige documentatie om hen op de hoogte te brengen van de hoofdzaak van de aantijgingen tegen hen. Deze procedure werd toegepast voor hoorzittingen m.b.t. mensenrechtenschendingen, hoorzittingen in het kader van de onderzoeksbevoegdheden van de WVC en amnestiehoorzittingen.⁴³ Naar eigen zeggen veroorzaakte dit alles een ‘*admini-*

37. Cape Provincial Division 25 juni 1996, *L.c.*, 1009-1010.

38. J. SARKIN, *L.c.*, 634.

39. South Eastern Cape Local Division, 22 mei 1996, nr. 1136/96, *Nieuwoudt v Truth and Reconciliation Commission*, *South African Law Reports* 1997, nr. 2, 70.

40. *Ibid.*, 75: “*a procedure which is unique (...). It seems to me undesirable, except to the extent absolutely necessary, that procedural obstacles should be placed before witnesses (...). That this may result, in some cases, in prejudice to persons who may be implicated may be unfortunate. Such prejudice, however, should, in my view, nevertheless be weighed against the laudable and important objectives which the Act seeks to achieve. In addition, the prejudice which may be caused to persons should, at least to an extent, be offset by the opportunity for reply and answer entrenched in the Act itself.*”

41. Appellate Division, 18 februari 1997, *Du Preez and another v Truth and Reconciliation Commission*, nr. 426/96, *All South African Law Reports* 1997, nr. 2, (1) 10.

42. Appellate Division, 18 februari 1997, *Du Preez v TRC, L.c.*, (1) 14.

43. *TRC Report*, Vol. 1, Ch. 7, p. 185, nr. 50.

strative and logistic burden on the Commission'. Bovendien was men bezorgd dat de publieke opinie de WVC als te 'dadervriendelijk' zou beschouwen en dat de sfeer van de hoorzittingen 'te legalistisch en formeel' zou worden. Ook toen de Commissie aan haar eindrapport werkte, diende ze, telkens als ze overwoog t.a.v. een persoon een bevinding in zijn/haar nadeel te maken, deze hiervan op de hoogte te stellen en een gelegenheid te geven om (geschreven) opmerkingen aan de Commissie over te maken.⁴⁴

Er was veel kritiek op de gevolgen van deze rechtspraak voor de hoorzittingen van het Mensenrechtenschendingencomité. Deze waren immers opgevat als *"opportunities for victims to tell their stories and be heard with the respect denied to them in the past"*.⁴⁵ Men vreesde vooral dat de slachtoffers tijdens hun getuigenis geconfronteerd zouden worden met daders die hun recht op 'cross-examination' opeisten. Men kan zich inderdaad voorstellen dat de rechten van verdediging in deze omstandigheden gevrijwaard konden worden door de mogelijkheid om zich achteraf te verweren. De overtuiging van de rechtbanken in deze kan allicht gekoppeld worden aan de bewijstraditie in het Zuid-Afrikaanse rechtssysteem. In dergelijk accusatoir systeem wordt een zware nadruk gelegd op oraliteit en de garantie van 'cross-examination' is essentieel.⁴⁶ Een zeker recht op verdediging lijkt trouwens logisch gezien de bevoegdheid van de Commissie om de namen te noemen van degenen die zij beschouwde als plegers van grove mensenrechtenschendingen.

Volgens de WVV moest de Commissie zelf oordelen in welke mate zij de identiteit van personen die in hoorzittingen of onderzoeken getuigd hadden of een (mislukte) amnestie-aanvraag hadden ingediend, zou openbaren (art. 37 WVV). Men besefte dat er hierbij een spanning was tussen het publieke belang van waarheidsvinding en dat van de slachtoffers enerzijds en de rechten van personen die beschuldigd zouden worden van misdaden of zwaar wangedrag anderzijds.⁴⁷ Hoewel het hier geen straf- of burgerrechtelijke sanctie betreft, kan publieke identificatie negatieve effecten hebben op de reputatie, loopbaan of politieke vooruitzichten van een persoon.⁴⁸ Of, zoals een Zuid-Afrikaans journalist het uitdrukte, *"Who in 1996, for example, would wish to be seen employing, or even having lunch with a man who tortured 13-year-olds 10 years ago?"*⁴⁹ De vraag die zich hierbij mede stelt, is welke bewijsmaatstaf de WVC hanteerde om een vaststelling te doen met betrekking tot de verantwoordelijkheid van daders. Men besliste uiteindelijk om vaststellingen te doen op basis van de 'balance of probability', dit is de bewijsstandaard die in civiele rechtszaken wordt toegepast. Deze is per definitie lager dan in criminele zaken en vereist enkel dat de rechtbank van oordeel is dat wat bewezen moet worden, *"is more probable than*

44. TRC Report, Vol. 1, Ch. 7, p. 186, nr. 55.

45. J. SARKIN, *l.c.*, 634.

46. P.J. SCHWIKKARD, A. SKEEN, S.E. VAN DER MERWE e.a., *Principles of evidence*, Kenwyn, Juta & Co, 1997, 9.

47. TRC Report, Vol. 1, Ch. 4, p. 91, nr. 153.

48. M. POPKIN en N. ROHT-ARRIAZA, "Truth as justice: investigatory commissions in Latin America", *Law and Social Inquiry* 1995, (79) 105; bovendien kunnen personen die geen amnestie verkregen, nog steeds in rechte gedaagd worden.

49. "Truth Commission can't be fair", *Weekly Mail & Guardian* 19 april 1996.

not”.⁵⁰ De Commissie gebruikte verschillende soorten bewijsmateriaal, waaronder rechtbankverslagen, bekentenissen, getuigenverslagen, politie-onderzoeken, vroegere aanvragen voor ‘vrijwaring’ en bewijs dat de WVC zelf verzameld had tijdens hoorzittingen of onderzoeken.⁵¹

De hoorzittingen van de Commissie zijn in beginsel open voor het publiek (art. 33 WVW). Dit publieke karakter is erg typerend voor de Zuid-Afrikaanse Commissie.⁵² Ze kan echter besluiten achter gesloten deuren te werken indien dit in ‘*the interest of justice*’ is of als het waarschijnlijk is dat een persoon schade zou lijden indien de zitting openbaar is. Een slachtoffer dat een belang heeft bij de verrichtingen, mag echter altijd aanwezig zijn.

Iedereen die ondervraagd wordt door een onderzoekseenheid of die gedagvaard of verzocht is om voor de Commissie te verschijnen, mag een raadsman aanstellen en moet tijdig van dit recht op de hoogte gesteld worden. De Commissie mag, om de verrichtingen te bespoedigen, redelijke beperkingen opleggen met betrekking tot de duur van kruisverhoren van getuigen of van voordrachten. Indien een persoon financieel niet in staat is een raadsman aan te stellen en indien dit in het belang van de rechtspleging is, kan de Commissie er een aanstellen (art. 34 WVW).

4. Amnestiemechanisme

4.1. AMNESTIECOMITÉ

Art. 17 WVW stelt dat het Amnestiecomité is samengesteld uit een voorzitter, ondervoorzitter en een onbepaald aantal andere leden. Deze personen dienen allen ‘*fit and proper*’ te zijn, van Zuid-Afrikaanse nationaliteit en ‘*broadly representative of the South African community*’. De voorzitter moet een rechter zijn, minstens drie van de andere leden moeten Commissarissen zijn. Allen dienen gepaste kwalificaties te bezitten. Het hoogste aantal leden dat het Amnestiecomité heeft geteld, is negentien⁵³, waaronder zes rechters van de *High Courts* en dertien advocaten. Dit lijkt gepast aangezien het comité een grotendeels rechterlijke functie moet uitoefenen.⁵⁴ Na de uitbreiding van het kader, begon het Amnestiecomité te zetelen als verschillende kleinere comités. In totaal werden voor de deadline⁵⁵ 7127 aanvragen voor amnestie ontvangen.⁵⁶ Op 15 novem-

50. P.J. SCHWIKKARD, A. SKEEN, S.E. VAN DER MERWE e.a., o.c., 405.

51. *TRC Report*, Vol. 1, Ch. 4, p. 91-92, nr. 153.

52. Met name de hoorzittingen van het Mensenrechtenschendingencomité kregen veel aandacht in de media, radio- en TV-uitzendingen inbegrepen.

53. Oorspronkelijk bestond het Comité uit niet meer dan vijf leden. Gezien het steeds groeiende aantal aanvragen voor amnestie, werd het ledenaantal bij opeenvolgende wetswijzigingen verhoogd. (*Promotion of national unity and reconciliation amendment Act*, Wet 18 van 1997; Wet 84 van 1997; Wet 33 van 1998).

54. *TRC Report*, Vol. 5, Ch. 3, p. 109, nrs. 5-6.

55. Deze was oorspronkelijk 14 december 1996, maar werd herhaaldelijk uitgesteld. De uiteindelijke afsluitingsdatum was 30 september 1997.

56. *TRC Report*, Vol. 1, Ch. 10, p. 267, nr. 3. Het grootste deel van de aanvragen was, zeker in het begin, afkomstig van gedetineerden (*TRC Report*, Vol. 5, Ch. 3, p. 112, nr. 18).

ber 1999 waren er hier 6037 van afgehandeld.⁵⁷ Hierbij valt op dat het aantal beslissingen waarbij amnestie wordt geweigerd bijna tien maal dat van de toekenningen bedraagt (568 versus 5287). De procedure die hierna wordt uiteengezet, is dus allerminst een garantie op straffeloosheid.

4.2. PROCEDURE

Indien de amnestie-aanvraag betrekking heeft op feiten die een grove mensenrechtenschending uitmaken, is het Amnestiecomité verplicht deze op een openbare zitting te behandelen (art. 19 (3) (b) en (4)). In de andere gevallen kan het Comité zelf beslissen hoe het de zaak behandelt. In de praktijk werden de meeste aanvragen die geen grove mensenrechtenschendingen uitmaakten, *in camera* beslecht.⁵⁸ Alle ‘*chamber matters*’ waren afgehandeld voordat het verslag van de WVC werd geschreven, zodat het Amnestiecomité in de overblijvende zaken enkel nog in openbare zitting kan werken. Voor dergelijke zitting dienen alle betrokken partijen (waaronder de slachtoffers) op de hoogte gesteld te worden. Zij hebben het recht aanwezig te zijn, te getuigen, bewijsmateriaal aan te voeren en stukken voor te leggen (art. 19 (4) WVV). Zij kunnen tevens gebruik maken van rechtshulp.⁵⁹ Indien verschillende individuele aanvragen betrekking hebben op een zelfde feit, kan het Comité ze samen behandelen (art. 19 (5) (b)). Van deze mogelijkheid is reeds uitvoerig gebruik gemaakt. Aangezien niet alle amnestiebeslissingen konden gefinaliseerd worden voor het tijdstip waarop de Commissie haar verslag moest voorleggen, werden de activiteiten van het Amnestiecomité *sine die* verlengd. Deze vertraging heeft ernstige gevolgen. De informatie die verzameld wordt via de amnestieprocedure is zeer belangrijk voor de bevindingen van de WVC en vormt juist de grote kracht van de waarheidsvinding. Ondanks het feit dat het verslag van de Commissie in oktober 1998 gepubliceerd werd, kan dit eigenlijk niet als definitief beschouwd worden. Her en der in het verslag heeft de Commissie trouwens geen ‘*findings*’ over verantwoordelijkheden uitgesproken omdat er nog amnestie-aanvragen met betrekking tot de feiten aanhangig waren. Als het Amnestiecomité alle aanvragen heeft afgehandeld (naar verwachting einde maart 2000), dient de WVC opnieuw bijeengeroepen te worden en zal een aanvulling op het verslag worden gemaakt.

