



**UvA-DARE (Digital Academic Repository)**

**Het kwaad in functie**

van der Wilt, H.G.

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*

van der Wilt, H. G. (2005). Het kwaad in functie. (Oratiereeks). Amsterdam: Vossiuspers UvA.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <http://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# Het kwaad in functie

Vossiuspers UvA is een imprint van Amsterdam University Press.  
Deze uitgave is totstandgekomen onder auspiciën van de Universiteit van Amsterdam.

Omslag: Nauta & Haagen, Oss  
Opmaak: JAPES, Amsterdam  
Foto omslag: Carmen Freudenthal, Amsterdam  
Vertaling: Gerrit Bussink en Elly Schippers

ISBN 90 5629 388 5

© Vossiuspers UvA, Amsterdam, 2005

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 j0 het Besluit van 20 juni 1974, St.b. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, St.b. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

# Het kwaad in functie

*Rede*

uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar  
in het Internationaal strafrecht  
aan de Universiteit van Amsterdam  
op vrijdag 11 maart 2005

door

Harmen van der Wilt

The logo for Vossiuspers UVA, featuring a large, stylized, black 'V' with a decorative flourish on its left side. To the right of the 'V', the words 'OSSIUSPERS UVA' are written in a black, all-caps, serif font.

VOSSIUSPERS UVA



*Mijnheer de decaan,  
Zeer gewaardeerde toehoorders,*

In de jurisprudentie van het Rwanda-tribunaal wordt geregeld geschetst hoe opiniërende praatjes het juiste klimaat hebben geschapen voor de afschuwelijke genocide die zo'n tien jaar geleden in Rwanda heeft plaatsgevonden. De media vormden daarbij een onmisbaar instrument. Vooral de Radio Télévision Libre des Mille Collines was berucht. Tijdens uitzendingen werden Tutsi's standaard afgeschilderd als 'kakerlakken'. Het was een verwijzing naar de nachtelijke invallen van Tutsi-soldaten gedurende de jaren zestig. Overdag was er – net zoals bij kakerlakken – geen spoor meer van hen te bekennen.<sup>1</sup> Onnodig te zeggen wat er met dit ongegierte moest gebeuren...

Ook publieke gezagsdragers droegen enthousiast hun steentje aan de slachting bij. Zo schijnt burgemeester Akayesu twee verhitte leden van de Iterahamwe – de paramilitaire groepering die verantwoordelijk is voor de dood van duizenden Tutsi's en gematigde Hutu's – te hebben toegevoegd dat zij hem nooit meer hoefden te vragen hoe een Tutsi-vrouw smaakte.<sup>2</sup> Jean Kambanda, premier van de Rwandese interim-regering, had een iets poëtischer, maar niet minder doeltreffende stijl. Tijdens een massabijeenkomst beet hij de aanwezigen verontwaardigd toe dat zij weigerden hun bloed voor hun land te geven, terwijl de honden het gratis en voor niks opdronken.<sup>3</sup> Een goed verstaander heeft aan een half woord genoeg.

Akayesu en Kambanda zijn door het Rwanda-tribunaal veroordeeld wegens het aanzetten tot genocide.

In de zogenoemde *Justice-case* stond onder andere nazi-rechter Rothaug – van 1937 tot 1943 voorzitter van de rechtbank in Neurenberg – terecht, omdat hij, zonder een schijn van een proces, *Untermenschen* de dood had ingejaagd. Zo bevatte het doodsvonnis van een Poolse landknecht die verdacht werd van onzedelijke toenaderingen jegens zijn werkgevers vrouw de volgende passage:

## HARMEN VAN DER WILT

‘De morele inferioriteit van de verdachte ligt, zou ik zeggen, in de sfeer van zijn karakter en is overduidelijk gebaseerd op het feit dat hij behoort tot het minderwaardige Poolse ras. Er nog van afgezien dat de aanval de vrouwelijke eer van de echtgenote van zijn werkgever bezoedelde, was zij vooral gericht tegen de zuiverheid van het Germaanse bloed. Als men het vanuit dit gezichtspunt beziet, spreidde verdachte zo’n grote mate van ongehoorzaamheid ten toon dat zijn handelwijze als bijzonder verwerpelijk moet worden beschouwd.’<sup>4</sup>

Wat hebben deze lieden – de Rwandese haatzaaiers en de ontaarde rechter – met elkaar gemeen? Zij waren allen nauw betrokken bij een moorddadig systeem. Zij veroorzaakten dood en verderf zonder, in de meest letterlijke zin van het woord, bloed aan de handen te hebben.

Bij internationale misdrijven – oorlogsmisdrijven, misdaden tegen de menselijkheid, genocide – draait het meestal om systeemcriminaliteit of structuurcriminaliteit. Niet alleen zijn die misdrijven naar hun aard en gevolgen heel erg – mensen worden gedood, gefolterd, raken op drift omdat ze huis en haard moeten verlaten –, maar ze ontnemen de kwalificatie ‘zeer ernstig’ voor een deel ook aan het feit dat zij wijdverbreid zijn en op systematische wijze worden gepleegd.<sup>5</sup>

Vanuit het gezichtspunt van de daders vergt deze grootschalige criminaliteit een grondige voorbereiding en organisatie. Internationale misdrijven worden vrijwel altijd gekenmerkt door het feit dat daarbij gebruikgemaakt wordt van de staatsmachinerie. Verder zijn er veel personen in een officiële hoedanigheid – als functionarissen – bij betrokken en zijn deze personen op complexe wijze met elkaar verbonden. Naarmate we hoger in de hiërarchie opschuiven, vermindert de kans dat functionarissen eigenhandig misdrijven plegen. Zij scheppen de voorwaarden, geven opdracht, sluiten hun ogen of zijn er op een andere manier indirect bij betrokken. Zo ontstaat een systeem van onrecht dat gruwelijk tastbaar is voor de ongelukkigen die ermee te maken krijgen, maar sociologisch, politicologisch en juridisch niet zo gemakkelijk te ontrafelen is.

Het strafrecht kan tenminste moeilijk uit de voeten met dergelijke vormen van collectieve systeemcriminaliteit. Van nature is het georiënteerd op de persoon en op de concrete daad. Men wil precies weten wat het aandeel van deze meneer of mevrouw in een misdrijf is geweest, wat hem of haar te verwijten valt. Die vaststellingen vormen het noodzakelijk fundament van aansprakelijkheid en, in het

## HET KWAAD IN FUNCTIE

verlengde daarvan, een legitieme strafoplegging. Natuurlijk heeft het strafrecht wel het gereedschap om te reageren op meervoudig daderschap. Alle strafrechtssystemen kennen immers uitvoerige deelnemingsregelingen. Niet alleen de fysieke dader, maar ook degene die een ander aanzet tot het plegen van een misdrijf, daartoe opdracht geeft of daaraan medeplichtig is, treft blaam en kan er strafrechtelijk aansprakelijk voor worden gehouden. Maar ook hier is het vizier gericht op de bijdrage van de individuele mens.

Met andere aspecten van systeemcriminaliteit heeft het strafrecht veel meer moeite. Zo durft men vooralsnog zijn vingers niet te branden aan een strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat. Theoretisch wordt deze wel mogelijk geacht, maar de politieke bezwaren overheersen. Voor een deel hangt dit samen met de klassieke huiver om het daderschap van entiteiten die niet van vlees en bloed zijn te erkennen. De strafbaarheid van de rechtspersoon mag dan de laatste decennia in een aantal landen salonfähig zijn geworden, in veel rechtsstelsels is het nog een zwaar omstreden leerstuk.<sup>6</sup> Nog belangrijker zijn bezwaren die zijn terug te voeren op het concept van staatssoevereiniteit. Kan een staat, die immers zelf zowel de bron als de belichaming van een rechtsorde is, als zodanig eigenlijk wel een strafbaar feit plegen?<sup>7</sup> Wie moet, in het licht van het interstatelijk gelijkheidsbeginsel, de berechting van een delinquente staat voor zijn rekening nemen? Welke sancties zijn adequaat om een staat te treffen en wie moet die sancties eigenlijk opleggen? Loopt men niet het risico dat een gehele bevolking te lijden heeft onder een embargo of een economische boycot, hoewel die bevolking zelf langdurig gegijzeld is geweest door een kwaadaardig regime? De voorbeelden liggen voor het oprapen, maar het Irak van Saddam Hussein is natuurlijk erg navrant.

Laatstgenoemd aspect verwijst al naar een probleem waarmee het strafrecht eveneens worstelt: het concept van collectieve aansprakelijkheid. Met collectieve aansprakelijkheid springt men in het strafrecht voorzichtig om. Verwonderlijk is dat niet. Collectieve aansprakelijkheid betekent immers dat mensen verantwoordelijk worden gehouden voor de gedragingen van anderen. Dat spoort niet met de zienswijze dat juist het persoonlijke aandeel en de individuele schuld centraal staan.

Over het algemeen kan ik mij goed vinden in het individu-gerichte strafrecht. Bij het wezen van het strafrecht – opzettelijke leedtoevoeging – past een zoektocht naar het persoonlijke verwijt, en het strookt niet met plaatsvervangende aansprakelijkheid of bestraffing wegens weinig scherpomlijnde betrokkenheid. Toch heeft



## HARMEN VAN DER WILT

die benadering specifiek bij internationale misdrijven een schaduwkant, omdat de context waarin die misdrijven zijn gepleegd, verloren gaat. De collectieve dimensie van die misdrijven en het organisatorische kader waarin zij gepleegd worden, komen niet tot hun recht. De gangbare aansprakelijkheidsconcepten brengen een sterke verbroekeling mee. Grootschalige systeemcriminaliteit wordt verknipt in kleine partikeltjes aansprakelijkheid, waardoor het totaalbeeld achter de horizon verdwijnt.<sup>8</sup> Ziet men een – weliswaar gebrekkige – reconstructie van de werkelijkheid als een van de functies van het strafrecht, dan is die uitkomst toch erg onbevredigend.

