Translating guilt: Identifying leadership liability for mass atrocity crimes
Steer, C.E.

Citation for published version (APA):
Full Summary

The truism that crimes of mass atrocity are by definition collective may be one of the greater banes of criminal law lawyers attempting to solve the problem of liability. Mass atrocities do not occur at the hands of one individual, but as part of a repressive system in which these crimes are at best condoned and at worst orchestrated. Nevertheless international criminal law deals with individual criminal responsibility, following the axiom of the Nuremberg trials that ‘crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.’* Collective crimes are familiar to all domestic criminal law systems, however the context in which mass atrocity takes place is different in some very important ways, and the problem of identifying those who are responsible for what has been achieved by the collective can be more complex. This study focuses on the question of leadership liability, and attempts to untangle the debates on modes of liability in international criminal law (ICL) that have become more and more complex over the last 20 years as international tribunals have sought to solve this question outside of the context of an established domestic criminal law system.

This book is presented in three parts. In Part I: Laying the Foundations, the theoretical and methodological background is given. In the introductory Chapter 1 a brief explanation is given of the fact that at the international tribunals the problem of leadership liability has become concentrated on the question whether to widen the net of liability and treat all those involved in mass atrocities as equally liable, or whether to differentiate between them and apply different modes of liability. There appears to be a policy trend to focus on ‘those most responsible’, however the question remains who is most responsible, and what form of liability should attach. In many situations of mass violence, those with authority over others maintain a deliberate remoteness between themselves and the actual crimes committed. There are often disparate and complex hierarchies and groupings among physical perpetrators, leading to further uncertainty as to liability. Those at the top do not engage in the ‘dirty work’; the question is whether they are liable for the fact that they have others do the dirty work for them.

The title of this study ‘Translating Guilt’ refers to the many layers of translation that take place in the search for the most appropriate modes of liability for mass atrocity. There is a translation from the collective to the individual, in terms of guilt and agency. There is a translation from the notion of collective criminality under circumstances of ‘every day’ deviant criminal behaviour, to the circumstances of mass atrocity, where deviation from moral behaviour becomes the norm. There is a translation of criminal law terminology from languages including German, French and Spanish to English, and even translation between English-language jurisdictions which have different understandings of terminology such as responsibility, liability, culpability, as well as the various forms of

*Chief Prosecutor Robert Jackson’s opening statement, Nuremberg, November 21, 1945.
complicity expressed as modes of liability. And there is a translation from the domestic to the international.

In Chapter 2, ‘Putting the Leaders of Mass Atrocity on Trial’, the central question posed is why the leaders should be held primarily liable for mass atrocity that occurs under their leadership. This represents the first layer of translation, from the collective guilt to individual guilt, and from collective agency to individual agency. It is argued that the liberal foundation of criminal law must be maintained, especially the principle of culpability; that an individual should only be punished for that which she has done, or participated in, and not for the actions of others for which she has no responsibility.

The paradigmatic commitment to individual guilt that forms the very basis of ICL brings with it problems that are unique to the context of mass atrocity. In conflict situations the moral universe has shifted, and ordinary people who would not normally commit acts of violence become capable of heinous acts on a grand scale. Sociological studies demonstrate that mass atrocities take place where certain elite members of society have managed to create regimes of hatred against a targeted group, and to legitimate their leadership by violent means. Often individuals commit mass atrocity under this leadership in conditions where hatred has been indoctrinated in various subtle or explicit ways, and where they have been asked to give up some of their decision-making agency to the collective, but also under threat of their own survival if they refuse to participate, such that both their rational and their moral agency is reduced. In these circumstances those higher up in the hierarchy maintain their agency and remain irreplaceable. The notion of overlapping agency is therefore asserted as a way of identifying which individuals within the collective can be said to be most responsible. The leaders have more deliberative capacity, more influence and control, and therefore more responsibility.

This is where the second layer of translation is important, from the notion of collective criminality under ‘normal’ circumstances, to the phenomenon of mass atrocity where deviation has become the norm. Individual criminal liability in any liberal system is predicated on rational and moral agency: an individual is punishable for acting contrary to the law where he is blameworthy for having acted against the norm that dictated he should have done otherwise (or for omitting from doing something where he was expected to do so) and where had the choice and ability to have done otherwise. Where there are exculpatory reasons, he is not punishable. While it is not argued that an individual should be excused for committing acts such as kidnapping, torture, rape, or killing simply because everyone else around him was doing the same, at the same time in the context of mass atrocity the moral universe has been turned upside down. An ideology has been created under which it is expected that individuals will take part in the oppression of a designated group by extreme means, under which rational choice has been reduced, and the moral choice to refuse to take part may become extremely difficult, lest the dissent be the next target.