4.3. DADEN MET EEN POLITIEK OOGMERK

De bevoegdheid van het amnestiecomité betreft het verlenen van amnestie voor zogenaamde ‘daden die in verband staan met een politiek oogmerk’. Aan de hand van artikel 20 (2) en (3) WVV kunnen hiervoor volgende vereisten onderscheiden worden:

- enige handeling of verzuim;

57. Zie: “Year End Summary. 9 December 1999”, <http://www.truth.org.za/PR/1999/pr991209a.htm>.

58. *TRC Report*, Vol. 5, Ch. 3, p. 113, nr. 25.

59. Het Amnestiecomité heeft uiting gegeven aan zijn bezorgdheid over de ongelijkheid tussen de verschillende partijen die op de zittingen verschijnen. Onvermogene amnestie-aanvragers en slachtoffers zijn gedwongen gebruik te maken van het (karige) budget voor rechtshulp van de WVC, terwijl degenen die in dienst van de staat of bevrijdingsbewegingen werk(t)en, gebruik kunnen maken van een (veel royaler) overheidsschema. (*TRC Report*, Vol. 5, Ch. 3, p. 117, nr. 39).

- die een misdrijf of onrechtmatige daad vormen;
 - die begaan werden tussen 1 maart 1960 en 10 mei 1994;
 - die geadviseerd, gepland, opgedragen, bevolen, gelast of gepleegd werden door:
 - werknemers of leden van algemeen bekende politieke organisaties of bevrijdingsbewegingen wier daden in de loop en binnen de omvang van hun plichten en uitdrukkelijke of impliciete bevoegdheid,⁶⁰ gericht waren tegen:
 - de staat of haar veiligheidspersoneel
 - een algemeen bekende politieke organisatie of bevrijdingsbeweging, die betrokken was in een politieke strijd tegen hun organisatie of beweging, of haar leden of ondersteuners
- en *bona fide* gepleegd zijn ter bevordering van hun strijd;
- leden van de veiligheidsdiensten of werknemers in dienst van de staat wier daden in de loop en binnen de omvang van hun plichten en uitdrukkelijke of impliciete bevoegdheid,⁶¹ gericht waren tegen:
 - leden of ondersteuners van de hogervermelde organisaties
 - een voormalige staat⁶²
- en *bona fide* gepleegd zijn met het oogmerk om het hoofd te bieden aan de politieke strijd;
- een persoon die deelnam aan een staatsgreep tegen de regering van een voormalige staat of een poging daartoe;
 - een persoon die zichzelf vereenzelvigd heeft met een hogervermelde handeling of verzuim;
- die, in de zin van de Wet, in verband staan met een politiek oogmerk, waarbij volgende criteria in acht moeten worden genomen:
 - het motief van de dader;
 - de context en in het bijzonder of het hier een politieke opstand, oproerigheid of gebeurtenis betrof of een reactie daarop;
 - het juridische en feitelijke karakter, met inbegrip van de ernst, van de handeling of het verzuim;
 - het oogmerk of het doelwit van de handeling of het verzuim en in het bijzonder of ze hoofdzakelijk tegen een politiek tegenstander, staatseigendom of -personeel dan wel tegen private eigendom of individuen gericht waren;
 - of het hier de uitvoering betrof van een bevel van (of ten behoeve van, of met de goedkeuring van) de organisatie, instelling, bevrijdingsbeweging of lichaam waarvan de dader lid, agent of ondersteuner was;
 - het verband tussen de handeling of het verzuim en het politieke oogmerk dat nagestreefd werd en in het bijzonder de directheid en nabijheid van dat verband en de proportionaliteit ten aanzien van het oogmerk.
- Voor deze criteria heeft men gekeken naar de notie van politiek misdrijf in het uitleveringsrecht. Het Amnestiecomité wordt geconfronteerd met verschil-

60. ... of die op redelijke gronden dachten te handelen in de loop en binnen de omvang van hun plichten en uitdrukkelijke of impliciete bevoegdheid.

61. ... of die op redelijke gronden dachten te handelen in de loop en binnen de omvang van hun plichten en uitdrukkelijke of impliciete bevoegdheid.

62. Of, in geval van organen van een voormalige staat, tegen de staat – men moet hierbij denken aan de interventie van de Zuid-Afrikaanse Strijdkrachten tijdens een staatsgreep in een 'thuisland'.

lende soorten misdrijven. Een voorbeeld van een 'zuiver' politiek misdrijf⁶³ kan gevonden worden in een beslissing waarbij amnestie verleend werd voor het maken van 'illegale' T-shirts tijdens de apartheid.⁶⁴ De meeste misdrijven waarvoor amnestie wordt aangevraagd zijn echter 'aanverwante' politieke misdrijven, die gepaard gaan met misdrijven van gemeen recht zoals moord, doodslag, slagen en verwondingen, gijzeling, enz. De lijst van criteria die in de WVV wordt gevonden, is overgenomen van de zogenaamde *Norgaard*-criteria die werden opgesteld voor de vrijlating van politieke gevangenen bij de transitie in Namibië.⁶⁵ Ze kunnen beschouwd worden als een poging om de factoren die in het uitleveringsrecht in verschillende rechtssystemen gehanteerd worden, samen te trekken: de subjectieve, de objectieve en de gemengde benadering en de proportionaliteitstheorie.⁶⁶ Specifiek voor de Zuid-Afrikaanse amnestieprocedure is het feit dat de kwalificatie als politiek misdrijf is uitgebreid tot deze gepleegd door de organen van de staat. Ook heeft men blijkbaar getracht politici die bepaalde feiten oogluikend hebben toegestaan, onder de toepassing van de amnestievoorzieningen te brengen (personen die zich 'vereenzelvigd' hebben met de feiten).⁶⁷ Men kan ook aanvoeren dat de traditioneel 'melioratieve' connotatie van 'politiek misdrijf' die in het Zuid-Afrikaanse amnestiemechanisme wordt gehanteerd, eigenlijk niet geëigend is om op zeer ernstige schendingen toegepast te worden. Het is dus duidelijk dat de klassieke grenzen van het begrip 'politiek misdrijf' hier een stuk worden verlegd.

Degenen die handelden uit persoonlijk gewin of persoonlijke kwaadwilligheid, kwaadgezindheid of nijd tegenover het slachtoffer, komen niet in aanmerking voor amnestie. Informanten van de staat of van de andere organisaties kunnen wel niet uitgesloten worden op grond van het enige feit dat ze vergoed werden in ruil voor inlichtingen. De daden waarvoor amnestie wordt aangevraagd, moeten voldoen aan bovenstaande vereisten en begaan zijn in "de conflicten van het verleden". Verder moet de aanvrager alle relevante feiten volledig geopenbaard hebben ("*full disclosure of all relevant facts*"). Hoewel een aantal daders hun spijt betuigden, vereist de wetgeving geen uiting van berouw of verontschuldigungen vanwege de aanvragers als voorwaarde voor de toekenning van amnestie. Hiervan een wettelijke vereiste maken, had allicht garant gestaan voor een stortvloed aan vals berouw.⁶⁸ Indien de aanvraag volgens het Amnestiecomité voldoet aan alle vereisten, dient het amnestie te verlenen aan de aanvrager met betrekking tot die daden. Er bestaan geen duidelijke richtlijnen met betrekking tot de interpretatie van de wettelijke criteria in de praktijk. Zeker nu het amnestieproces wordt afgehandeld door verschillende apart zete-

63. Zie voor deze begrippen: C. VAN DEN WYNGAERT, *De uitleveringsexceptie voor politieke misdrijven*. Brussel, VUB, 1978, 181-216.

64. "Amnesty granted to illegal T-shirt maker", *TRC Press Release* 16 september 1998, <http://www.truth.org.za/pr/p980916b.htm>.

65. R. KEIGHTLEY, "Political offences and indemnity in South Africa", *South African Journal on Human Rights* 1993, (334) 346; deze criteria werden reeds toegepast in het kader van de 'vrijwaringswetten'.

66. R. KEIGHTLEY, *l.c.*, 345; C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 185-216.

67. J. LOOTS en W. DE PLESSIS, "Vrywaringswetgeving en die Waarheidskommissie – nog is 't het einde niet", *SA Public Law* 1997, (119) 149.

68. *Cf.* *TRC Report*, Vol. 5, Ch. 9, p. 391, nr. 60.

lende comités, kan men zich vragen stellen bij het aldus ontstane risico op uiteenlopende of tegenstrijdige ‘rechtspraak’.⁶⁹ De WVV maakt geen voorziening voor een beroepsmogelijkheid voor een onsuccesvolle amnestie-aanvrager. De Zuid-Afrikaanse Grondwet maakt echter ruime voorzieningen voor een persoon die een schending of bedreiging van zijn rechten zoals gewaarborgd door de *Bill of Rights* aanvoert, om zich tot een rechtbank te wenden.⁷⁰ Deze bepaling geldt ook voor wie van mening is dat het Amnestiecomité van de WVC zijn of haar grondrechten heeft geschonden in de behandeling van de zaak.⁷¹

4.4. GEVOLGEN VAN DE AMNESTIE⁷²

Een persoon die amnestie heeft verkregen op grond van de WVV, is niet langer strafrechtelijk en burgerrechtelijk aansprakelijk met betrekking tot de daad, het verzuim of het misdrijf waarvoor de amnestie is verleend. Bovendien kan geen enkel lichaam of organisatie, noch de staat, nog aansprakelijk worden gesteld in verband hiermee. Indien er een strafprocedure lopende is tegen een persoon die amnestie verkrijgt, of indien deze reeds veroordeeld is, wordt de strafprocedure nietig of vervalt het veroordelende vonnis bij de officiële publicatie van de amnestieverlening. Indien een burgerlijk vonnis echter vóór de amnestieverlening gewezen is, heeft de amnestie geen invloed op dit vonnis. Met betrekking tot een veroordeling voor feiten waarvoor later amnestie is verleend, wordt deze geacht uit alle officiële stukken en registers te zijn geschrapt en ‘for all purposes’ nooit te hebben plaatsgevonden.⁷³ Concluderend kan men dus stellen dat ‘legale amnesie’ wordt ingesteld door de amnestieverlening, die echter enkel wordt toegekend in ruil voor volle openbaring van de feiten. Op die manier wordt het ‘burgerlijk geheugen’ versterkt.⁷⁴ Er wordt enkel officieel ‘vergeving’ toegekend indien ‘vergeten’ hierdoor vermeden wordt.

Waar het Comité van oordeel is dat iemand met betrekking tot de feiten waarvoor amnestie verleend is, een slachtoffer is, verwijst het de zaak naar het Comité voor Herstel en Rehabilitatie (art. 22 WVV).

Bij weigering van amnestie moeten de aanvrager, slachtoffers en de Commissie zo snel mogelijk schriftelijk op de hoogte gesteld worden. Indien een strafrechtelijke of burgerrechtelijke procedure opgeschort was hangende de beslissing van het Comité, wordt de rechtbank op de hoogte gesteld van de afwijzing van de aanvraag. De rechter mag echter geen ongunstige afleidingen maken uit het mislukken van de amnestieprocedure (art. 21 WVV). Indien het Amnestiecomité een verzoek tot amnestie afwijst en oordeelt dat de feiten een grove

69. J. DUGARD, “Reconciliation and justice: the South African experience”, *Transnational Law and Contemporary Problems* 1998, (277) 299.

70. Artikel 38, *Constitution of the Republic of South Africa*, Wet 108 van 1996 (Zuid-Afrikaanse Grondwet).

71. Transvaalse Provinsiale Afdeling 27 oktober 1997, *Gerber v Voorsitter: Komitee voor Amnestie van die Kommissie vir Waarheid en Versoening*, *South African Law Reports* 1998, 559.