Volgens mij is het een van de grootste uitdagingen voor het internationale strafrecht om ook bij de keuzen voor concepten van aansprakelijkheid de brede context waarin internationale misdrijven worden gepleegd in kaart te brengen, zonder dat men de individuele verwijtbaarheid en het persoonlijke aandeel van de dader uit het oog verliest.

Vanmiddag wil ik met u over dit onderwerp wat filosoferen. Mijn betoog bestaat uit drie delen. Eerst wil ik aangeven waarom ik niet zo gelukkig ben met de pogingen die tot nu toe zijn ondernomen om die moeilijke opgave tot een goed einde te brengen. Tot op heden heeft men zijn heil vooral gezocht in een schuchtere verkenning van de mogelijkheden inzake aanvaarding van groepsaansprakelijkheid. Die benadering biedt wel enig soelaas, maar men stuit daarbij al snel op de grenzen van een fatsoenlijk strafrecht. Vervolgens wil ik kort ingaan op de voors en tegens van een strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat die eigenlijk ook een vorm van collectieve aansprakelijkheid is. Ten slotte wil ik u een alternatieve oplossing voorleggen. Kern van die benadering is dat men in de aansprakelijkheid van hooggeplaatste functionarissen niet alleen de betrokkenheid bij concrete misdaden laat doorwegen, maar tevens de (mede)verantwoordelijkheid voor het systeem dat die misdrijven mogelijk maakt tot uitdrukking brengt.

### Het Neurenberg-tribunaal: *conspiracy* en *criminal organisations*

Het Neurenberg-Tribunaal heeft geprobeerd de systeemcriminaliteit van het Derde Rijk voor het voetlicht te brengen. Aan de ene kant werd in het Handvest van het Internationale Militaire Tribunaal een bepaling over *conspiracy* opgenomen

## HET KWAAD IN FUNCTIE

(art. 6), waarmee tot uitdrukking werd gebracht dat de agressieve aanvalsoorlogen van het nazi-regime en de gruwelijkheden die daaruit volgden waren bekostigd op het hoogste politieke niveau. Aan de andere kant stelden artikel 9 en 10 het enkele lidmaatschap van criminele organisaties, zoals de SS en de Gestapo, strafbaar. Uiteindelijk hebben deze bepalingen en concepten in de jurisprudentie van het Tribunaal een bescheiden rol gespeeld, en erg rouwig hoeven we daar niet over te zijn.<sup>9</sup> *Conspiracy* – eenvoudig gezegd: de gezamenlijke afspraak om één of meer misdrijven te plegen – is een typisch Angelsaksisch concept en is in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk bepaald niet onomstreden. De zelfstandige strafbaarstelling van *conspiracy* wordt verdedigd met de redenering dat ook de enkele afspraak om misdrijven te begaan al een bedreiging voor de rechtsorde vormt en dat voorkomen beter is dan genezen. Critici werpen tegen dat dit nu juist de zwakke plek in het concept is: legitimeert de geringe inbreuk op de rechtsorde wel strafrechtelijk optreden? En vooral: hoe komen we erachter dat mensen een complot aan het smeden zijn? Nodigt dat niet uit tot de inzet van allerlei opsporingsmethoden die de privacy aantasten? De huidige discussie over de strafbaarstelling van samenzwering tot terroristische misdrijven illustreert de actualiteit van het vraagstuk.

Een andere rechtvaardiging voor de zelfstandige strafbaarstelling van *conspiracy* is dat deze inzicht geeft in de samenhang van en taakverdeling binnen een criminele organisatie, en die doelstelling lijkt mij vooral bij internationale misdrijven heel legitiem.<sup>10</sup> Maar deze functie blijkt toch secundair te zijn. Als het gronddelict verwezenlijkt wordt, dan vervluchtigt de *conspiracy*. De voorbereidende afspraak gaat als het ware op in, en wordt volledig overschaduwd door het gronddelict. Met andere woorden: dan heb je ook niet zoveel aan de afzonderlijke strafbaarstelling. Het slot van het liedje in Neurenberg is in ieder geval geweest dat enkele topfiguren binnen het nazi-regime uitsluitend zijn veroordeeld voor de *conspiracy* met betrekking tot het misdrijf agressie.<sup>11</sup>

Artikel 9 en 10 van het Neurenberg-handvest hadden betrekking op het lidmaatschap van een criminele organisatie. Het was de bedoeling dat het Neurenbergtribunaal bepaalde organisaties – de SS, de Gestapo, de leiding van de nazi-partij – als misdadig zou brandmerken. Als die kwalificatie eenmaal vaststond, konden rechtbanken in een later stadium volstaan met het onderzoek of verdachte lid was van zo'n organisatie. Het misdadige gehalte van de organisatie kon niet meer in

## HARMEN VAN DER WILT

rechte worden betwist. Je kunt tegen de strafbaarstelling van het lidmaatschap van een criminele organisatie op verschillende manieren aankijken. Aan de ene kant komt scherp naar voren dat de vereniging van krachten een enorm destructief potentieel heeft. Leden van de SS werden als het ware gerekruteerd op basis van hun talent om schoftenstreken uit te halen. Aan de andere kant kan de aandacht voor de werkzaamheid, het aandeel van de verdachte in de massacriminaliteit, gemakkelijk verflauwen. Wat heeft hij nu precies misdaan? Of is zijn schuld uitsluitend gelegen in het feit dat hij de gelederen van de SS getalsmatig versterkte en dat deze wetenschap morele steun gaf aan het geboefte dat het vuile werk daadwerkelijk opknapte?

Het Neurenberg-tribunaal is zich van dit probleem welbewust geweest. Het heeft de voorwaarden voor strafbaarheid nader verfijnd, door te eisen dat bewezen moest worden dat betrokkene op de hoogte was van de criminele doelstellingen van de organisatie en bovendien vrijwillig moest zijn toegetreden. Als we de rechterlijke uitspraken bekijken waarin deze bepalingen van het Handvest zijn toegepast, valt op dat de collectieve criminaliteit wederom naar de achtergrond verdwijnt. In de zaak tegen Oswald Pohl lag vooral het accent op de fanatieke dienstijver die hij aan de dag legde bij de uitbuiting van dwangarbeiders en zijn punctualiteit bij de uitvoering van de grootscheepse onteigening van joodse bezittingen die bekendstaat onder de naam Aktion Reinhardt.<sup>12</sup> Ook in het monsterproces tegen de nationaal-socialistische rechterlijke magistratuur (*Justice-case*) was men vooral geïnteresseerd in de vraag hoe de rechters hadden bijgedragen aan de uitvoering van de beruchte *Nacht und Nebel*-decreten. Alleen in het geval van Altstötter wijdde de rechtbank, na vastgesteld te hebben dat deze lid was geweest van de SS, vrij veel aandacht aan het feit dat hij, gezien zijn hoge functie en aanzienlijke intelligentie, zich bewust moest zijn geweest van de criminele doelstellingen van die club.<sup>13</sup>

### *De Joint Criminal Enterprise*

In de statuten van het Joegoslavië-tribunaal en het Rwanda-tribunaal is alleen nog *conspiracy* met betrekking tot genocide strafbaar. Het lidmaatschap van een criminele organisatie als grondslag voor aansprakelijkheid is zelfs helemaal verdwenen. Toch zijn de oude concepten wel herkenbaar in een rechtsfiguur waarvan vooral

## HET KWAAD IN FUNCTIE

het Joegoslavië-tribunaal zich de laatste jaren dikwijls heeft bediend: de *joint criminal enterprise of common purpose*-doctrine. In de Tadić-zaak zag de Beroepskamer kans de contouren van deze doctrine, die van Angelsaksische origine is, nader in kaart te brengen.<sup>14</sup> Kern van het leerstuk is dat men zich verenigt, dat men de krachten bundelt om gezamenlijk een misdrijf te plegen. In de afspraak – die overigens niet (lang) van tevoren hoeft zijn gemaakt, maar ook spontaan kan zijn opgeboreld – herkennen we de *conspiracy*. De vereniging of het samenwerkingsverband doet ons denken aan de criminele organisatie. Er is echter één belangrijk verschil met de oude concepten: bij de *joint criminal enterprise* moeten ook daadwerkelijk strafbare feiten zijn gepleegd en moet de deelnemer aan de onderneming een aandeel in die misdrijven hebben gehad. Strafrechtelijke aansprakelijkheid op grond van het louter maken van een afspraak of het enkele lidmaatschap van een organisatie is uitgesloten.