72. Artikel 20 (7), (8), (9) en (10) wvv.

73. Het Amnestiecomité kan wel aan de bevoegde overheid alle maatregelen aanbevelen die het nodig acht in het belang van de publieke veiligheid.

74. C. BRAUDE en D. SPITZ, “Memory and the spectre of international justice: a comment on *Azapo*”, *South African Journal on Human Rights* 1997, (269) 272.

mensenrechtenschending uitmaken waarvan iemand het slachtoffer is, verwijst het de zaak naar het Comité voor Herstel en Rehabilitatie (art. 22 WVV).

4.5. VERHOUDING STRAFVERVOLGING – AMNESTIE

Er bestaat duidelijk een verhouding van complementariteit tussen de dreiging van strafvervolging en de mogelijkheid om amnestie aan te vragen. Vrees voor vervolging, eerder dan oprecht berouw, is een belangrijke stimulans geweest voor het amnestieproces. Eerst moest natuurlijk gewacht worden op de uitspraak van het Grondwettelijk Hof in de *Azapo*-zaak (cf. Nr. 1.2. *supra*).⁷⁵ De vrijspraak van oud-Minister van Defensie *Malan* en zijn medebeschuldigen (vooral hoge officieren) in oktober 1996 was alvast geen aansporing voor leden van de strijdkrachten om amnestieaanvragen in te dienen.⁷⁶ De grote stormloop voor het aanvragen van amnestie kwam er echter na de succesvolle vervolging van *Eugene de Kock*.⁷⁷ Na zijn veroordeling maakte deze duidelijk dat hij zijn oversten, die hem naar zijn overtuiging in de steek hadden gelaten, zou impliceren. Hij verklaarde alles bekend te zullen maken en te wachten tot het laatste moment om zijn amnestie-aanvraag in te dienen (deze telde meer dan 1000 pagina's). Hierdoor dwong hij velen om amnestie aan te vragen, aangezien ze gewoon het risico niet konden nemen af te wachten tot de deadline voor aanvragen verlopen was. De Commissie geeft zelf toe dat ze niet zo naïef is te geloven dat de leden van de veiligheidspolitie even massaal amnestie zouden hebben aangevraagd indien dit individu niet de 'code of silence' had gebroken. De bekentenissen van deze politiemensen vormden op hun beurt een groot deel van het succes van de Commissie in het blootleggen van de 'diepere waarheid' over de ernstige schendingen tijdens de apartheidperiode. Het is dan ook begrijpelijk dat de WVC betreurt dat er geen vergelijkbare 'whistle blower' is opgestaan uit de rangen van de Zuid-Afrikaanse Strijdkrachten.⁷⁸

De processen van vervolging door het openbaar ministerie enerzijds en amnestie door de WVC anderzijds kunnen echter ook in conflict komen.⁷⁹ Het is voor misdadigers immers mogelijk om verval van de strafvervolging te bekomen door in een strafzaak op te treden als 'state witness'.⁸⁰ Indien bepaalde personen zich ofwel tot de openbaar aanklager, ofwel tot het Amnestiecomité wendden, kan de waarheidsvinding door het andere orgaan ernstig benadeeld worden. Bij gebrek aan coördinatie tussen het openbaar ministerie en de WVC, zouden belangrijke getuigen deze instanties tegen elkaar kunnen uitspelen. Toen de Commissie in 1997 Dr. WOUTER BASSONC, voormalig hoofd van het Zuid-Afri-

75. Enkele maanden na de uitspraak van het Grondwettelijk Hof, vroegen een aantal politiemannen amnestie aan voor de dood van STEVE BIKO. Deze werd hun echter geweigerd (de beslissing van het Amnestiecomité is te vinden op: <http://www.truth.org.za/decisions/1999/99Snyman.html>).

76. Zie: H. VARNEY en J. SARKIN, "Failing to pierce the hit squad veil: an analysis of the Malan trial", *South African Journal of Criminal Justice* 1997, 141-161.

77. Kolonel van de Veiligheidspolitie en commandant van *Vlakplaas*, een beruchte 'counterinsurgency'-eenheid die zich van de meest gewelddadige methodes bediende, waaronder aanslagen op politieke tegenstanders, foltering en standrechtelijke executies (M. MEREDITH, *Coming to terms. South Africa's search for truth*, New York, Public Affairs, 1999, 43-54).

78. *TRC Report*, Vol. 5, Ch. 6, p. 202, nr. 32-33.

79. A. DU TOIT, *L.c.*, 11.

80. Artikel 204 *Criminal Procedure Act*, Wet 51 van 1977.

kaanse programma voor chemische en biologische oorlogsvoering, wou verhooren, werd ze benaderd door het openbaar ministerie. De *Attorney-General* was ongerust dat een verhoor door de Commissie zijn vervolgingsdossier zou schaden. Begin 1998 zag de Commissie het einde van haar onderzoeksperiode naderen en besliste ze *Basson* toch te dagvaarden.⁸¹ Deze verzette zich hiertegen en wendde zich tot het 'High Court' in Kaapstad, waarbij hij beweerde dat een verschijning voor de Commissie zijn strafzaak zou schaden en zich beriep op zijn zwijgrecht en het verbod op zelfincriminatie.⁸² Het Hof verwierp zijn eis en droeg hem op voor het Mensenrechtenschendingencomité te verschijnen en te antwoorden op alle vragen die hem wettelijk gesteld zouden worden.⁸³ Inmiddels is in oktober 1999 het strafproces tegen *Basson* begonnen waarbij hij terechtstaat op 67 aanklachten waaronder moord, samenzwering tot moord en fraude.⁸⁴ Het is afwachten of gedurende de procedure zal blijken of de samenloop van het strafonderzoek en de hoorzitting van de WVC enig ongewenst gevolg zal hebben. Een andere interessante wisselwerking wordt geïllustreerd door de zaak van de zogenaamde 'Eikenhof Three'. Op 31 augustus 1999 besliste het Supreme Court of Appeal dat deze ANC-leden, die veroordeeld waren voor een aanslag, hun zaak opnieuw mogen voorleggen aan de feitenrechter. Een van de redenen voor deze beslissing was de bekentenis van een APLA-lid in zijn amnestie-aanvraag dat hij de aanval had bevolen en dat deze door zijn manschapen was uitgevoerd.⁸⁵

5. Herstel en Rehabilitatie

De Commissie onderscheidt verschillende soorten herstel en rehabilitatie: dringende interimherstelmaatregelen voor personen in hoge nood, individuele financiële herstelmaatregelen, symbolisch herstel (wettelijke en administratieve maatregelen zoals het instellen van een nationale herdenkingsdag, het oprichten van monumenten, het vergemakkelijken van het verkrijgen van overlijdensbewijzen voor 'verdwenen' personen, ...), gemeenschapsrehabilitatieprogramma's en institutionele hervormingen (bedoeld om de herhaling van mensenrechtenschendingen te voorkomen).⁸⁶

Al snel werd duidelijk dat de individuele vergoeding die slachtoffers van mensenrechtenschendingen zouden ontvangen, eerder symbolisch zou zijn. Men kan zich afvragen of alle slachtoffers, vooral die van daders die amnestie hebben verkregen, het eens zijn met volgende stelling: "*It is not simply a question of money. It is the acknowledgement which is vital to the process of*

81. *TRC Report*, Vol. 2, Ch. 6, p. 512-13, nrs. 8 e.v.

82. Artikel 35 Zuid-Afrikaanse Grondwet.

83. *TRC Report*, Vol. 1, Ch. 7, p. 200, nr. 133.

84. "Basson team challenges jurisdiction of court", *ZA*NOW* 4 oktober 1999, <http://www.mg.co.za/mg/za/archive/99oct/04octpm-news.html#basson>.

85. Supreme Court of Appeal 31 augustus 1999, *Ndweni, Bholo en Gavin v S*, <http://www.uovs.ac.za/law/appeals/39094.htm>.

86. *TRC Report*, Vol. 5, Ch. 5, p. 175-176, nrs. 23-32.

rehabilitation.”⁸⁷ Ondertussen is er ongenoegen over de traagheid waarmee de overheid de aanbevelingen in het rapport van de WVC uitvoert. Vooral belangengroepen van slachtoffers klagen over het uitblijven van vergoedingen.⁸⁸ De regering heeft in het budget 1998-99 100 miljoen Rand⁸⁹ uitgetrokken voor herstelmaatregelen. In 1999-2000 zou deze som verdubbelen.⁹⁰ Het ‘*President’s Fund*’, het speciale fonds dat verantwoordelijk is voor de uitbetalingen, ontving tot op heden 9165 dossiers van het Comité voor Herstel en Rehabilitatie. Zo’n 4600 van deze slachtoffers hebben tot nu toe samen 16 miljoen Rand ontvangen. De gemiddelde uitkering bedraagt zo’n 3000 Rand.⁹¹ Iedere persoon die volgens de bevindingen van de Commissie het slachtoffer van grove mensenrechtenschendingen is geweest, zou bij naam en met een korte beschrijving van de schending vermeld worden in een afzonderlijk deel van het verslag van de WVC.⁹² Dit deel had in 1999 moeten verschijnen, maar laat nog op zich wachten, allicht tot alle amnestie-aanvragen afgehandeld zijn.

6. Conclusies: veel waarheid en weinig verzoening?

In haar verslag⁹³ kwam de Commissie tot de conclusie dat de Zuid-Afrikaanse Staat verantwoordelijk was voor het grootste deel van de grove mensenrechtenschendingen in de onderzochte periode, onder meer door criminele activiteiten zoals het buitengerechtelijk executeren van politieke tegenstanders. Ook de ‘bondgenoten’ van de staat, de ‘thuislanden’, de *Inkatha Freedom Party* (IFP) en blanke extreem-rechtse groeperingen (*Afrikaner Volksfront*, enz.), waren hierbij betrokken. Ook in hoofde van de verzetsbewegingen (ANC, PAC, UDF) werden grove mensenrechtenschendingen geconstateerd, voornamelijk in gevallen waarbij burgers werden gevisieerd of slachtoffer werden van gewapende acties. Tenslotte werden ook verschillende onderdelen van de ‘*civil society*’, zoals de gezondheidssector, de geloofsgemeenschappen, de zakenwereld, de media en het gerecht gewezen op hun verantwoordelijkheid in de bestendiging van het apartheidsstelsel. Samenvattend stelt de Commissie dat geen enkele actor onbesproken uit het conflict is gekomen, hoewel er een moreel onderscheid moet gemaakt worden tussen hen die streeden tegen apartheid en zij die het systeem wilden bestendigen. De WVC erkent ook dat haar focus op de gebeurtenissen in Zuid-Afrika tot ‘*something of a historical distortion*’ leidt, aangezien de strijd in feite voornamelijk in de omliggende landen (Angola, Namibië, Mozambique, ...) werd uitgevochten. Hier vielen de meeste slachtoffers en werd de grootste schade aangericht.

87. K. ASMAL, “Victims, survivors and citizens – Human rights, reparations and reconciliation”, *South African Journal on Human Rights* 1992, (491) 501.

88. “Regering sloer met vergoeding aan apartheidsslachtoffers, sê drukgroep”, *Die Burger* 22 september 1999.

89. Dit stemt overeen met zo’n 645 miljoen BEF of 16 miljoen EURO.

90. “The first anniversary of the TRC Report”, 29 oktober 1999, <http://www.polity.org.za/govdocs/pr/1999/pr1029d.html>.

91. B. STREEK, “TRC pays out a pittance”, *Weekly Mail & Guardian* 10 december 1999.

92. *TRC Report*, Vol. 5, Ch. 1, p. 14, nr. 66.