Ruwweg komt de doctrine in twee verschillende situaties van pas, in de eerste plaats in het geval van groepsgeweld. Tadić en zijn kompanen spraken af en trokken erop uit om Bosniërs uit hun huizen te zetten in het kader van de omineuze etnische zuivering. Als bij zo'n operatie doden vallen – wat in werkelijkheid ook gebeurde –, is elk lid van de groep aansprakelijk, mits het doden van mensen binnen de oorspronkelijke opzet van het plan lag. Zelfs als een van de leden zich te buiten gaat en een misdrijf pleegt dat buiten het raamwerk van de afspraak lag, zijn alle leden van de groep mede aansprakelijk en strafbaar voor dat misdrijf, mits het redelijkerwijze te voorzien was en men het op de koop toe heeft genomen. Voorwaarde is wel dat betrokkene een substantieel aandeel heeft gehad in de criminele onderneming – in het geval van Tadić: personen heeft mishandeld, deuren heeft ingetrapt of huizen in brand heeft gestoken. Er geldt dus niet onverkort: je was erbij, dus je bent erbij.

Is in het geval van groepsgeweld de samenwerking doorgaans nog tamelijk vluchtig en incidenteel, in de tweede situatie is de organisatie duurzamer. Ik doel hier op de zogenaamde 'concentratiekampzaken' die ook door het Joegoslavië-tribunaal uitvoerig zijn gedocumenteerd.<sup>15</sup> Het ging hier om een systeem van onrecht dat door allen die in dat concentratiekamp werkzaam waren in stand werd gehouden, van de kampcommandant, de arts die zich onledig hield met gruwelijke medische experimenten, de kok van de gaarkeuken tot aan de schoonmaker van de latrines toe. Ook hierbij kan gesproken worden van een *joint criminal enterprise* die tot aansprakelijkheid kon leiden, mits betrokkene op de hoogte was van de syste-

## HARMEN VAN DER WILT

matische misdaden die in het kamp bedreven werden, deze misdrijven wenste te bevorderen en ook daadwerkelijk een significant aandeel in het systeem van onrecht had. De hoge positie die iemand binnen de organisatie innam, was zowel een indicatie voor zijn wetenschap van de misdrijven die er plaatsvonden als voor het belangrijke aandeel dat hij erin had.

Op het eerste gezicht lijkt de *joint criminal enterprise* een mooi concept om de positie van politieke kopstukken en militaire bevelhebbers te duiden. De doctrine voorziet immers in de mogelijkheid dat iemand niet alleen aansprakelijk is voor hetgeen hij eigenhandig verricht, maar ook voor daden die worden gepleegd door degenen met wie hij een kwaad verbond heeft gesloten. Dat illustreert goed de verhouding tussen de man achter de schermen en de uitvoerder en geeft ook de collectieve component van systeemcriminaliteit adequaat weer. Zolang we te maken hebben met concrete wandaden die in tijd en ruimte beperkt zijn, is de *joint criminal enterprise* inderdaad een bruikbaar concept.

Zo stond generaal Kristić – de directe ondergeschikte van de beruchte houwdegen Mladić – terecht wegens deelneming aan een *joint criminal enterprise* die gericht was op volkerenmoord van de Bosnische bewoners van Srebrenica. Hoewel Kristić niet van meet af aan betrokken was bij de gehele operatie, had hij wel opdracht gegeven om het vervoer van Bosnische vrouwen en kinderen te regelen. Hij wist donders goed dat een humanitaire ramp op het punt stond zich te voltrekken en hij stemde ermee in dat leden van het Drina-corps, waarover hij het commando voerde, de gelederen van het bataljon dat kort daarop de massaslachting zou uitvoeren, zouden versterken. Dat alles was te weinig om hem te veroordelen voor het opdracht geven tot het plegen van oorlogsmisdrijven, want hij had de standrechtelijke executies niet rechtstreeks bevolen. Daarom had het tribunaal de hulpconstructie van de *joint criminal enterprise* nodig. Aangezien de dramatische ontknoping immers een voorzienbaar en rechtstreeks gevolg was van de humanitaire crisis die Kristić welbewust (mede) had veroorzaakt, werd hij schuldig bevonden aan deelneming aan een genocidale onderneming.<sup>16</sup>

De grote dreiging en effectiviteit van systeemcriminaliteit schuilt in de bundeling van krachten, in de zorgvuldige afstemming van ‘talent’ en in de collectieve wilgerichtheid op het doel. Samen staan we sterk. In die vereniging – een betere zaak waardig – ligt ook de rechtvaardiging om personen, overeenkomstig hun aandeel in de gezamenlijke onderneming, verantwoordelijk te houden voor misdrijven die

## HET KWAAD IN FUNCTIE

hun macht, ja zelfs de macht van ieder individu afzonderlijk, ver te boven gaan en, tot op zekere hoogte, ook aansprakelijk te stellen voor elkaars gedragingen. Op uitvoeringsniveau zijn de afzonderlijke personen nog vrij eenvoudig te vervangen. In de top van de organisatie komen we steeds meer mensen tegen die vanwege hun charismatische gaven of organisatorisch talent schier onvervangbaar zijn. Tegen de achtergrond van dat verschil valt ook te billijken dat internationale misdrijven politieke kopstukken en militaire bevelhebbers zwaarder worden aangerekend.

Kenmerk van de *joint criminal enterprise* is dat er een zekere samenhang, cohesie en onderlinge verstandhouding tussen de deelnemers moet zijn. Bij vormen van groepsgeweld ligt dat betrekkelijk eenvoudig. De doelstelling is duidelijk. De onderlinge taakafbakening kan van tevoren besproken zijn of geïmproviseerd worden, maar eenieder weet in principe waar het op uitdraait en wat hem te doen staat. De beslissing om mee te doen, wordt vaak ingegeven door het besef dat men er niet alleen voor staat; men weet zich gesterkt door de anderen. In geval van een groter organisatorisch verband, zoals een concentratiekamp, ligt dat al een stuk ingewikkelder. Tussen de werkvloer en het kader zullen doorgaans geen directe contacten bestaan en de gemeenschappelijke doelstelling zal dan ook veelal stilzwijgend worden aangenomen.<sup>17</sup> In de Kvočka-zaak achtte het Joegoslavië-tribunaal in de context van een detentiekamp medeplichtigheid aan een *joint criminal enterprise* mogelijk. Het onderscheid tussen medeplegers (*co-perpetrators*) en medeplichtigen (*aiders and abettors*) zou volgens de Trial Chamber gelegen zijn in het feit dat eerstgenoemden de intentie van de onderneming deelden, terwijl de medeplichtigen uitsluitend kennis droegen van de boze plannen.<sup>18</sup> Dit standpunt lijkt wat paradoxaal, nu de gezamenlijke intentie om een (wellicht nog vaag omljnd plan) uit te voeren juist de essentie van de *joint criminal enterprise* vormt.<sup>19</sup> Het is in ieder geval duidelijk dat deze deelneming-aan-deelnemingsconstructie de elasticiteit van de doctrine tot het uiterste beproeft.

Als de organisatie nog verder uitdijt – en de communicatielijnen navenant diffuser worden – schiet de *joint criminal enterprise* als grondslag voor het bewijs van aansprakelijkheid tekort. Een mooie illustratie van de beperkingen van de doctrine geeft de recente uitspraak van het Joegoslavië-tribunaal in de zaak-Brđanin.<sup>20</sup> Brđanin bekleedde een oppositie binnen de ARK (Autonomous Region of Krajina) en was als zodanig belast met het ontslag van niet-Servische militairen en de selectieve ontwapening van niet-Servische paramilitaire eenheden die de opmaat waren tot de hervestiging van de niet-Servische bevolking (etnische zuivering). Het was

## HARMEN VAN DER WILT

onomstreden dat hij veel invloed had gehad op het leger en de paramilitaire groeperingen en dat zijn besluiten hadden bijgedragen aan de verwezenlijking van de plannen van het Bosnisch-Servische leiderschap in de Krajina. Maar maakte hij nu ook deel uit van een *joint criminal enterprise*? Daartoe moest worden aangetoond dat er sprake was van een ‘common plan amounting to or involving an agreement between the Accused and the physical perpetrators of the crimes in question to commit a crime envisaged in the Statute’.<sup>21</sup> Welnu, dat kon niet worden bewezen. Gelet op de fysieke en structurele afstand tussen de beklagde en de daadwerkelijke uitvoerders van de etnische zuiveringen, was het heel goed mogelijk dat zij onafhankelijk van elkaar hadden geopereerd, ‘without having an understanding or entering into any agreement between them to commit a crime’.<sup>22</sup>

De Trial Chamber kwam dan ook tot de slotsom dat de ‘joint criminal enterprise is not an appropriate mode of liability to describe the individual criminal responsibility of the Accused, given the extraordinary broad nature of this case, when the Prosecution seeks to include within a joint criminal enterprise a person as remote from the commission of the crimes charged in the Indictment as the Accused’.<sup>23</sup> Wel achtte het tribunaal Brđanin medeplichtig aan de moorden die door de Bosnisch-Servische troepen waren gepleegd in de context van de gewapende aanvallen op niet-Servische steden en dorpen. Zijn onwil om in te grijpen en steun, in woord en gebaar, aan de campagnes konden worden aangemerkt als morele support. De uiteindelijke kwalificatie van de aansprakelijkheid is frappant. Het is een tweede natuur van strafrechtsplegers om op zoek te gaan naar het individuele aandeel en schuldverwijt van de verdachte. Daar is niets op tegen, sterker nog: er valt veel voor te zeggen. Maar daarmee gaat de collectieve component natuurlijk wel verloren.