93. *TRC Report*, Vol. 5, Ch. 6, p. 196-258, nrs. 1-165.

Toen het verslag van de WVC werd gepubliceerd, was er verzet vanwege zowel voormalig president F.W. DE KLERK als het ANC wegens de bevindingen van de Commissie met betrekking tot hun verantwoordelijkheid voor mensenrechtenschendingen. Men zou kunnen stellen dat dit bewijst dat de Commissie zich onafhankelijk heeft opgesteld.⁹⁴ Het oogmerk van neutraliteit en nationale verzoening wordt ook geïllustreerd door het feit dat zowel inbreuken door het apartheidsregime als die van de vroegere verzetsbewegingen werden onderzocht. Dit is zeker verkieslijk vanuit het standpunt van verzoening en evenredigheid, maar veroorzaakte toch kritiek. Men wierp op dat er een moreel onderscheid moest worden gemaakt tussen de uitgangspositie van de verschillende partijen en het ANC ging zelfs zo ver te beweren dat het feit dat het een 'just war' voerde, afbreuk deed aan het karakter van grove mensenrechtenschendingen van sommige van zijn acties. De WVC accepteerde deze zienswijze terecht niet, maar maakte wel duidelijk verwijzing naar het immorele karakter van de apartheid en legde de hoofdverantwoordelijkheid voor mensenrechtenschendingen bij de staat.⁹⁵ Dit is erg belangrijk gezien de pogingen van voorstanders van het apartheidsregime om de neutrale bewoordingen van de WVC te gebruiken om apartheid en de oppositie ertegen op moreel gelijke voet te plaatsen.⁹⁶

De WVC had een erg ambitieuze opdracht en men kon moeilijk verwachten dat ze deze perfect zou volbrengen. Hoewel ze meer bevoegdheden, middelen, personeel en tijd had dan enige andere waarheidscommissie, stond ze toch voortdurend onder tijdsdruk. Het feit dat de amnestiezittingen meer dan een jaar na het verschijnen van het verslag van de Commissie nog steeds bezig zijn, spreekt voor zich. Er wordt nogal eens beweerd dat de Waarheids- en Verzoeningscommissie veel waarheid heeft bereikt, maar weinig verzoening. Dit is niet verwonderlijk. Waarheid is een gegeven dat zich makkelijker laat dwingen dan verzoening. Voor sommige personen is de mogelijkheid om te verschijnen voor de Commissie allicht een waardevolle ervaring geweest, voor anderen een teleurstelling. Ook het effect op de verschillende gemeenschappen laat zich moeilijk meten. De getuigenissen van slachtoffers kunnen allicht voor velen een openbaring zijn geweest. Tegelijk kan ook geargumenteed worden dat 'waarheid' eerder tegenstellingen aanwakkerd en oude wonden heropent, dan voor verzoening te zorgen. Mensen kunnen niet in een officieel proces tot verzoening gedwongen worden. Men kan hen hoogstens de kans bieden en zich geen te romantisch beeld vormen van 'nationale verzoening'.

Wat de waarheidsvinding betreft, is er ook kritiek. Meer en meer wordt de Commissie nonchalant verwezen bij het controleren van informatie. Hier is de tijdsdruk allicht weer een belangrijke factor. Een ernstige strop voor de onderzoeken van de Commissie bleek in ieder geval de vernietiging van enorme hoeveelheden documenten door de overheid.⁹⁷ Toch laat de WVC een geweldige collectie waardevolle informatie na. Dit ondanks een aantal blunders. Een intern rapport onthulde bv. onlangs dat tot 40 van de 50 lijkens die werden opgegraven

94. P. VAN ZYL, *l.c.*, 647.

95. *TRC Report*, Vol. 5, Ch. 6, nr. 69.

96. J. DUGARD, "Reconciliation and justice: the South African experience", *l.c.*, 296.

97. *TRC Report*, Vol. 1, Ch. 6, p. 201 e.v.

door de onderzoekseenheid van de WVC, fout geïdentificeerd zouden zijn.⁹⁸ Medewerkers van de WVC geven ondertussen toe dat het verslag van de Commissie geen volledig en afgewogen beeld geeft van de misbruiken die moesten onderzocht worden.⁹⁹ De veelheid aan doelstellingen van de Commissie zorgde trouwens voor een zekere verwarring rond het begrip 'waarheid'. De WVC onderscheidde niet minder dan vier verschillende soorten 'waarheid': feitelijke of forensische, persoonlijke en narratieve, sociale waarheid en 'healing and restorative truth'.¹⁰⁰ Het is duidelijk dat een gebrek aan afbakening van deze verschillende 'waarheden' nefaste effecten kan hebben. Dat is juist waar sommigen de Commissie van beschuldigen: zo zou veel 'hearsay' en ander 'onbetrouwbaar bewijs' vergaard tijdens de getuigenissen van slachtoffers gebruikt zijn als 'feitelijke waarheid'.¹⁰¹ Hoewel het allerminst aangewezen is de klassieke gerechtelijke procedure als enige norm te hanteren ter evaluatie van de methodes die de WVC hanteerde, is het duidelijk dat naarmate de implicaties van bevindingen door de Commissie ernstiger worden, de gevolgde procedure meer waarborgen moet bieden. Een conflict tussen de *sui generis*-aanpak van de Commissie en de klassiek-liberale principes van het Zuid-Afrikaanse rechtssysteem was allicht voorspelbaar, maar moeilijk te vermijden.

II. INTERNATIONALE BESCHOUWINGEN

1. Een 'duty to prosecute'?

Een groeiend aantal publicaties maakt gewag van een internationaalrechtelijke verplichting voor staten om grove mensenrechtenschendingen te onderzoeken en te bestraffen, wat de mogelijkheid om amnestie te verlenen zou uitsluiten.¹⁰² Om deze stelling te ondersteunen, wordt verwezen naar verschillende internationale normen. Vooreerst zijn er de verdragsrechtelijke en gewonterechtelijke regels die de criminalisering van bepaalde internationale misdaden dragen: oorlogsmisdaden, genocide, apartheid, foltering en misdaden tegen de mensheid in het algemeen. Deze stellen deze misdaden strafbaar op het internationale vlak. Daar-

98. "TRC report to government on exhumations", *Cape Times* 8 september 1999.

99. "TRC admits it missed full story", *ZA*NOW* 14 augustus 1999, <http://www.mg.co.za/mg/za/archive/99aug/14aug-news.html>.

100. *TRC Report*, Vol. 1, Ch. 5, p. 110-112, nrs. 29-37.

101. A. JEFFERY, *The truth about the Truth Commission*, Johannesburg, South African Institute of Race Relations, 1999, 68-70.

102. K. AMBOS, "Impunity and International Criminal Law", *Human Rights Law Journal* 1997, 1-15; K. AMBOS, "Zur Amnestierung von Menschenrechtenverletzungen in Lateinamerika aus völkerrechtlicher Sicht", *Verfassung und Recht in Übersee* 1997, 465-485; M.C. BASSIOUNI, "Searching for peace and achieving justice: the need for accountability", *Nouvelles Etudes Pénales* 1998, nr. 14, 45-70; L. BERAT, "Prosecuting human rights violators from a predecessor regime: guidelines for a transformed South Africa", *Boston College Third World Law Journal* 1993, 199-231; C. EDELENBOS, "Human rights violations: a duty to prosecute?", *Leiden Journal of International Law* 1994, 5-21; J. KOKOT, "No impunity for human rights violations in the Americas", *Human Rights Law Journal* 1993, 153-159; D. ORENTLICHER, "Settling accounts: the duty to prosecute human rights violations of a prior regime", *Yale Law Journal* 1991, 2537-2615; N. ROHT-ARRIAZA (ed.), *Impunity and human rights in international law and practice*, Oxford, Oxford University Press, 1995, 13-57; M.P. SCHARFF, "Swapping amnesty for peace: was there a duty to prosecute international crimes in Haiti?", *Texas International Law Journal* 1996, 1-41.

naast kan men ook kijken naar de algemene mensenrechtenverdragen. Volgens de interpretatie die de verschillende internationale toezichtsorganen aan de bepalingen van deze verdragen geven¹⁰³, leggen deze de verdragsstaten een plicht op om ernstige inbreuken op fundamentele rechten zoals de fysieke integriteit (sommaire executies, verdwijningen, foltering, enz.) te onderzoeken, de waarheid trachten te achterhalen, de verantwoordelijken te straffen en de slachtoffers of hun nabestaanden te vergoeden. Het is niet mogelijk in dit kort bestek een exhaustief overzicht te geven van de verschillende rechtsvragen die betrekking hebben op deze materie, maar het volstaat om vast te stellen dat zich op internationaal vlak een afgetekende tendens in de richting van verplichte vervolging van grove mensenrechtenschendingen ontwikkelt. Een van de recentste bevestigingen hiervan kan men vinden in het Statuut van Rome ter oprichting van een Internationaal Strafhof (*cf. infra*, nr. 3).

2. Nogmaals Azapo

In de *Azapo*-zaak (*cf. supra*, nr. 1.2), werd het Zuid-Afrikaanse Grondwettelijk Hof ook gevraagd zich uit te spreken over de verenigbaarheid van de amnestieprocedure met internationale normen. Niet alleen de uitkomst hiervan¹⁰⁴ maar ook de manier waarop deze bereikt werd,¹⁰⁵ heeft veel kritiek uitgelokt. In het geding werden voornamelijk de vier Conventies van Genève ingeroepen, aangezien dit de enige relevante verdragen zijn waartoe Zuid-Afrika op het moment dat de misdrijven begaan werden, toetreden was.¹⁰⁶ De lidstaten bij de Conventies van Genève verbinden zich ertoe “alle wettelijke regelingen tot stand te brengen, nodig om doeltreffende strafbepalingen vast te stellen” voor personen die zich hebben schuldig gemaakt aan zogenaamde ernstige inbreuken op de verdragen¹⁰⁷ of die daartoe het bevel hebben gegeven.¹⁰⁸ Daarbij zijn zij verplicht de verdachten op te sporen en voor hun eigen gerechten te brengen. Alternatief kan een lidstaat deze personen “ter berechting overleveren aan een andere bij de vervolging belang hebbende” verdragsstaat. Het Hof merkt eerst op

103. Zowel het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens, de Inter-Amerikaanse Commissie voor de Rechten van de Mens, het Mensenrechtencomité van de VN als het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hebben zich reeds in deze zin uitgesproken.

104. Zie o.m. Z. MOTALA, “The Constitutional Court’s approach to international law and its method of interpretation in the ‘Amnesty decision’: intellectual honesty or political expediency?”, *South African Yearbook of International Law* 1996, 29-59.

105. J. DUGARD, “Is the truth and reconciliation process compatible with international law? An unanswered question”, *South African Journal on Human Rights* 1997, 258-268.

106. Pas onlangs is besloten de voorzieningen van de Conventies in het interne recht te incorporeren (Dept. of Foreign Affairs, “The 50th anniversary of the Geneva Conventions of 1949: international humanitarian law”, 11 augustus 1999, <http://www.polity.org.za/govdocs/pr/1999/pr0811f.html>).

107. Ernstige inbreuken (*grave breaches*) zijn, o.m., opzettelijke levensberoving, foltering, onmenselijke behandeling, het opzettelijk veroorzaken van hevig lijden, ernstig lichamelijk letsel of ernstige schade aan de gezondheid, het nemen van gijzelaars, onwettelijke deportatie of transfer, ..., dit steeds ten nadele van door de Conventies beschermde personen (Art. 50, Conventie I; art. 51, Conventie II; art. 130, Conventie III; art. 147, Conventie IV).