Met de uitspraak in de zaak-Brđanin geeft het tribunaal te kennen dat de *joint criminal enterprise*-doctrine geweld wordt aangedaan, als men deze gebruikt als een soort bindmiddel om tal van gedragingen en personen, die betrekkelijk los van elkaar staan en geen weet van elkaar hebben, aan elkaar te koppelen. Ik voorspel dat deze restrictieve opvatting het Tribunaal nog parten zal gaan spelen in de zaak-Milosević. Ook in deze zaak leunt de aanklager sterk op de *joint criminal enterprise*-doctrine.<sup>24</sup> De aanklager zal echter minimaal moeten kunnen aantonen dat Milosević behoorde tot een complot dat specifieke misdrijven beoogde te plegen en dat de genocide in Srebrenica en andere misdaden tegen de menselijkheid een voor-

## HET KWAAD IN FUNCTIE

zienbaar gevolg waren van dit oorspronkelijke plan. Bovendien zal de aanklager, gelet op de uitkomst van de zaak-Brđanin, moeten bewijzen dat Milosević een zekere verstandhouding, zowel met de andere aanstichters als met de uitvoerenden, had.<sup>25</sup> Slaagt men niet in die opzet dan bewijst dat eens te meer dat de *joint criminal enterprise*-doctrine onbruikbaar is om de systeemcriminaliteit van een complexe staatsbureaucratie – en daarmee de strafrechtelijke aansprakelijkheid van politieke kopstukken – goed in kaart te brengen.

Binnen het huidige arsenaal van aansprakelijkheidsconcepten in het internationale strafrecht zijn er mijns inziens geen bevredigende alternatieven die de collectieve dimensie van systeemcriminaliteit wel goed tot haar recht doen komen. Natuurlijk kennen de statuten en rechtspraak van de internationale tribunalen het concept van *command responsibility*: militaire bevelhebbers en ook politieke leiders kunnen aansprakelijk worden gesteld als zij verzuimd hebben internationale misdrijven die gepleegd zijn door hun ondergeschikten te voorkomen of adequaat te bestraffen, mits zij daadwerkelijk controle uitoefenden over hun ondergeschikten en wisten, of hadden moeten weten, dat die ondergeschikten wandaden hadden begaan of op het punt stonden te plegen. Het is een complex leerstuk en ik zal er dan ook niet te diep op ingaan. Ik wil volstaan met het plaatsen van twee kanttekeningen. Allereerst is de aansprakelijkheid van de bevelhebber weliswaar afhankelijk van het wangedrag van zijn ondergeschikten, maar kan hij niet worden aangemerkt als deelnemer. Zijn verantwoordelijkheid wortelt in een persoonlijk plichtsverzuim en staat in die zin betrekkelijk los van die van zijn ondergeschikte.<sup>26</sup> In de tweede plaats lijkt ook het concept van *command responsibility* niet geschikt om de aansprakelijkheid van politieke kopstukken, zoals Milosević of Saddam Hussein, te karakteriseren. Enerzijds staan zij doorgaans te ver af van de daadwerkelijke uitvoerders, anderzijds doelt het concept veeleer op verwijtbare nalatigheid en past het niet goed bij figuren die een veel actiever aandeel in de organisatie van internationale misdrijven hebben.<sup>27</sup>

### De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat

Zijn er nu alternatieve aansprakelijkheidsconcepten die het systematische onrecht van internationale misdrijven wel goed tot uitdrukking laten komen? Volgens mij



## HARMEN VAN DER WILT

wel. De eerste te bespreken optie is de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat. Het onmiskenbare voordeel van die constructie is dat in de meeste gevallen internationale misdrijven eenvoudigweg ondenkbaar zijn zonder de inzet van het staatsapparaat.

Kan een staat als zodanig een misdrijf plegen en daarvoor ook gestraft worden? Die vraag roept telkens weer heftige controverses op. In eerdere versies van de Draft Articles on State Responsibility maakte de International Law Commission een zinvol onderscheid tussen minder ernstige schendingen van internationale verplichtingen (*international delicts*) en (zeer) ernstige schendingen van internationale verplichtingen (*international crimes*). Tot de categorie van *international crimes* werden onder meer gerekend (Art. 19, lid 1 sub c):

‘A serious breach on a widespread scale of an international obligation of essential importance for safeguarding the human being, such as those prohibiting slavery, genocide and *apartheid*.’<sup>28</sup>

Jammer genoeg heeft de International Law Commission het onderscheid in de meest recente versie van de Draft Articles laten varen, met het argument dat de gebezigde terminologie ten onrechte de indruk wekte dat de aansprakelijkheid van de staat een strafrechtelijke is.<sup>29</sup>

Wat maakt het strafrecht en de staat nu zo bijzonder dat zij volgens velen niet te combineren zijn? Volgens Dugard zijn er twee obstakels die respectievelijk zijn terug te voeren op de aard van de staat en de aard van de internationale gemeenschap.<sup>30</sup> Wat het eerste betreft: een staat is een abstractie die als zodanig niet een strafbaar feit kan plegen. Eigenlijk is het een variatie op een bekend thema. De rechtspersoon, niet zijnde een wezen van vlees en bloed, kan geen misdrijf plegen: *societas delinquere non potest*. Dit standpunt is niet langer gemeengoed. In Nederland aanvaarden wij moeiteloos het daderschap van de rechtspersoon en rekenen haar zelfs psychische bestanddelen, zoals opzet en schuld, toe. Het tweede argument verwijst naar het ontbreken van centraal gezag binnen de internationale gemeenschap. De idee van de staatssoevereiniteit is nog immer tamelijk sacrosanct.

Toch worden met name in de reactie op internationale misdrijven geleidelijk de contouren van een supranationale rechtsorde zichtbaar die het concept van de staatssoevereiniteit stevig op de proef stelt. De strafrechtelijke immuniteit van voormalige staatshoofden is al een gevoelige slag toegebracht, zo blijkt uit de za-

## HET KWAAD IN FUNCTIE

ken Pinochet, en de niet-vervolgbaarheid van zittende regeringsfunctionarissen wordt eigenlijk louter nog gehandhaafd uit praktische overwegingen.<sup>31</sup> Bovendien geldt die immuniteit uitsluitend in horizontale (interstatelijke) verhoudingen en is zij ten overstaan van de ad hoc tribunalen en het Internationaal Strafhof al opgeheven.<sup>32</sup> Met de strafrechtelijke vervolging van zijn directe representanten komt ook de strafrechtelijke onschendbaarheid van de staat zelf steeds meer onder vuur te liggen.

Een nadere beschouwing van de verschillende componenten van de *trias politica* op internationaal niveau leert ons hoe snel de ontwikkelingen gaan. Op het gebied van de wetgeving is de afgelopen decennia een fijnmazig en gedetailleerd normenstelsel tot ontwikkeling gekomen dat voor het overgrote gedeelte de status van internationaal gewoonterecht heeft. Dit laatste betekent dat staten die normen moeten respecteren, ongeacht of ze al dan niet partij zijn bij verdragen. Vooralsnog leidt overtreding van die normen alleen tot individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid, maar er is geen principiële reden om strafrechtelijke aansprakelijkheid voor staten wegens schending van die normen uit te sluiten. Een internationale rechter die staten strafrechtelijk verantwoordelijk stelt voor internationale misdrijven bestaat (nog) niet. Het Internationaal Strafhof oefent uitsluitend rechtsmacht uit over individuen en daar zal ook geen verandering in komen. Gezien het juridische fundament van het Strafhof – een verdrag – acht ik het uitgesloten dat staten zo masochistisch zijn dat zij zich vrijwillig zullen onderwerpen aan strafrechtelijke jurisdictie. Toch wordt ook in de strafrechtelijke rechtshandhaving terreinwinst geboekt. Zo heeft de Veiligheidsraad tegen landen als Zuid-Afrika, Libië en Irak pittige sancties uitgevaardigd die heus niet uitsluitend gericht waren op rechtsherstel, maar veeleer een punitief karakter droegen.<sup>33</sup>

Afzonderlijk zijn de door Dugard aangehaalde – hoewel door hemzelf niet gedeelde – bezwaren niet zo moeilijk te ontcrachten, maar zij versterken elkaar en zij vormen, mijns inziens, tezamen vooral een mentale barrière tegen de aanvaarding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat. De slechting van die barrière is slechts een kwestie van tijd.