108. Art. 49, Conventie I; art. 50, Conventie II; art. 129, Conventie III; art. 146, Conventie IV; art. 85 (1) van Protocol I maakt deze bepalingen toepasselijk op inbreuken en ernstige inbreuken op dit Protocol.

dat *in casu* bepaald moet worden of de WVV in strijd is met de Interimgrondwet. Internationaal recht komt daarbij enkel in overweging bij de interpretatie van de Grondwet, aangezien de grondwetgever niet verondersteld moet worden gelegifereerd te hebben in strijd met zijn internationale verplichtingen.¹⁰⁹ Internationale verdragen zijn immers geen deel van het Zuid-Afrikaanse recht en kunnen dus niet in rechte worden afgedwongen indien ze niet bij wet geïncorporeerd zijn in het nationale rechtssysteem.¹¹⁰ Het Hof verwijst daarbij nog naar artikel 231 (1) van de Overganggrondwet, dat bepaalt dat alle internationale overeenkomsten die Zuid-Afrika afgesloten had voor het van kracht worden van de Overganggrondwet, bindend zijn tenzij anders beslist wordt bij wet. Dit is een eigenaardige toepassing van een ietwat ongelukkig geformuleerd artikel. Er bestaat geen twijfel over dat artikel 231 (1) werd opgesteld om het nieuwe democratische parlement de mogelijkheid te bieden 'obscure' overeenkomsten die het apartheidregime gesloten had met andere 'internationale pariastaten' aan een democratische controle te onderwerpen.¹¹¹ Dit artikel toepassen op normen van internationaal humanitair recht doet vreemd aan. Het Hof waagt zich verder nog aan een *obiter dictum* met betrekking tot artikel 6 (5) van Protocol II bij de Conventies van Genève. Deze tekst draagt de partijen op om "op de grootst mogelijke schaal amnestie te verlenen aan de personen die hebben deelgenomen aan het gewapende conflict". Dit artikel wordt wel meer ingeroepen in beslissingen waarbij amnestiewetten wettig worden bevonden (El Salvador, Chili), ondanks de sterke aanwijzingen dat het geenszins amnestie aanmoedigt of toelaat voor grove schendingen van het internationale humanitaire recht.¹¹² Het Hof verwijst zeer selectief naar internationale precedentes. Zo wijst het wel op de precedentes van Chili, Argentinië en El Salvador om aan te tonen dat deze landen ook het principe van amnestie hadden erkend¹¹³, maar vermeldt het niet de uitspraken van internationale controle-organismen met betrekking tot dit soort wetgeving in Zuid-Amerika.¹¹⁴ Het Grondwettelijk Hof had zonder twijfel sterkere en elegantere argumenten kunnen vinden om een niet-strijdigheid van de amnestiewetgeving met het internationaal recht te vinden, zoals een falende *usus* van staten om de beweerdte vervolgingsverplichting na te leven.¹¹⁵ Een van de

109. Constitutional Court 25 juli 1996, *Azapo v SA, l.c.*, 688, nr. 26.

110. Hoewel een stuk meer 'international law friendly' dan voor 1994, blijft Zuid-Afrika een dualistisch stelsel kennen waar het de verhouding nationaal/internationaal recht betreft.

111. M. OLIVIER, "The status of international law in South African municipal law: section 231 of the 1993 Constitution", *South African Yearbook of International Law* 1993/94, (1) 4-5.

112. N. ROHT-ARRIAZA en L. GIBSON, "The developing jurisprudence on amnesty", *Human Rights Quarterly* 1998, (843) 864-866.

113. Constitutional Court 25 juli 1996, *Azapo v SA, l.c.*, 686, nr. 22.

114. De Inter-Amerikaanse Commissie voor Mensenrechten heeft in een aantal van haar rapporten geoordeeld dat amnestiewetten die immuniteit opleveren voor ernstige schendingen van fundamentele rechten beschermd door de Amerikaanse Conventie voor de Rechten van de Mens, ingaan tegen de internationale verplichtingen van de lidstaten; zie Inter-American Commission on Human Rights, Report nr. 26/92, Case 10.287, El Salvador, 24 september 1992, *Human Rights Law Journal* 1993, 167; Inter-American Commission on Human Rights, Report nr. 28/92, Cases 10.147, -181, -240, -262, -309, -311, Argentina, 2 oktober 1992, *H.R.L.J.* 1992, 336; Inter-American Commission on Human Rights, Report nr. 29/92, Cases 10.029, -036, -145, -305, -372-375, Uruguay, 2 oktober 1992, *H.R.L.J.* 1992, 340.

115. J. DUGARD, "Is the truth and reconciliation process compatible with international law? (...)", *l.c.*, 267.

architecten van de Zuid-Afrikaanse transitie betreurt dan ook deze gemiste kans om een alternatieve vorm om verantwoordelijkheid voor grove mensenrechtenschendingen vast te stellen, in overeenstemming met internationale normen te bevinden.¹¹⁶ Het Hof vreesde misschien echter dat een nadere beschouwing van internationale normen tot een vernietiging van de amnestieprocedure zou leiden en het volledige constitutionele compromis waarop het nieuwe Zuid-Afrika is gebouwd, op de helling zou zetten. Men kan allicht niet verwachten dat in zo'n situatie een grondwettelijk hof een crisis zou willen veroorzaken.¹¹⁷ Het arrest bevat veel '*policy considerations*' over de noodzaak van verzoening en het inluiden van een nieuw tijdperk voor Zuid-Afrika. Deze overwegingen zijn prachtig geschreven en getuigen van veel respect voor het 'Nieuwe Zuid-Afrika'.¹¹⁸

Tenslotte valt nog op te merken dat Zuid-Afrikaanse burgers zich niet tot een supranationaal controlemechanisme kunnen wenden in het kader van algemene mensenrechtverdragen.¹¹⁹ Zo is Zuid-Afrika geen partij bij het Facultatief Protocol bij het Internationaal Verdrag voor Burgerlijke en Politieke Rechten, maar heeft het enkel de interstatelijke klachtenprocedure van art. 41 erkend, zodat het Mensenrechtencomité van de VN niet bevoegd is klachten van individuen tegen Zuid-Afrika te ontvangen. De vraag stelt zich wat het resultaat zou geweest zijn indien de klagers in de *Azapo*-zaak zich, bv., tot een Afrikaans Hof voor de Rechten van de Mens hadden kunnen wenden.¹²⁰

3. Een Internationaal Strafhof

Op 17 juli 1998 keurden 120 staten, verenigd op een diplomatieke conferentie in de Italiaanse hoofdstad, het Statuut van Rome¹²¹ voor een permanent Internationaal Strafhof goed.¹²² In de preambule van het verdrag komt duidelijk tot uiting dat "de zwaarste misdaden die een zorg zijn voor de internationale gemeenschap als geheel" niet ongestraft mogen blijven en dat de beteugeling ervan in de eerste plaats op de schouders van de nationale staten rust. Hierbij wordt de plicht van iedere staat om zijn strafjurisdictie over de verantwoordelijken voor internationale misdaden uit te oefenen, in herinnering gebracht. De voorlaatste

116. J. DUGARD, "Reconciliation and justice: the South African experience", *l.c.*, 307.

117. N. ROHT-ARRIAZA en L. GIBSON, *l.c.*, 884.

118. "There is a missionary fervour and zeal in this statement which underscores the premise underlying the new South Africa, namely that the apartheid-era is now over, that everyone was, in a sense, the victim of that regime and that the chief object ahead is to build a new and better society." (A. CASSESE, "Reflections on International Criminal Justice", *The Modern Law Review* 1998, (1) 4).

119. J. DUGARD, "Retrospective justice: international law and the South African model", in J. MC. ADAMS (ed.), *Transitional justice and the rule of law in new democracies*, London, University of Notre Dame Press, 1997, (269) 285.

120. Cf. A. STEMMET, "A future African Court for Human and Peoples' Rights and domestic human rights norms", *South African Yearbook of International Law* 1998, (233) 237-238.

121. Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, U.N. Doc. A/Conf.183/9, opgenomen in *I.L.M.* 1998, 999; *H.R.L.J.* 1998, 453; een versie met de jongste redactionele correcties kan gevonden worden op het internet: <http://www.un.org/Depts/Treaty/collection/notpubl/rome-en-c.htm>; het Hof zal enkel misdaden kunnen berechten begaan na de inwerkingtreding van het Statuut (art. 11 Statuut), de hierna volgende beschouwingen zijn dus geheel theoretisch wat de Zuid-Afrikaanse toestand betreft.

122. Zie: T. ONGENA, "Een Internationaal Strafhof: kan Sisyphus eindelijk rusten?", *Pan.* 1999, 230-263 en de verwijzingen aldaar.

paragraaf van de preambule en artikel 1 van het Statuut stellen dan ook dat het Hof en de nationale strafrechtbanken in een verhouding van complementariteit zullen staan. Dit betekent dat het Internationaal Hof, in tegenstelling tot de ad-hoc Straftribunalen voor Joegoslavië en Rwanda, de berechting van een binnen zijn bevoegdheid vallend internationaal misdrijf enkel naar zich kan trekken indien de nationale jurisdicties blijk geven van onwil om de zaak zelf te berechten of hiertoe in de onmogelijkheid verkeren. Dit blijkt uit artikel 17 (1) van het Statuut dat de “ontvankelijkheid” (*admissibility*) voor het Strafhof¹²³ behandelt. Zo kan een zaak niet voor het Hof worden gebracht indien:

- (a) een staat die er jurisdictie over heeft, ze onderzoekt of vervolgt;
- (b) een staat die jurisdictie heeft, de zaak heeft onderzocht en beslist heeft niet te vervolgen;
- (c) de persoon in kwestie reeds berecht is (werking van het *ne bis in idem*-beginsel, *cf. infra*);
- (d) de zaak niet voldoende zwaarwichtig is.

In de twee eerste gevallen is het Hof wél bevoegd indien de staat in kwestie ‘*unwilling or unable*’ is om het onderzoek of de vervolging door te voeren, of om die redenen het besluit heeft genomen niet te vervolgen. Om deze onwil of onmogelijkheid te beoordelen in een concreet geval, schuift artikel 17 (2) een aantal criteria naar voren. Zo moet het onderzoek of de vervolging door een staat als ‘onwillig’ worden beschouwd indien:

- (a) deze worden ondernomen met het doel de betrokken persoon af te schermen voor strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor misdaden waarvoor het Hof bevoegd is;
- (b) er een ongerechtvaardigde vertraging optreedt die in de omstandigheden niet verenigbaar is met het opzet de persoon te berechten;
- (c) de verrichtingen niet onafhankelijk of onpartijdig zijn en worden verricht op een manier die in de omstandigheden niet verenigbaar is met het opzet om de persoon te berechten.

Wat de onmogelijkheid om te vervolgen betreft, zal deze volgens artikel 17 (3) blijken uit een totale of tenminste aanzienlijke instorting of het ontbreken van het nationale rechtssysteem. Indien de staat in de onmogelijkheid verkeert om de beschuldigde aan te houden, bewijsmateriaal of getuigenissen te verzamelen of het anderszins onmogelijk is om het proces te voeren, zal er eveneens sprake zijn van ‘*inability*’.

Dit alles lijkt echter geen vaststaand antwoord te geven op de vraag hoe nationale amnestiewetten met betrekking tot misdrijven die onder de bevoegdheid van het Hof vallen, beoordeeld moeten worden. Dit moeilijke vraagstuk vond geen oplossing tijdens de zittingen van het *Preparatory Committee*¹²⁴ wegens te delicaat en tijdens de Conferentie van Rome werd er niet verder op ingegaan.¹²⁵ Blijkbaar was men zich bewust van de mogelijke problemen, aangezien “*it was further suggested that consideration should be given to how the complementa-*

123. Art. 19 van het Statuut bepaalt dat het Hof zich er steeds van moet vergewissen of het jurisdictie heeft en ambtshalve kan bepalen of de zaak ontvankelijk is overeenkomstig art. 17.

124. Het orgaan dat de teksten voor de Conferentie van Rome voorbereid heeft.

125. E. LA HAYE, “The jurisdiction of the International Criminal Court: controversies over the pre-conditions for exercising its jurisdiction”, *Netherlands International Law Review* 1999, (1) 10.

rity regime would take account of national reconciliation initiatives entailing legitimate offers of amnesty or internationally structured peace processes".¹²⁶ De Verenigde Staten suggereerden inderdaad dat een verantwoordelijke beslissing van een democratisch regime om amnestie toe te kennen, relevant kon zijn om de toelaatbaarheid van een zaak voor het Hof te beoordelen.¹²⁷ Ook later werd er nog melding gemaakt van de overweging dat de bepalingen m.b.t. de complementariteit "should (...) address (...) possibly also pardons and amnesties".¹²⁸ Maar hoewel het dus opgeworpen is, vond dit vraagstuk blijkbaar geen oplossing. Men kan dus enkel kijken naar de bewoordingen van het Statuut om een antwoord te vinden. *Prima facie* lijkt amnestie voor het soort misdaden die onder de jurisdictie van het Hof vallen, niet aanvaardbaar als rem voor de uitoefening van de strafmacht van dit orgaan. Een aantal overwegingen in de preambule van het Statuut van Rome lijken dit te ondersteunen: "affirming that the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished and that their effective prosecution must be ensured", "determined to put an end to impunity", "recalling that it is the duty of every state to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes". Ook de gronden waarop het Hof een zaak aan zich kan trekken in afwijking van de 'eerstelijnsjurisdictie' van de nationale staten, wijzen in dezelfde richting (cf. *supra*). Amnestie kan immers beschouwd worden als het sterkste voorbeeld van straffeloosheid. De Franse *Conseil Constitutionnel* heeft alvast geoordeeld dat de Franse Grondwet moet worden aangepast vooraleer het Statuut van Rome geratificeerd kan worden. De Raad kwam onder meer tot dit besluit door zijn overtuiging dat de voorziening in de grondwet die het aannemen van amnestiewetten toelaat, er toe zou kunnen leiden dat het Hof de overlevering vroeg van personen die in Frankrijk van een amnestie genieten.¹²⁹

Toch heerst er onenigheid in de rechtsleer. Sommige auteurs proberen het ogenschijnlijk verbod op amnestie te kwalificeren. Zo wordt gesuggereerd dat, bij toepassing van artikel 17 (2) (a), het Hof de motieven voor de beslissing tot niet-vervolgving (de amnestie) moet bepalen en zo al dan niet tot de conclusie kan komen dat de amnestie verleend werd om de persoon in kwestie te behoeven voor vervolging voor het Hof.¹³⁰ Men mag echter niet vergeten dat wel de vereiste geldt dat de zaak nationaal onderzocht of vervolgd wordt (is) of dat er na onderzoek beslist is niet te vervolgen. Moet dit onderzoek dan gericht zijn op vervolging? Dit lijkt zo te zijn.¹³¹ Dan nog is het mogelijk dat na zo'n vervolgingsgericht onderzoek de staat toch verkiest amnestie te verlenen. Indien men

126. Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Vol. I, U.N. G.A.O.R., 51st Sess., Supp. nr. 22, U.N. Doc. A/51/22 (1996), § 160.

127. R. WEDGWOOD, "The International Criminal Court: an American view", *European Journal of International Law* 1999, (93) 96.

128. Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Working Group on Complementarity and Trigger Mechanism, U.N. Doc. A/AC.249/1997/WG.3/CRP.2 (13 August 1997), 6.

129. *Conseil Constitutionnel* 5 januari 1999, nr. 98-408 DC, *Revue du Droit Public* 1999, (471) 478.

130. D. SAROOSHI, "The Statute of the International Criminal Court", *International and Comparative Law Quarterly* 1999, (387) 393.

131. A. O'SHEA, "The Statute of the International Criminal Court", *South African Law Journal* 1999, (243) 251.

een individuele amnestie niet *per se* gelijkstelt met een ‘*unwillingness genuinely to prosecute*’¹³² is het mogelijk dat de zaak in deze hypothese ontoelaatbaar zou worden verklaard op grond van art. 17 (1) (b).¹³³

Artikel 17 behandelt de gevallen van samenloop tussen een onderzoek of vervolging of een beslissing tot niet-vervolging in een lidstaat en de wens van het Internationaal Strafhof om dezelfde feiten te vervolgen. Indien de zaak in kwestie echter reeds het voorwerp heeft uitgemaakt van een berechting, met een veroordeling of een vrijspraak tot gevolg, zijn andere regels van toepassing, met name het principe *ne bis in idem*. Artikel 20 (3) van het Statuut van Rome bepaalt dat een persoon die reeds door een andere rechtbank berecht is voor feiten die onder de bevoegdheid van het Hof vallen, niet door het ICC berecht kan worden. Ook hier zijn echter uitzonderingen geformuleerd: er zal geen *ne bis in idem*-werking zijn indien:

- de eerdere procedure erop gericht was de persoon af te schermen voor zijn strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor het Hof;
- de procedure anderszins niet onafhankelijk of onpartijdig was in overeenstemming met de internationaal aanvaarde vereisten van een behoorlijk proces;
- ze uitgevoerd werd op een manier die in de omstandigheden onverenigbaar was met de bedoeling de persoon ter rechte te brengen.

Deze bepaling lijkt er eens te meer op te wijzen dat een amnestie niet aanvaard zal worden door het Internationale Strafhof, ze is immers gericht tegen zogenaamde “*sham trials*”, schijnprocessen.¹³⁴ Als het Hof kan voorbijgaan aan de inspanningen van een staat die een schijnproces organiseert, lijkt dit *a fortiori* te gelden in het geval van een openlijke amnestie. Hier lijkt een lezing van de voorbereidende werken meer zekerheid te geven: “*The view was also expressed that the “exception” to the principle non bis in idem (...) should extend beyond the trial proceedings to embrace parole, pardon, amnesty, etc.*”¹³⁵ Het gebruik van de uitdrukking “*should extend*” duidt er allicht op dat sommigen de bestaande tekst wilden *uitbreiden* en dat probatie, genade en amnestie dus geen gronden voor werking van het *ne bis in idem*-beginsel zijn. De uitzonderingen op de werking van het *ne bis in idem*-beginsel zijn trouwens een uitdrukking van hetzelfde complementariteitsbeginsel dat in artikel 17 is vastgelegd.¹³⁶ Het zou ongerijmd zijn beide artikelen zo te interpreteren dat ze een verschillende inhoud geven aan de complementariteit.

Er zijn dus zeer sterke aanwijzingen dat het Internationale Strafhof niet gehouden is een nationaal toegekende amnestie te respecteren.¹³⁷ Aangezien deze vraag echter niet expliciet wordt behandeld in het Statuut, is het niet mogelijk

132. In die zin: D.D. NTANDA NSEREKO, “The International Criminal Court: jurisdictional and related issues”, *Criminal Law Forum* 1999, (87) 120: “*The Court must be careful not to undermine delicate peace and national reconciliation arrangements of which amnesties may be an integral component.*”

133. E. LA HAYE, “The jurisdiction of the International Criminal Court: controversies over the pre-conditions for exercising its jurisdiction”, *Netherlands International Law Review* 1999, (1) 10.

134. T. ONGENA, *l.c.*, 251.

135. Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Vol. I, U.N. G.A.O.R., 51st Sess., Supp. nr. 22, U.N. Doc. A/51/22 (1996), § 174.

136. G.A.M. STRIJARDS, “De weergalm van een Romeins applaus”, *N.J.B.* 1999, (765) 768.

137. Zie ook: G. HAFNER, K. BOON, A. RÜBESAME en J. HUSTON, “A response to the American view as presented by Ruth Wedgwood”, *European Journal of International Law* 1999, (108) 109-113.

hierover uitsluitel te geven voor het Hof zich hier zelf over heeft kunnen uitspreken.¹³⁸ Vergeten we hierbij niet dat de zaken voor het Hof zullen worden gebracht door een onafhankelijke *Prosecutor* (art. 13 Statuut). Deze kan *proprio motu* een onderzoek starten indien hij informatie heeft over misdaden die binnen de jurisdictie van het Hof vallen. Hij moet de zaak wel voorleggen aan de *Pre-Trial Chamber* van het Hof die optreedt als een soort onderzoeksgerecht (art. 15 Statuut). Deze Kamer moet dan oordelen of er ‘*reasonable basis*’ is voor een onderzoek. Men kan ervan uitgaan dat de *Prosecutor* opportuniteitsafwegingen zal maken alvorens een onderzoek aan te vatten, zeker gezien de per definitie beperkte capaciteit van een Internationaal Strafhof. Volgens het Statuut dient hij te overwegen of vervolging in “*the interests of justice*” zou zijn, waarbij hij alle omstandigheden in acht moet nemen en met name de ernst van de misdaad, de belangen van het slachtoffer, de leeftijd of de gezondheidstoestand van de dader en diens aandeel in de misdaad (art. 53). De Secretaris-generaal van de Verenigde Naties lijkt er alvast op te vertrouwen dat het opnemen van zaken die behandeld worden in het kader van een proces van nationale verzoening zoals in Zuid-Afrika, geen prioriteit van het Hof zou zijn.¹³⁹

4. Nationale vervolgingen

In tegenstelling tot de situatie in vele landen, stelt verjaring van de strafvordering nauwelijks een probleem in Zuid-Afrika. De algemene verjaringstermijn is 20 jaar en deze geldt bovendien niet voor moord en enkele andere zware misdaden.¹⁴⁰ Vorderingen in burgerlijke aansprakelijkheid zijn echter aan een veel kortere termijn van drie jaar onderworpen.¹⁴¹ Zoals hierna zal worden geïllustreerd, vloeit een belangrijke beperking van de vervolgingsmogelijkheden echter voort uit de beschikbare incriminaties naar Zuid-Afrikaans recht.

Gedurende de beginfase van het BASSON-proces kwam al snel een pijnpunt van het Zuid-Afrikaanse rechtstelsel aan het licht: de zeer beperkte incorporatie van internationale misdaden in het strafstelsel. Het *High Court* in Pretoria besliste immers dat zes van de belangrijkste beschuldigingen¹⁴² moesten wegvallen aangezien ze betrekking hadden op feiten gepleegd in het buitenland. Er werd ook rekening gehouden met de algemene amnestie die was toegekend bij de

138. B. BROOMHALL, “The International Criminal Court: a checklist for national implementation”, *Nouvelles Études Pénales* 1999, nr. 13^{quater}, (113) 144, die elders preciseerd: “*The Court would look broadly at the legal and institutional context of the national proceedings, and would require clear evidence before finding an unwillingness or inability at the national level.*” (B. BROOMHALL, “The International Criminal Court: overview, and cooperation with states”, *Nouvelles Etudes Pénales* 1999, nr. 13^{quater}, (45) 67).