Maar draagt de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat nu ook bij tot een beter inzicht in systeemcriminaliteit? Drie opmerkingen wil ik daarover maken. Allereerst zal het daderschap van de staat zorgvuldig geconstrueerd moeten worden. Zoals ik eerder suggereerde, zal aansluiting gezocht moeten worden bij het daderschap van de rechtspersoon. In ons nationale strafrecht zijn in de loop der

## HARMEN VAN DER WILT

jaren verscheidene maatstaven aangelegd om het daderschap van de rechtspersoon te kunnen vaststellen. Lag het strafbare feit in de sfeer van de rechtspersoon? Had de rechtspersoon er (financieel) baat bij? Behoorde het strafbare feit volgens de maatschappelijke opvattingen tot de gedragingen die aan de rechtspersoon moesten worden toegeschreven? In het kabeljauwvangst-arrest hanteerde de Hoge Raad de criteria uit het ijzerdraadarrest – waarover dadelijk meer – om het daderschap van de rechtspersoon te duiden: vermocht verdachte – de rechtspersoon – erover te beschikken of handelingen al dan niet zouden plaatsvinden en behoorden deze tot de zodanige, welker plaatsvinden blijktens de feitelijke gang van zaken door de verdachte werden aanvaard?<sup>34</sup> Het zijn de befaamde beschikkings- en aanvaardingscriteria die een nuttig richtsnoer zijn voor de vaststelling van het daderschap van de rechtspersoon, maar die, blijktens latere jurisprudentie, niet gedachteloos als verstarde dogma's mogen worden toegepast.<sup>35</sup> De delictomschrijving is hier maatgevend. In geval van actieve gedragingen ('vissen', 'drukken') zullen de harde ijzerdraadcriteria moeten gelden, terwijl bij meer passieve gedragingen ('in voorraad hebben') het daderschap van de rechtspersoon al kan worden aangenomen als de fysieke dader heeft gehandeld in de sfeer van de rechtspersoon.<sup>36</sup>

Kessler heeft voorgesteld het aanvaardingscriterium te schrappen en te vervangen door de vraag of het strafbare feit past binnen het beleid van de rechtspersoon.<sup>37</sup> Ik ga nu even voorbij aan de rechtstheoretische onderbouwing en volsta met de opmerking dat ik het in de specifieke context van internationale misdrijven die door de staat worden gepleegd wel een bruikbaar criterium vind. Waren de internationale misdrijven het uitvloeisel van een doelbewuste staatspolitiek? Vooral bij misdaden tegen de menselijkheid en genocide lijkt dat per definitie het geval te zijn. In het algemeen zal er sprake van zijn als een stelselmatig patroon van fundamentele mensenrechtenschendingen kan worden vastgesteld.

In de tweede plaats ontstaat een volledig beeld van systeemcriminaliteit pas als, naast de betrokkenheid van de staat, ook de mannen achter de schermen in hun relatie tot de fysieke daders worden geïdentificeerd. Waar de gangbare atomisering in de individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid dit beeld verstoort, moeten we niet vervallen in de tegenovergestelde fout om onze toevlucht te zoeken in abstracties. Ook hier schiet het nationale strafrecht ons te hulp. Ingevolge artikel 51, lid 2, sub 3 Sr. kunnen immers, naast de rechtspersoon, ook de opdrachtgever en de feitelijk leidinggevende aansprakelijk worden gesteld. De aansprakelijkheid van laatstgenoemde wordt wederom beoordeeld aan de hand van diezelfde be-

## HET KWAAD IN FUNCTIE

schikkings- en aanvaardingscriteria, zij het dat – conform het belangrijke strafrechtelijke principe van individuele verwijtbaarheid – de eis wordt gesteld dat de feitelijk leidinggevende concrete wetenschap bezat. Hij moest ervan op de hoogte zijn dat hetzij de ten laste gelegde feiten, hetzij soortgelijke feiten werden begaan door onder zijn leiding staande personen.<sup>38</sup>

De aansprakelijkheid van de feitelijk leidinggevende is een afgeleide van het daderschap van de rechtspersoon. Zonder dat het daderschap van de rechtspersoon is vastgesteld, kan de feitelijk leidinggevende alleen worden bestraft voor zijn eigen wandaden, maar niet voor zijn betrokkenheid bij delicten in zijn hoedanigheid van feitelijk leidinggevende. Ook in de context van internationale misdrijven is deze constructie aantrekkelijk, omdat zij mooi de samenhang tussen staat en hoge regeringsfunctionarissen in beeld brengt. Maar juist hier zal de zoektocht naar de grootste boosdoeners met de grootst mogelijke zorgvuldigheid dienen te geschieden. Hannah Arendt heeft overtuigend aangetoond dat in nazi-Duitsland het staatsapparaat volledig ondergeschikt was aan de totalitaire beweging. Dat de staat slechts een werktuig, een marionet was in de handen van de nazi-top, manifesteerde zich vooral in het feit dat personen die ogenschijnlijk, voor de buitenwereld, topposities bekleedden, in werkelijkheid betrekkelijk onbeduidende figuren waren.<sup>39</sup> Ook rechters zullen zich niet mogen laten misleiden door de schijn. Een rechtvaardig oordeel staat of valt met een diep inzicht in de interne organisatie van een crimineel regime.

Mijn derde kanttekening heeft betrekking op de discrepantie tussen het eeuwige leven van de staat en de vergankelijkheid van despotische regimes.<sup>40</sup> Doorgaans zal een strafrechtelijke berechting van een crimineel regime pas plaatsvinden, nadat er zich een transitie heeft voorgedaan. Een democratische regering heeft de macht overgenomen, maar de Staat als rechtspersoon en organisatievorm is onveranderd gebleven. Heeft het zin en is het rechtvaardig de Staat als dader aan te merken en te bestraffen, louter omdat zij als juridische abstractie een regeringswisseling overleeft? Is het redelijk sancties te ondernemen tegen een bevolking die al deels of geheel geleden heeft onder de repressie van een voormalig regime? Het zijn dergelijke morele dilemma's die de berechtende instantie ertoe nopen op zoek te gaan naar de ware schuldigen. Een van de mogelijke opties is de voormalige regering als organisatie aansprakelijk te stellen, maar die zal niet de status van een rechtspersoon hebben. Hier wreken zich de beperkingen van het strafrecht dat nu eenmaal aansluiting zoekt bij juridische constructies en ficties.<sup>41</sup> In dit verband kan het geen

kwaad eraan te herinneren dat het Neurenberg-tribunaal de SS of Gestapo niet als criminele organisatie aansprakelijk stelde, maar die kwalificatie alleen als hulpmiddel gebruikte om de leden te kunnen berechten.<sup>42</sup>

## Het functionele daderschap

Hoewel ik de politieke en juridische bezwaren tegen de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat bepaald niet onoverkomelijk acht, brengt de omhelzing van dit concept ons nog niet veel verder. De *Verbrecherstaat* is een krachtige metafoor, omdat het in één woord beeldend uitdrukt dat internationale misdrijven ondenkbaar zijn zonder de inzet van het statelijke machtsapparaat. Maar er kleven ook gevaren aan, omdat het toerekenen van internationale misdrijven aan de Staat de aandacht kan afleiden van de werkelijke schuldigen en bovendien onrechtvaardige consequenties kan hebben.

Indachtig onze opgave om in de concepten van aansprakelijkheid de systeemcriminaliteit tot uitdrukking te brengen, moeten we verder zoeken en komen we uit bij het functionele daderschap. De rechtsfiguur van het functionele daderschap heeft haar oorsprong in strafbare feiten in de economische sfeer. Niet de werknemer die de fysieke handeling verricht, maar de persoon die (met name) in het kader van ondernemingsactiviteiten die handeling heeft bewerkstelligd, moet primair als dader worden aangemerkt. Die functionele dader kan een rechtspersoon, maar ook een natuurlijke persoon zijn. We moeten daarbij denken aan de hamburgerkoning die het niet zo nauw neemt met de hygiënevoorschriften of de directeur van het vervoersbedrijf die stelselmatig zijn vrachtwagenchauffeurs overuren laat maken en daarmee de Rijtijdenwet overtreedt. De erkenning van het functionele daderschap sluit aan bij maatschappelijke ontwikkelingen.

De vraag die ik in dit laatste deel van mijn oratie wil behandelen, is of het functionele daderschap ook kan worden toegepast in geval van internationale misdrijven. Op het eerste gezicht lijkt die kwestie omstreden. In de literatuur is een drie stappenprocédé gepresenteerd, aan de hand waarvan het functionele daderschap kan worden vastgesteld.<sup>43</sup> Allereerst zal onderzocht moeten worden of het delict zich wel leent voor functionele interpretatie. Volgens Van Woensel moet die vraag ontkennend worden beantwoord als de kern van het delict gelegen is in het persoonlijke, feitelijke optreden van de dader en als de formulering van de delicts-

## HET KWAAD IN FUNCTIE

omschrijving alleen ruimte laat voor feitelijk optreden.<sup>44</sup> Toepassing van dit criterium op internationale misdrijven levert geen eenduidig resultaat op. Verkrachting of foltering – als oorlogsmisdaad of misdrijf tegen de menselijkheid – heeft vooral een fysieke en feitelijke connotatie. Maar achter de strategische verkrachtingen tijdens de oorlog in het voormalige Joegoslavië gaan wel degelijk functionele daders schuil, zoals De Hullu terecht opmerkt.<sup>45</sup> Dat geldt nog in sterkere mate voor gedwongen geboortebepalingen (als modaliteit van genocide) of het onder dwang overbrengen van kinderen van de groep naar een andere groep: het zijn bij uitstek misdrijven met een beleidsmatig karakter die voor functionele interpretatie in aanmerking komen. Eén ding is duidelijk: functioneel daderschap en internationale misdrijven bijten elkaar niet. Ook Vellinga-Schootstra vraagt zich in retorische zin af waarom degene die een moord organiseert en die zeggenschap heeft over degene die het ‘vuile werk’ opknapt niet zou kunnen worden veroordeeld als dader van moord.<sup>46</sup>

De tweede stap betreft de vraag tot wie de wetgever zich in de delictomschrijving richt. Wie is de normadressaat van de strafbepaling? Van Woensel beantwoordt deze vraag aan de hand van het criterium of iemand in algemene zin zeggenschap kon uitoefenen over degene die feitelijk handelde. Daarmee lijkt zij het beschikkingscriterium van het aanvaardingscriterium, zoals geïntroduceerd in het ijzerdraad arrest, af te splitsen. Laatstgenoemde maatstaf zou dan uitsluitend van belang zijn voor de vraag of de normadressaat ook concreet als functionele dader kan worden aangemerkt.<sup>47</sup> Dat is de derde en laatste stap in het procédé.<sup>48</sup> Wat levert de toepassing van de tweede en derde stap, die ik gemakshalve maar even samen neem, nu op bij internationale misdrijven? Wie normadressaat is, valt uit de delictomschrijvingen niet rechtsreeks op te maken. Zij zijn niet geredigeerd volgens het ons bekende stramien, waarbij geopend wordt met de verwijzing naar een subject van handelen (‘Hij die’ etc.), maar hebben uitsluitend betrekking op een handeling. Wie de normadressaat is, staat nog niet vast; de plaats is opengelaten en zal kunnen worden ingenomen door eenieder die nauw bij het delict is betrokken. Dat laat ruimte om degene die verder van de daadwerkelijke uitvoering van de misdrijven afstaat, maar op grond van zijn machtspositie binnen de organisatie die misdrijven kan bewerkstelligen, ook als dader aan te merken. Om te kunnen beoordelen wie concreet de functionele dader is, komen de beschikkings- en aanvaardingscriteria goed van pas. Degene die een hoge functie bekleedt binnen het onderdrukkend machtsapparaat, zal zeggenschap kunnen uitoefenen over de feite-

## HARMEN VAN DER WILT

lijke uitvoerder en zal het in zijn macht hebben of internationale misdrijven plaatsvinden.

Aanvaarden wordt in het gewone spraakgebruik vaak op één lijn gesteld met gedogen, maar kan natuurlijk ook een veel actievere betekenis hebben. In ieder geval staat vast dat in het begrip ‘aanvaarden’ een element van wetenschap besloten ligt. De verdachte hoeft niet specifiek op de hoogte te zijn geweest van de ten laste gelegde feiten, maar in ieder geval wel van soortgelijke gedragingen. Dat roept de vraag op hoe het aanvaardingscriterium zich verhoudt tot het opzet. Dogmatisch gezien, wordt het aanvaardingscriterium ingezet om het ouderschap vast te stellen, en daarvan moet de beoordeling van de subjectieve gezindheid wel worden onderscheiden. De grenzen tussen objectieve bestanddelen – ouderschap, handeling – en subjectieve bestanddelen zijn niet scherp, nu aanvaarding al (voorwaardelijk) opzet impliceert.<sup>49</sup> In geval van internationale misdrijven zal aan de toets van het aanvaardingscriterium doorgaans gemakkelijk voldaan zijn, aangezien het er politieke kopstukken en hoge functionarissen dikwijls om te doen is dat hun ondergeschikten wandaden bedrijven.

Op grond van bovenstaande overwegingen acht ik het functionele ouderschap ook in de context van internationale misdrijven toepasbaar. De schoorvoetende erkenning in de literatuur dat de rechtsfiguur ook buiten delicten in de economische sfeer van belang kan zijn, vind ik wat dat betreft een stap in de goede richting. Het vergt een zekere mentale lenigheid om toe te geven dat een concept ook buiten het wiegje waarin het geboren is tot wasdom kan komen. De Hullu stelt het antwoord op de vraag wanneer functioneel ouderschap kan worden aangenomen afhankelijk van de feitelijke context waarin het delict is gepleegd en acht daarbij doorslaggevend of er een organisatie bij het delict betrokken was met een zeker hiërarchisch verband en met een onderscheid tussen uitvoerders en beslis-sers.<sup>50</sup> Dat lijkt mij een wezenskenmerk van internationale misdrijven.

Maar ik ga nog een stap verder. Niet alleen is het functionele ouderschap toepasbaar in geval van internationale misdrijven, het is ook bij uitstek een geschikt concept om systeemcriminaliteit in beeld te brengen. Internationale misdrijven worden per definitie gepleegd door een collectief binnen een systeem van onrecht. Hoe complexer de organisatiestructuur, des te moeilijker zal het zijn de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de participanten in het collectief vast te stellen. Een vergaande opsplitsing en versnippering van taken en bevoegdheden onttrekt niet

## HET KWAAD IN FUNCTIE

alleen in feitelijke zin het individuele aandeel aan het oog, maar maakt ook dat men zich gaat verschuilen – achter opdrachtgevers of uitvoerders – en scheidt een situatie waarin men zijn verantwoordelijkheid die bovendien nog getooid is met een schijn van legitimiteit, probeert te ontlopen. Op de rechter rust de zware taak deze organisatorische vervlechting te ontrafelen en ieders bijdrage aan de systeemcriminaliteit zo nauwkeurig mogelijk te identificeren. Die bijdrage wordt niet alleen bepaald door de betrokkenheid bij de collectieve misdrijven, maar ook aan de hand van de positie die verdachte inneemt binnen de hiërarchie en de betrekkingen die hij met anderen binnen die organisatie heeft.<sup>51</sup> Op deze wijze wordt de functie die verdachte bekleedt, en die hij wellicht als schild tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid dacht te kunnen inzetten, juist het aanknopingspunt voor de vaststelling van zijn schuld. De beschermingsconstructie keert zich daarmee als het ware tegen de gebruiker.

De rechter zal daarbij wel goed moeten differentiëren wat betreft het individuele verwijt dat hij verdachte maakt. De hoogste politieke en militaire kopstukken die terechtstaan in hun hoedanigheid van staatshoofd, regeringslid of hoofd van de geheime politie, worden niet alleen de internationale misdrijven aangewreven, maar worden ook aansprakelijk gesteld voor het in het leven roepen van het systeem van onrecht.<sup>52</sup> Bij het middenkader, waartoe Eichmann behoorde, ligt dat anders, aangezien dat niet betrokken is geweest bij de creatie van het systeem. Overbekend is Eichmanns verweer dat hij niet meer was dan een radertje in de machinerie. Dat hij de rampspoed niet had kunnen keren door terug te treden, omdat er voor hem tien anderen klaarstonden om zijn plaats in te nemen en dat hem daarom geen blaam trof.<sup>53</sup> Het verweer is terecht verworpen omdat het berust op een foutieve causaliteitsredenering en bovendien de werking van het delinquente staatsapparaat miskent. Het wezen van de criminele staatsorganisatie is juist dat het zich bedient van vervangbare functionarissen. Daarmee is de continuïteit gegarandeerd.

Dat specifieke structuurkenmerk kleurt ook het daderschap van het hiërarchische topkader.<sup>54</sup> Laatstgenoemden beschikken over de *Organisationsherrschaft*, een Duits daderschapsconcept dat in grote lijnen overeenkomt met ons functionele daderschap.<sup>55</sup> Maar hun schuld disculpeert de toegewijde Eichmannen niet. Hun fanatieke dienstijver is de brandstof waarop de staatsmachinerie draait. Zij zijn misschien als persoon vervangbaar, maar hun functie is dat zeker niet. En omdat zij als het ware vergroeid zijn met hun functie is het ook zo treffend hen op die



## HARMEN VAN DER WILT

verschraalde, eendimensionale hoedanigheid aan te spreken. Het grootse verwijt – ook in morele zin – dat men hen kan maken, is dat zij op enig moment hebben opgehouden volwaardig mens te zijn door hun menselijke verantwoordelijkheid te verkwanselen en zich met huid en haar over te leveren aan een verfoeilijk systeem. Ook het middenkader oefent – zij het op een andere niveau – *Organisationsherrschaft* uit, doordat het, als een repeterende breuk, op zijn beurt gebruikmaakt van vervangbare loopjongens en menselijke pionnen.<sup>56</sup>

Ik kom tot een afronding. Hantering van het functionele daderschap of het daaraan verwante concept van de *Organisationsherrschaft* voert mijns inziens tot een gedifferentieerd systeem van schuldtoedeling, waarin zo exact mogelijk eenieders bijdrage in het collectieve misdrijf kan worden gewogen. Daarmee komt het collectieve karakter van systeemcriminaliteit goed tot uitdrukking, zonder dat de aandacht voor het individuele aandeel binnen het geheel verloren gaat. Het behoedt de rechter bovendien voor het kiezen van gemakzuchtige oplossingen die tot gevolg hebben dat hetzij allen moeten boeten voor de daden van enkelen, hetzij enkelen moeten boeten voor de daden van allen. Het aannemen van collectieve schuld en zondebokprocessen zijn dubieuze praktijken, waarbij het strafrecht niet gebaat is.

Er resteert nog één belangrijke vraag: mógen internationale straftribunalen het concept van functioneel daderschap eigenlijk wel hanteren, nu geen der statuten expliciet melding maakt van die rechtsfiguur? Een antwoord op deze vraag zou kunnen luiden dat het functionele daderschap al besloten ligt in het plegen. In Duitsland en Nederland is de rechtsfiguur van het functionele daderschap evenmin in wetgeving gecodificeerd. De ontwikkeling van het concept is overgelaten aan de jurisprudentie. Toch zou het legaliteitsbeginsel onder druk komen te staan als de toepassing van een nieuw aansprakelijkheidsconcept zou leiden tot strafrechtelijke consequenties die verdachte, na raadpleging van een statuut, niet had kunnen voorzien.<sup>57</sup>

Bij het functionele daderschap bestaat dat gevaar mijns inziens niet. Toepassing van deze rechtsfiguur vestigt geen aansprakelijkheid, waar die nog niet werd aangenomen. Politieke en militaire kopstukken worden al veroordeeld voor het plegen van internationale misdrijven. Bij gebrek aan geschikte alternatieven wordt de grondslag voor hun veroordeling echter geperst in het maatpak van de gangbare aansprakelijkheidsconcepten. Rolt er dan uiteindelijk een zeer zware straf uit, dan

## HET KWAAD IN FUNCTIE

wekt dat soms verbazing omdat die niet correspondeert met het ogenschijnlijk fragmentarische aandeel van betrokkene in de massacriminaliteit. De zaak-Brđanin is wat dat betreft exemplarisch. Het functionele daderschap brengt hier een noodzakelijke correctie aan, omdat het zichtbaar maakt hoe verdachte, als een spin in het web, functioneert binnen het systeem en welke invloed hij heeft op het plegen van internationale misdrijven. Niet alleen is aanvaarding van het functionele daderschap niet in strijd met het legaliteitsbeginsel, het stelt de rechter bij uitstek ook in de gelegenheid zijn beslissingen beter te verantwoorden. Daarmee draagt het bij aan een versterking van de legitimatie van de internationale strafrechtspleging.