139. K. ANNAN, “Secretary-General of the United Nations’ Honorary Degree Speech. University of the Witwatersrand, Johannesburg, 1 september 1998”, <http://www.wits.ac.za/archive/wcs/annan.html>: “*It is inconceivable that, in such a case, the Court would seek to substitute its judgement for that of a whole nation which is seeking the best way to put a traumatic past behind it and build a better future.*”

140. Art. 18 *Criminal Procedure Act*, Wet 51 van 1977.

141. Art. 11 (d) *Prescription Act*, Wet 68 van 1969.

142. Waaronder het verschaffen van spierverslappers waarmee 200 SWAPO-gevangenen zouden gedood zijn in Namibië.

transitie in Namibië.¹⁴³ Het openbaar ministerie had de beschuldiging gekwalificeerd als ‘*conspiracy to murder*’ om een aanknopingspunt te vinden met de Zuid-Afrikaanse territoriale rechtsmacht, maar dit werd niet aanvaard.¹⁴⁴ Ondanks de mogelijkheid van strafvervolging voor misdrijven waarvoor geen amnestie is verleend, is deze beperkt tot de misdrijven die strafbaar waren naar Zuid-Afrikaans recht op het moment dat ze begaan werden. Gezien het consensuele karakter van de transitie heeft men niet overwogen feiten die strafbaar waren naar internationaal recht, retrospectief te incrimineren.¹⁴⁵ Ook de ‘grove mensenrechtenschendingen’ waarover de Waarheids- en Verzoeningscommissie zich gebogen heeft, kwamen overeen met misdrijven naar Zuid-Afrikaans recht.¹⁴⁶ Dit wijst op de wil om de indruk te vermijden dat men aan ‘*victor’s justice*’ deed tegenover vroegere tegenstanders en om de toewijding aan het legaliteitsbeginsel te onderstrepen.¹⁴⁷

De laatste jaren is Zuid-Afrika in snel tempo lid geworden bij verdragen die internationale misdaden strafbaar stellen zoals de Conventie tegen Foltering en de Genocideconventie. Bovendien heeft het het Statuut van Rome voor een Internationaal Strafhof ondertekend¹⁴⁸ en heeft de regering haar wil uitgedrukt¹⁴⁹ om lid te worden bij de Conventie tegen Apartheid. De Apartheidsconventie creëert universele rechtsmacht voor de misdaden die onder de definitie vallen en vereist de lidstaten de hiervoor benodigde wetgeving aan te nemen.¹⁵⁰ Het Zuid-Afrikaanse Ministerie van Justitie ontkent dat deze conventie gebruikt zou worden om leden van het vroegere regime te vervolgen, “aangezien de Waarheids- en Verzoeningscommissie de onrechtvaardigheden van Apartheid reeds heeft afgehandeld”.¹⁵¹ Wat de nietretro-activiteit van de Strafwet betreft, voorzag de

143. “Six Basson charges dropped”, *ZA*NOW* 12 oktober 1999, <http://www.mg.co.za/mg/za/archive/99oct/12octpm-news.html>.

144. Als common-law land oefent Zuid-Afrika traditioneel geen extraterritoriale jurisdictie uit op basis van nationaliteit. Een uitzondering hierop is verraad (*treason*) (J. DUGARD, *o.c.*, 122).

145. J. DUGARD, “Retrospective justice: international law and the South African model”, *L.c.*, 276.

146. Hierbij dient wel opgemerkt dat de Commissie ook feiten begaan buiten de Republiek kon onderzoeken.

147. J. DUGARD, “Retrospective justice: international law and the South African model”, *L.c.*, 279.

148. In samenwerking met andere leden van de *Southern African Development Community* wordt nu gewerkt aan de ratificatie van het Statuut (DEPT. OF FOREIGN AFFAIRS, “The 50th anniversary of the Geneva Conventions of 1949: international humanitarian law”, 11 augustus 1999, *L.c.*). De Zuid-Afrikaanse Regering wenst in de zomer van 2000 implementiewetgeving aan het Parlement voor te leggen (zie het wetgevingsschema voor het jaar 2000: <http://www.doj.gov.za/legislation/prog2000.html>). Dit behelst noodzakelijkerwijze het aannemen van wetgeving die de misdaden omschreven in het Statuut strafbaar stelt (*cf.* de Memorie van Toelichting bij het Wetsontwerp houdende instemming met het Statuut van Rome van het Internationaal Strafgerechtshof, gedaan te Rome op 17 juli 1998, *Parl. St. Senaat* 1999-2000, nr. 2-329/1, 7, waar weliswaar niet gesproken wordt van een verplichting, maar van “een logisch gevolg van de regel van de complementariteit van het Hof”).

149. “Statement by the Minister of Justice and Constitutional Development, Dr. PENUELL MADUNA, in connection with South Africa’s accession to the International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid as approved by Cabinet”, 19 juli 1999, <http://www.polity.org.za/govdocs/pr/1999/pr0719a.html>.

150. Art. IV (b), Conventie tegen Apartheid.

151. L. VAN ZILLA, “New bill to outlaw racism”, *Cape Times* 20 juli 1999; zie nochtans nr. 3.1 *supra*.

Overgangsgrondwet hierop geen uitzonderingen.¹⁵² De definitieve Grondwet stelt dat een verdachte het recht heeft niet te worden veroordeeld voor een feit dat niet strafbaar was “*under either national or international law*” op het moment dat het werd gepleegd.¹⁵³ In de huidige grondwettelijke constellatie van Zuid-Afrika is het dus toegelaten strafwetgeving in te voeren met retrospectieve werking ten aanzien van internationale misdaden.¹⁵⁴ Dit betekent dat voor feiten die op het moment dat ze begaan werden, niet strafbaar waren naar intern recht, eventueel gesteund kan worden op een reeds bestaande internationale strafbaarstelling. De vraag die hierbij vanzelfsprekend cruciaal is, is in welke mate de hoger genoemde incriminaties als puur verdragsrecht of als uitdrukkingen van internationaal gewoonterecht moeten gezien worden. Alleen dit laatste zou retrospectieve strafbaarstelling toelaten gezien het feit dat Zuid-Afrika tijdens de periode van apartheid nauwelijks verdragen m.b.t. materieel internationaal strafrecht heeft ondertekend. Hoewel de Conventie tegen Apartheid momenteel door 101 staten getekend is, gebeurde dit vooral door ‘niet-westerse’ staten in Afrika, Azië en Oost-Europa. Velen stellen zich dan ook vragen bij de internationaal gewoonterechtelijke status van de misdaad van apartheid.¹⁵⁵ Het *symbolische* effect van de strafbaarstelling was allicht altijd belangrijker dan de effectieve uitoefening ervan¹⁵⁶, en het is niet waarschijnlijk dat veel staten momenteel warm lopen voor de vervolging van apartheidsmisdadigers na de democratische transitie in Zuid-Afrika. Toch is er een blijvende bereidheid om apartheid te definiëren als een misdaad tegen de mensheid, waarvan getuige de opname ervan in de ‘*Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*’ van de *International Law Commission* van 1996 (art. 18) en in het Statuut van Rome voor een Internationaal Strafhof.¹⁵⁷

Men moet echter niet verwachten dat van deze strafbaarstelling uitgebreid gebruik zal gemaakt worden. Zo verklaarde de ‘*National Director of Public Prosecutions*’ in een recent interview: “*Does South Africa want me to continue digging into the past, or do you want me to spend your money focusing on problems we have now? (...) I really don’t have an answer at the moment*”.¹⁵⁸

Maar wat indien een ander land de uitlevering vraagt van personen die in Zuid-Afrika amnestie hebben verkregen? In een recente uitspraak behandelde het Zuid-Afrikaanse Hooggerechtshof de ‘territoriale bevoegdheid’ van het Amnestiecomité. Nadat de Zuid-Afrikaanse regering besliste om op een verzoek tot uitlevering van twee beschuldigten van een aanslag door Namibië in te gaan,

152. Art. 25 (3) (f) Overgangsgrondwet.

153. Art. 35 (3) (l) Zuid-Afrikaanse Grondwet.

154. J. DUGARD, “Is the truth and reconciliation process compatible with international law? (...)”, *l.c.*, 260.

155. S.R. RATNER en J.S. ABRAMS, *Accountability for human rights atrocities in international law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 115; L.S. SUNGA, *Individual responsibility in international law for serious human rights violations*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992, 79; E. ZOLLER, “La définition des crimes contre l’humanité”, *Journal du Droit International* 1993, (549) 558.

156. R.S. CLARK, “Apartheid”, in M.C. BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*, I, New York, Transnational Publishers, 1999, 645.

157. Art. 7 (1) (j), met name de eerdere kwalificatie als misdaad tegen de mensheid in internationale documenten speelde hierbij een rol, D. ROBINSON, “Defining ‘Crimes against humanity’ at the Rome Conference”, *American Journal of International Law* 1999, (43) 55.

158. C. BANDA, “Ngcuka’s resolve wavers”, *Cape Times* 27 augustus 1999.

vroegen beiden amnestie aan bij het Amnestiecomité van de WVC. Het Hoogerechtshof moest beslissen of de uitlevering moest opgeschort worden tot het Amnestiecomité in de zaak een uitspraak had gedaan. Het Hof wees erop dat de uitlevering van de appellanten gevraagd werd op basis van misdrijven die niet door een Zuid-Afrikaanse rechtbank konden vervolgd worden, aangezien ze niet behoorden tot de in Zuid-Afrika strafbaar gestelde extraterritoriale misdrijven. Volgens het Hof ligt het voor de hand dat de wetgever het Amnestiecomité nooit de bevoegdheid heeft willen geven om amnestie toe te kennen voor misdrijven die in het buitenland gepleegd zijn en die niet in Zuid-Afrika vervolgd kunnen worden. De bevoegdheid van het comité strekt zich dus enkel uit over extraterritoriale misdrijven waarover de Zuid-Afrikaanse rechterlijke macht jurisdictie heeft. Het Hof gaat ervan uit dat, indien het Amnestiecomité zijn bevoegdheden zou uitoefenen inzake misdrijven die niet in Zuid-Afrika maar wel in een ander land vervolgd kunnen worden, dit laatste de amnestie niet zou erkennen.¹⁵⁹ Dit lijkt in overeenstemming te zijn met een groeiende trend in het internationale strafrecht, waarvan het PINOCHET-arrest de jongste bevestiging is. Recent werd Zuid-Afrika met een vergelijkbaar probleem geconfronteerd: toen MENGISTU in een ziekenhuis in Johannesburg verbleef, vroeg Ethiopië de uitlevering van de oud-dictator. De regering in Pretoria stond voor een dilemma: uitlevering kon problematisch zijn wegens het gebrek aan garanties op een eerlijke rechtsgang en de mogelijkheid van de doodstraf. Anderzijds beschikt Zuid-Afrika nog niet over de wetgeving vereist om de ex-dictator zelf te vervolgen. Ondanks kritiek van mensenrechtenorganisaties en juristen kon MENGISTU uiteindelijk ongehinderd terug zijn toevlucht zoeken in Zimbabwe. Eén argument dat in deze affaire werd geopperd, is wel erg wrang. Een woordvoerder van het Ministerie van Justitie vroeg zich namelijk af: “*If we preach reconciliation in our own country, how can we insist that MENGISTU be brought to book?*”.¹⁶⁰ Dit argument is naast de kwestie en steekt schril af bij de ondersteuning die Zuid-Afrika geeft aan, onder meer, de totstandkoming van het Internationale Strafhof.

De criteria voor amnestieverlening door het Amnestiecomité van de WVC werpen ook een interessant probleem op: indien de uitlevering wordt gevraagd van een persoon die amnestie heeft verkregen, kan dan de uitleveringsexceptie voor politieke misdrijven worden ingeroepen? De toekenning van amnestie, die enkel verleend wordt voor politieke misdrijven, wijst er immers op dat voldaan is aan de criteria voor deze exceptie. Het vraagstuk dat hiermee direct is verbonden, is dat van de toelaatbaarheid van deze exceptie voor internationale misdaden. Algemeen wordt in de doctrine aangenomen dat dit niet toelaatbaar is, maar in de praktijk blijken staten deze exceptie toch in te roepen.¹⁶¹

159. Supreme Court of Appeal, 27 september 1999, *Stopforth v Minister of Justice e.a.*, nr. 317/97, § 34-35, <http://www.law.wits.ac.za/sca/1999/stopforth.pdf>.