### Dankwoord

Ik dank het College van Bestuur van de Universiteit van Amsterdam en het bestuur van de Faculteit voor het in mij gestelde vertrouwen. Men kan wel beweren dat een interessant en dynamisch vakgebied als het internationale strafrecht een eigen leerstoel verdient, maar dat inzicht is nog niet bij alle zusterfaculteiten doorbroken.

Bijna vijf jaar geleden verruilde ik Maastricht voor het mij vertrouwde Mokum. Die 12 jaar in het Zuiden beschouw ik niet als leven in de diaspora en ik bewaar goede herinneringen aan tal van vrienden en voormalige collega's. Maar thuiskomen heeft zo zijn eigen charme.

In Amsterdam trof ik in de Van Hamel-leerstoelgroep een gideonbende aan, waarvoor ik al snel een zwak opvatte. We zijn sindsdien aanmerkelijk gegroeid. Er lopen vijf getalenteerde promovendi rond en dat is een grote rijkdom.

Mijn collega-hoogleraren, Simon Stolwijk en Eugène Sutorius, hebben mij van meet af aan alle ruimte gegeven, in geestelijk opzicht en (tot voor kort) ook in fysiek opzicht. Ik ben hen daar zeer erkentelijk voor.

Drie personen wil ik met name noemen, allereerst Theo van Boven. Hij is een soort intellectuele *Street Corner Worker*, omdat hij mij destijds behouden heeft voor de wetenschap, net op het moment dat ik overwoog om permanent in dienst te treden als ligwagengconducteur bij Wagons Lits of aan te monstereen bij de Grote Vaart.

## HARMEN VAN DER WILT

Bert Swart is mijn leermeester en grote voorbeeld in het internationale strafrecht. Aan zijn scherpzinnigheid en betrokkenheid zal ik mij altijd blijven spiegelen.

André Nollkaemper vertegenwoordigt voor mij – niet alleen qua uiterlijk – de renaissancemens. Hij is een liefhebber van de dialectiek. Van zijn volkenrechtelijke inzicht, gekruid met mijn strafrechtelijke inbreng, verwacht ik nog veel moois.

Dames en heren studenten, u bent soms lastig, maar meestal leuk. Ik kan genieten van uw spitsvondigheden en oprechte verontwaardiging. Het zijn kwaliteiten die u in het internationale strafrecht goed van pas kunnen komen. Soms ben ik wat verstrooid en gepreoccupeerd, maar blijf mij vooral lastigvallen met uw vragen.

Het mooiste heb ik voor het laatst bewaard. Joke, Martje, Femke en Bram, mijn liefde voor jullie is als mijn vakgebied: grenzeloos.

Ik heb gezegd.

## Noten

1. Judgement, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, T. Ch. I, 2 September 1998, §§ 148/149.
2. *Prosecutor v. Akayesu*, § 452.
3. Judgement and Sentence, *Prosecutor v. Kambanda*, Case No. ICTR-97-23-S, T. Ch. I, 4 September 1998, § 39.
4. Trials of War Criminals before the Nuremberg military tribunals under Control Council Law No. 10, *Trial of Josef Altstötter et al. (Justice Case)*, 17 February – 4 December 1947, Law Rep. of Trials of War Crimes (UNWCC), Vol. VI, p. 23.
5. Vgl. de definitie van ‘misdrijven tegen de menselijkheid’ die, volgens het *chapeau* van art. 7 van het Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof, deel moeten uitmaken van een ‘wijdverbreide of stelselmatige aanval gericht tegen een burgerbevolking’.
6. Zie Guy Stessens, ‘Corporate Criminal Liability: A Comparative Perspective’, in: *43 International and Comparative Law Quarterly* (1994), pp. 493-520.
7. In de nationale – Nederlandse – context hoef ik in dit verband alleen maar te verwijzen naar de verhitte debatten rond het Volkel-arrest (HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598, met noot Corstens) en de beide Pikmeer-arresten (HR 23 april 1996, NJ 1996, 513, *Pikmeer I*, met noot ‘t Hart en HR 6 januari 1998, NJ 1998, 367, *Pikmeer II*, met noot De Hullu). Zie over deze problematiek onder meer C.H. Brants & R. de Lange, *Strafvervolgving van overheden*, Monografieën Strafrecht, deel 22, Deventer 1996, en David Roef, *Strafbare overheden; een rechtsvergelijkende studie naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden voor milieuverstoring*, Antwerpen – Groningen 2001.
8. In gelijke zin: S.A.M. Stolwijk, ‘Individuele aansprakelijkheid en staatsaansprakelijkheid’, in: M.M. Dolman (red.) *Vergelding, waarheidsvinding en verzoening*, Cahiers ‘Van Hamel’, Amsterdam 2004, pp. 12 en 14.
9. Zie hierover uitvoerig S. Pomorski, ‘Conspiracy and Criminal Organization’, in: G. Ginsburgs en V.N. Kudriavtsev (eds.) *The Nuremberg Trial and International Law*, Deventer 1990, pp. 213-248.
10. Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 3rd ed., Oxford 1999, p. 474.
11. Het ging om Göring, Von Ribbentrop, Hess, Rosenberg, Keitel, Raeder, Jodl en Von Neurath. Voor achtergronden zie Robert K. Woetzel, *The Nuremberg Trials in International Law with a Postlude on the Eichmann Case*, Londen 1962, pp. 154-163.
12. *The Pohl Case*, ‘Opinion and Judgment of the United States Military Tribunal at Nuremberg in United States v. Oswald Pohl et al.’ in: L. Friedman, *Law of War; A Documentary History*, Vol. II, Princeton 1972, pp. 1254-1280.
13. *Trial of J. Altstötter and others (Justice-case)*, 17 February – 4 December 1947, in: Law Rep. of Trials of War Criminals (UNWCC), Vol. VI, pp. 69-72.

14. Judgement, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, Case No. IT-94-1-A, ICTY App. Ch., 15 July 1999, §§ 185-232.
15. *Belsen Concentration Camp case* (Kramer and Forty-Four Others), UNWCC, Vol. II, pp. 1–157 en *Dachau Concentration Camp case* (Weiss and Thirty-Nine Others), UNWCC, Vol. XI, pp. 5–17.
16. Judgement, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, 2 August 2001, § 616.
17. Zo overwoog de beroepskamer in de zaak-Kvočka dat in de concentratiekampzaken een afspraak tussen kader en uitvoerders niet vereist was; Judgement, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A.Ch., 28 February 2005, §§ 118/ 119. Daarmee bevestigde de beroepskamer het standpunt dat zij in de zaak-Krnojelac had ingenomen. Bij de gangbare vorm van de *joint criminal enterprise* ligt dat anders, zoals aanstonds zal worden aangetoond.
18. Judgement, *Prosecutor v. Kvočka*, Case No. IT-98-33-T, Tr. Ch., 2 November 2001, § 285.
19. Kritisch is ook Steven Powles, ‘Joint Criminal Enterprise; Criminal Liability by Prosecutorial Ingenuity and Judicial Creativity?’, in: *2 Journal of International Criminal Justice* (2004), pp. 606-619.
20. Judgement, *Prosecutor v. Radoslav Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Tr. Ch., 1 September 2004.
21. *Prosecutor v. Brđanin*, §§ 344/ 347.
22. *Idem*, § 351.
23. *Idem*, § 355.
24. Zie de Decision on Motion for Judgement of Acquittal, Case No. IT-02-54-T, Tr. Ch., 16 June 2004. Zie ook H. van der Wilt, ‘De berechting van politieke en militaire kopstukken: dilemma’s van strafrechtelijke aansprakelijkheid’, in A.H. Klip, A.L. Smeulers en M.W. Wolleswinkel, *KriTies, Liber Amicorum et amicarum voor prof.mr. E. Prakken*, Deventer 2004, i.h.b. p. 345.
25. In haar fraaie dissertatie (*The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, The Hague, 2003, pp. 196-197) laat Elies van Sliedregt zich wat positiever uit over de mogelijkheden om Milosević met behulp van de *joint criminal enterprise*-doctrine te berechten. Van Sliedregts proefschrift dateert echter van voor de uitspraak van het ICTY in de zaak-Brđanin, waarin, zoals gezegd, de reikwijdte van de doctrine aanzienlijk is beperkt.
26. In gelijke zin S.A.M. Stolwijk, “Command responsibility” en “strafbaar leiding geven”. Beschouwingen over strafbaar leiderschap; in: M. Dolman (red.) *Joegoslavië- en Rwanda-tribunalen: impact op het Nederlandse strafrecht*, Cahiers ‘Van Hamel’, Amsterdam 2002, p. 2: ‘De ondergeschikte en de meerdere staan in dit concept dus niet in een verhouding tot elkaar als die van een “hoofddader” en een “nevendader”. Het gaat om verschillende aansprakelijkheden die hun grondslag in dezelfde feiten vinden.’

27. In die zin ook Kai Ambos, 'Superior Responsibility', in: A. Cassese, P. Gaeta en J.R. W.D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford 2002, pp. 852-853.
28. *Yearbook of the ILC* (1976, II, Part 2), pp. 95-112. Het onderscheid werd in het Eerste Ontwerp van de Draft Articles in 1996 gehandhaafd, *Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Eighth Session*, 6 May – 26 July 1996, GAOR, 51st Session, Supplement No. 10, UN Doc. A/51/10, pp. 131-132.
29. Zie over de discussies het artikel van Alain Pellet, een van de leden van de ILC: 'Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!', in: *EJIL* 10 (1999), pp. 425-434, die, zoals al blijkt uit de titel, een fervent voorstander was van handhaving van het onderscheid.
30. John Dugard, 'Criminal Responsibility of States', in: M. Cherif Bassiouni, *International Criminal Law*, 3rd ed., New York 1999, p. 239.
31. Zie de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof in de zaak-Yerodia; ICJ, Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (*Belgium v. Congo*), 14 February 2002, on line: [www.icj-cij.un.org](http://www.icj-cij.un.org)
32. Zie bijvoorbeeld art. 27, lid 2 van het ICC-Statuut: 'Immunitie of bijzondere procedurele regels die mogelijk verbonden zijn aan de officiële hoedanigheid van een persoon, krachtens nationaal of internationaal recht, vormen voor het Hof geen beletsel voor het uitoefenen van rechtsmacht over deze personen.'
33. Vgl. Dugard, 1999, pp. 244-245 voor nadere details.
34. HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378, met noot B.V.A. Röling (ijzerdraadarrest); HR 1 juli 1981, NJ 1982, 80, met noot Th.W. van Veen (kabeljauwvangstarrest).
35. Zie bijvoorbeeld het nicotinezuurarrest, HR 24 mei 1977, NJ 1978, 330.
36. De Hullu heeft dienaangaande opgemerkt dat vaste maatstaven voor de beoordeling van het daderschap van de rechtspersoon eigenlijk niet bestaan: J. de Hullu, *Materieel strafrecht; over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer 2000, p. 167.
37. M. Kessler, 'Het daderschap van de rechtspersoon; een pleidooi voor afschaffing van het aanvaardingscriterium', in: *27 Delikt & Delinkwent* (1997), p. 242.
38. HR 16 december 1986, NJ 1987, 321, met noot A.C. 't Hart (*Slavenburg [II]*).
39. H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, San Diego/New York/Londen, 1976, p. 403: 'The only rule of which everybody in a totalitarian state may be sure is that the more visible government agencies are, the less power they carry, and the less is known of an institution, the more powerful it will ultimately turn out to be.'
40. Die 'eeuwigheid' is trouwens ook relatief, gezien de recente desintegratie van bijv. de Sovjet-Unie en Joegoslavië; zie hierover M. van Creveld, *The Rise and Decline of the State*, Cambridge 1999, Chapter 6.
41. Vgl. E. van Sliedregt, 2003, p. 352: 'The first type of collective criminal responsibility – i.e. corporate liability, [toevoeging HvdW] – is not relevant to system-criminality.'

- Although a concentration or detention camp may be termed a criminal organisation, it does not generate responsibility that attaches to the entity itself.’
42. P. Calvocoressi, *Nuremberg: The Facts, the Law and the Consequences*, Londen 1947, p. 81.
  43. Zie F. Vellinga-Schootstra, ‘Het daderschap van de natuurlijke persoon’, in: J.L. van der Neut (red.), *Daderschap en deelneming*, 4e druk, Deventer 1999, pp. 22-23 en – explicieter – A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven; Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem 1993, p. 82.
  44. Van Woensel, 1993, p. 87.
  45. De Hullu, 2000, p. 153.
  46. Vellinga-Schootstra, 1999, p. 21. Ook Rummelink lijkt, zei het niet zonder aarzeling, de mogelijkheid te accepteren dat functioneel daderschap zich laat combineren met internationale misdrijven, waar hij stelt dat bij delicten in de sfeer van politiek en misdaden tegen de menselijkheid ‘de abstractie van het feitelijk handelen weer toeneemt.’: Noyon-Langemeijer- Rummelink, *Het Wetboek van Strafrecht, losbladig commentaar*, deel I, aant. 19 bij art. 47 Sr. Roxin spreekt in dit verband van *Organisationsherrschaft*,: Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6e druk, Berlijn/New York 1994, pp. 242-252.
  47. Van Woensel, 1993, p. 90.
  48. Kritisch over het onderscheid tussen de normadressaat en de concrete dader zijn G. Knigge (‘Doen en laten; enkele opmerkingen over daderschap’, in: *Delikt en Delinkwent* 22 (1992), pp. 128–154) en De Hullu (2000, p. 155). Knigge meent dat het onderscheid gekunsteld is, omdat het zinspeelt op een tweedeling tussen juridische en feitelijke vragen die in werkelijkheid door elkaar heenlopen. De Hullu heeft vooral bedenkingen tegen de suggestie dat de geadresseerden worden afgeleid uit de aansprakelijkheidsconstructie, terwijl ze volgens hem in werkelijkheid door de norm zelf worden aangewezen.
  49. In gelijke zin ook Van Woensel, 1993, p. 97 en De Hullu, 2000, p. 156.
  50. De Hullu, 2000, p. 153.
  51. Zie ook Hans Vest, ‘Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht?’, in: *ZStW* 113 (2001), Heft 3, p. 493: ‘Für die Tat- und Schuldfrage ist deshalb in erster Linie von Belang, welchen Anteil der Beschuldigte am Gesamt- oder einem Teilgeschehen besitzt.’
  52. Hans Vest, 2001, p. 493: ‘Entsprechend unterscheidet sich seine Verantwortung für Aufbau, Organisation und Aufrechterhaltung der verbrecherischen Institution als solcher, die als Organisationsherrschaft zu bezeichnen ist.’ In gelijke zin ook Ernst-Joachim Lampe, ‘Systemunrecht und Unrechtssysteme’, in: *ZStW* 106 (1994), Heft 4, pp. 742-743: ‘Wenig geklärt ist, wofür die staatlichen Funktionäre Rechenschaft schulden: ob (kraft Garantstellung) für die vom Staat ausgehende Verletzung des Völkerrechts bzw. des Naturrechts oder für ihr individuelles Fehlverhalten. M.E. trifft sie die

- Verantwortung für *beides* [curs. HvdW] für das Systemunrecht, an dem sie kraft ihrer Stellung im Machtapparat teilhatten, und für ihr persönliches Handlungsunrecht.’
53. Roxin, 1994, p. 246, haalt de desbetreffende passage uit het verweer van Eichmanns raadsman, Servatius, aan: ‘(...) daß eine Gehorsamsverweigerung durch ihn ohne Wirkung auf die Durchführung der Judenvernichtung geblieben und daher sein Opfer bedeutungslos gewesen wäre. Der Befehlsapparat würde weitergearbeitet haben, so wie er dies “tat”, nachdem Heydrich getötet war.’ Zie ook J.E.S. Fawcett, ‘The Eichmann Case’, in: *British Yearbook of International Law*, XXXVIII, 1963, p. 214.
  54. Dat de zware aansprakelijkheid van het politieke leiderschap gebaseerd is op diens beheersing van de organisatie, *waardoor* het de handelingen en wil van vervangbare uitvoerders kan manipuleren, komt ook scherp tot uitdrukking in de uitspraak van het Argentijnse hoger gerechtshof in de zaak tegen de kopstukken van de Argentijnse militaire junta, Commandantes (Argentina), Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, 9 Dec. 1985, 309-1/II Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 33 – 1657, 1601/1602. Aangehaald door Kai Ambos, ‘Individual Responsibility in International Criminal Law: A Jurisprudential Analysis – From Nuremberg to The Hague’, in: Gabrielle Kirk McDonald en Olivia Swaak-Goldman, *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law; The Experience of International and National Courts*, Vol. I, Commentary, Den Haag – Londen/Boston 2000, p. 19.
  55. Vgl. Roxin, 1994, p. 250: ‘Wenn ein Apparat so aufgebaut ist, läßt sich das die Organisationsherrschaft kennzeichnenden Kriterium auch hier aufweisen: Das vom Hintermann in Gang gesetzte Unternehmen wird unabhängig von der Person des Ausführenden verwirklicht.’
  56. Vest (2001, p. 494) reserveert voor deze categorie de term ‘Organisationsherrschaft *innerhalb* des Apparates’, ter onderscheiding van de ‘Organisationsherrschaft über den Apparat’, waarover de topfiguren beschikken: ‘Sie steuern “nur” ein Teilgeschehen, indem – und solange – sie das Funktionieren der Institution modifizieren.’
  57. Dat is de kern van Machteld Boots kritiek op de royale interpretatie van de *joint criminal enterprise*-doctrine door de beroepskamer in de Tadić-zaak: hiermee wordt een vorm van collectieve aansprakelijkheid geïntroduceerd die noch in het statuut, noch in het internationale gewoonterecht erkenning heeft gevonden. Machteld Boot, *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Antwerpen/Oxford/New York, pp. 302 en 304.