160. “South Africa defends sheltering Ethiopia’s Mengistu”, *AFP* 11 november 1999.

161. H. VAN DER WILT, “The political offence exception in extradition law: an antidote to prefixed ideas about political integration in Europe?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1997, (25) 40-42; C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 227 e.v.

III. CONCLUSIE: FIAT IUSTITIA, PEREAT MUNDUS OF IUSTITIA EXALTAT GENTEM?

De discussie over wat de meest geschikte manier is om op te treden met betrekking tot zware mensenrechtenschendingen van het vorige regime na een transitie naar de democratie, is nog lang niet uitgewoed.

De grootste tegenstelling blijft allicht bestaan tussen de voor- en tegenstanders van strafrechtelijke vervolging van misdadigers van een vorig regime.¹⁶² Zij die voor strafprocessen pleiten, wijzen onder meer op het afschrikkingseffect, de gerechtvaardigde vergelding, het herstel van de morele orde, de noodzaak om individuele en collectieve schuld te scheiden, het vormen van het collectief geheugen, de internationale verplichtingen van staten of het versterken van de *rule of law* in jonge democratieën. Zij die niet zo hoog oplopen met strafvervolgingen, pleiten voor verzoening en waarschuwen tegen het voeden van ongenoegen en revanchisme aangezien de vervolging als wraak kan beschouwd worden. Ook bestaat in een aantal situaties het gevaar de *rule of law* te verzwakken indien de wens tot vergelding ontspoot en bepaalde minimumnormen met de voeten worden getreden (zie bv. Rwanda). Doorgaans zijn de meest zwaarwegende redenen echter van politieke aard. Vaak wordt als rechtvaardiging voor straffeloosheid het feit aangehaald dat er zonder een onderhandeld compromis geen democratie zou gekomen zijn. Dit is zeker het argument dat het meest wordt gehoord in verband met de Zuid-Afrikaanse situatie. Indien men moet kiezen tussen vasthouden aan principes en vervolging eisen (met als resultaat geen democratisering en een onafwendbare escalatie van het conflict) of een gekwalificeerde amnestie én democratie, dan lijkt de keuze snel gemaakt. Vasthouden aan de eis van vervolging lijkt dan onder het adagium *fiat iustitia, pereat mundus* te vallen. Het is een feit dat Zuid-Afrika op enkele jaren tijd een opmerkelijke evolutie heeft doorgemaakt. Het rechtssysteem steunt op een moderne grondwet met zeer uitgebreide bescherming van fundamentele rechten en vrijheden. Deze institutionele evolutie is des te indrukwekkender gezien het jarenlange openlijke conflict tussen het internationale recht en het Zuid-Afrikaanse rechtstelsel. Er lijkt echter een spanning te bestaan tussen het toekennen van amnestie voor bepaalde zware misdaden en de internationaalrechtelijke normen terzake.¹⁶³ In dit opzicht wordt de vraag gesteld in hoeverre het groeiende internationale verbod op amnestie voor grove mensenrechtenschendingen geen expliciete uitzondering dient te maken voor het soort gekwalificeerde amnestie zoals Zuid-Afrika dit

162. Er bestaat inmiddels een zeer omvangrijke literatuur m.b.t. de 'devil's choice' (de uitdrukking is van LUC HUYSE) tussen vervolging of een alternatief transitiemechanisme. Zie onder meer: P. SIEGELMAN (ed.), "Symposium: Law and Lustration: Righting the Wrongs of the Past", *Law & Social Inquiry* vol. 20, nr. 1, 1995; M.C. BASSIOUNI en M.H. MORRIS (eds.), "Accountability for international crimes and serious violations of fundamental human rights", *Law and Contemporary Problems* vol. 59, nr. 4, 1996; M.H. MORRIS (ed.), "Symposium: Justice in cataclysm. Criminal trials in the wake of mass violence", *Duke Journal of Comparative & International Law* vol. 7, nr. 2, 1997; *Nouvelles Etudes Pénales* nr. 14, 1998; M. MINOW, *Between Vengeance and Forgiveness. Facing History after Genocide and Mass Violence*, Boston, Beacon Press, 1998, 214 p. en de eerder geciteerde verzamelwerken van N. ROHT-ARRIAZA en J. MC. ADAMS.

163. Cf. J. DUGARD, "International law and the South African Constitution", *European Journal of International Law* 1997, (77) 88.

toepast.¹⁶⁴ De ‘internationale gemeenschap’ was alvast meteen zo overweldigend enthousiast over het Zuid-Afrikaanse ‘mirakel’, dat er geen kritiek is geleverd op de amnestievoorzieningen. De ‘*peace-keeping*’-organen van de VN (Veiligheidsraad, Secretaris-generaal) zijn in hun streven om vredesregelingen te bereiken, trouwens dikwijls rechtstreeks ingegaan tegen de inspanningen van de VN-mensenrechtenorganen door amnestie te bewerkstelligen in transities. Ook tijdens de Zuid-Afrikaanse transitie stelde de VN trouwens een algemene amnestie voor, wat men gelukkig heeft weten te vermijden.

Hoewel de mogelijkheid van amnestie voor daders van grove mensenrechtenschendingen wellicht moeilijk te aanvaarden is voor veel slachtoffers, kan de vereiste van ‘volledige openbaring van de feiten’ deze bittere pil enigszins vergulden. Men kan stellen dat de belangen van de individuele slachtoffers hebben moeten wijken voor het politieke compromis waarop de nieuwe democratische ordening is gegrondvest. Buiten het perspectief van de slachtoffers, blijft amnestie natuurlijk een aanval op het elementair rechtvaardigheidsgevoel. De Voorzitter van de Waarheids- en Verzoeningscommissie, DESMOND TUTU, verwoordde dit kort en krachtig: “*Amnesty is not meant for nice people*”.¹⁶⁵

Het is duidelijk dat noch strafvervolgingen, noch een waarheidscommissie op zich volstaan om een land van het verleden naar de toekomst te voeren.¹⁶⁶ Politieke, sociale en economische omstandigheden hebben vanzelfsprekend een primordiale invloed en het moge duidelijk zijn dat bepaalde soorten onrechtvaardigheid niet door strafrechtelijke vervolging kunnen worden aangepakt. Een waarheidscommissie kan echter in zekere mate de moeilijkheden van massale strafvervolgingen helpen vermijden.¹⁶⁷ Er wordt immers gewezen op het feit dat vervolgingen enkel mogelijk zouden zijn geweest t.a.v. een klein aantal daders van grove mensenrechtenschendingen.¹⁶⁸ Dit wordt ondersteund door een aantal argumenten: het Zuid-Afrikaanse rechtssysteem kreunt al onder de last van de alledaagse criminaliteit, de misdaden in kwestie zijn dikwijls moeilijk te bewijzen, de kosten zijn hoog en heel het proces zou bovendien enorm veel tijd kosten. In dit verband hoort men wel eens de conclusie dat een adequate bestraffing van verantwoordelijken voor systematische mensenrechtenschendingen niet bereikt kan worden door middel van klassieke strafzaken. Nochtans ziet men momenteel ook een sterke trend tot vervolging van internationale misdaden. Niet alleen zijn er twee internationale straftribunalen actief, ook voor nationale straf-gerechten worden meer vorderingen ingeleid (denken we maar aan de affaire *Pinochet*).

Het is in ieder geval zeer onwaarschijnlijk dat grootschalige strafvervolging van de plegers van grove mensenrechtenschendingen in Zuid-Afrika meer *waarheid* aan het licht zou hebben gebracht dan de activiteiten van de Waarheids- en Verzoeningscommissie. In een strafprocedure ligt de bewijslast bij de vervolgende partij en dient de bewijsvoering aan strikte voorwaarden te voldoen.

164. Cf. J. DUGARD, “The third Manfred Lachs memorial lecture. Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an option?”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 13, nr. 1.

165. *TRC Report*, Vol. 1, Ch. 1, p. 12, nr. 49.

166. P.B. HAYNER, “Commissioning the truth: further research questions”, *l.c.*, 28.

167. D. PANKHURST, “Issues of justice and reconciliation in complex political emergencies: conceptualising reconciliation, justice and peace”, *Third World Quarterly* 1999, (239) 249.

168. P. VAN ZYL, *l.c.*, 651-653.

Gezien de clandestiene aard van de meeste feiten in kwestie en de neiging van de daders om elkaar de hand boven het hoofd te houden, is de opgave voor het openbaar ministerie hier zeer zwaar. De amnestieprocedure in het Waarheids- en Verzoeningsmechanisme heeft toegelaten de muur van stilte te doorbreken.¹⁶⁹ Een alternatieve vorm van waarheidsvinding kan aldus een belangrijke aanvulling vormen op de klassieke aanpak. Dit is zeer belangrijk voor de slachtoffers en kan een vorm van gerechtigheid betekenen.¹⁷⁰ Toch is waarheid niet alles en moet men proberen gerechtigheid te bereiken waar men kan. *Iustitia exaltat gentem*. Indien mogelijk, lijkt een minimum aantal vervolgingen wenselijk te zijn, wat niet wordt tegengesproken door het Zuid-Afrikaanse model. De theorie die door sommigen verkondigd wordt als zou verzoening (waarbij wordt geïmpliceerd dat niet-vervolgving tot verzoening leidt, wat betwistbaar is) op alle gebieden superieur zijn aan bestraffing, kan niet gevolgd worden.

Fundamenteel is het Zuid-Afrikaanse mechanisme van gekwalificeerde amnestie echter innovatief en moeilijk te vergelijken met de 'klassieke' algemene amnestieën. Waar amnestie traditioneel gezien wordt als een geïnstitutionaliseerd vergeten, heeft men in Zuid-Afrika de bladzijde niet willen omslaan zonder ze gelezen te hebben. Wie er niet in slaagt amnestie te verkrijgen, kan nog steeds vervolgd worden en het is waarschijnlijk dat in Zuid-Afrika uiteindelijk meer vervolgingen zullen hebben plaatsgevonden dan in vele landen waar geen formele amnestie geldt. Gezien de aard van de transitie en de heersende machtsverhoudingen, was dit ongetwijfeld het beste compromis dat bereikt kon worden. Deze vaststelling doet niets af aan het feit dat andere landen die een transitie naar de democratie hebben ondergaan, er niet in geslaagd zijn hierbij een evenwichtig mechanisme in werking te stellen als Zuid-Afrika. Indien men dit model wil transponeren in een andere context, moet men er wel rekening mee houden dat, waar de specifieke noden van de Zuid-Afrikaanse transitie (het politieke compromis) tot deze oplossing geleid hebben, de omstandigheden¹⁷¹ het ook hebben *toegelaten*.¹⁷²

169. Hierbij past het dan weer niet te vergeten dat de grote doorbraak er pas kwam na de succesvolle vervolging van een van de weerzinwekkendste misdadigers van het oude regime.

170. R.J. GOLDSTONE, "Justice as a tool for peace-making: truth commissions and international criminal tribunals", *New York University Journal of International Law & Politics* 1996, (485) 491.

171. Zo beschikt men in Zuid-Afrika over een professioneel en sterk uitgebouwd rechtsapparaat en, ondanks de misbruiken, een traditie van 'rule of law'. Verder heeft de (internationale) morele autoriteit en het charisma van figuren als president MANDELA en bisschop TUTU ongetwijfeld een grote rol gespeeld.

172. Cf. D. POKEMPNER, "A few thoughts on standards, practice, and mechanisms", *Nouvelles Etudes Pénales* 1998, nr. 14, (373) 374.