This rationale for holding the leaders accountable as ‘those most responsible’ must then be translated into a system of liability, which is the third layer of translation dealt with in Chapter 2. In order to identify which system of liability is most appropriate for the context of mass atrocity, there are several tensions apparent in ICL. For example the demand for an effective system of ICL, the measure of which depends on which goals are to be served, stands in tension with the desire for a symbolic outcome in terms
of delegitimising a violent regime, as well as ensuring the rule of law, and providing a historical record of the atrocities that took place.

Furthermore it is asserted that the requirements of justice and fairness should operate as tempering limits on the desire for an effective and symbolic outcome. In particular the principle of culpability means that modes of liability which extend to ‘guilt by association’ should be avoided. Collective criminality makes individual criminal liability complex, especially in the context of mass atrocity where it may be difficult to prove who did what to contribute to a specific crime. However the sole fact of intentionally taking part in group violence should not mean that every party in the group becomes responsible for every act committed within the collective.

It is asserted that an over-arching goal can be identified in order to manage the tensions between these numerous aspirations; that of strengthening the public sense of accountability for massive human rights breaches. This is compelling as an overarching goal, since it would satisfy the requirement of fairness and justice by ensuring accountability in the form of criminal liability and not just collective blame, as well as being measurable in terms of effectiveness by helping to focus on who should be held accountable. This serves as an important guiding principle in the design of liability as a whole.

One way to resolve the tensions between the aspirations of a system of international criminal justice and the requirements of a system of liability is to test them against the aims and functions of punishment. A brief discussion is undertaken of the main theories of punishment familiar to domestic criminal lawyers, such as retribution, prevention and norm expression, with a focus on which of them would apply best to the punishment of mass atrocity. Theories of punishment are concerned with the moral and legal principles that can guide in the selection of a system of liability, and are therefore helpful in answering the question how to best reflect the collective nature of mass atrocity crimes while also identifying those who are most responsible within the collective.

There are difficulties of translating these theories of punishment from the domestic context, where those breaking the law can be assumed to be acting rationally and as morally independent agents (unless there is exculpatory evidence to the contrary), to the context of mass atrocity, where most individuals committing the crimes are acting under circumstances where both their rational and their moral agency is reduced, and the leaders have maintained more rational and deliberative capacity. After discussing these difficulties and the preferences demonstrated in the rhetoric of international tribunals and commentators, the conclusion is drawn that the aim of norm expression in fact ties together those of retribution and prevention. All three theories point to the effectiveness of focusing on identifying the leaders of mass atrocity as most responsible for the circumstances which lead to the commission of collective crimes.

The final question raised in Chapter 2 is whether, based on a centralised goal and the requirements of fairness and justice, it is possible to simply pick or choose from among domestic modes of liability and transplant them to the international context. The simple answer is yes; not only is it possible, but the process by which ICL is developed already does exactly this, and always has done.

Chapter 3, ‘A Comparative Theory of International Criminal Law’ develops a descriptive picture of the ways in which ICL are developed, with a particular focus on who the most influential players are as law-makers and what this means for a doctrine of sources. This comes back to the translation of modes of liability from the domestic to
Summary

the international, which is the fourth layer of translation.

In making this translation there have often been assumptions made about the transferability of domestic notions. As a result confusions have arisen with respect to the terminology surrounding culpability, accomplice and accessory liability, and even the legal meaning of the term ‘principal’. Since many domestic systems retain the terminology of ‘principal’ and ‘accessory’, without this necessarily denoting a normative differentiation nor a legal effect with respect to the conviction, the translation to the international context has often lacked a functional analysis, and a clear choice for one approach to liability. In the context of mass atrocity, the limits of culpability are important to keep in mind, and the effect of transplanting from one legal system to another must be given more attention.

A formalist or static approach to understanding law, which assumes that there is an answer to every legal problem to be discovered with enough applied reasoning, and which assumes that the doctrine of sources satisfies the question as to where such answers can be found, is insufficient to comprehend the processes at play. Rather a dynamic approach is asserted here, according to which the notions of ‘subject’ and ‘object’ of the law, and of formally endowed law-makers, are replaced with some more realist observations. The cast of participants involved in the processes that lead to law creation and application is much larger, and includes not only States and international organisations, but also individual judges, prosecutors, defence lawyers and scholars, all of whom have a very influential role in ICL.

The role of these participants and the law that is developed by them are mapped throughout the comparative study in Part II by applying a series of mapping tools which are laid out in Chapter 3. These include observations of who the participants are; what their perspectives are, including the domestic legal traditions they bring with them as a lens through which they interpret international law in general and ICL in particular; the situations in which these participants interact, including not only in the international tribunals, but also in venues of diplomatic negotiations and in scholarly debates; the resources drawn upon by these participants in terms of asserting authority; the strategies applied when asserting any notion or rule as part of ICL; and the aggregate outcome, in terms of whether a particular assertion is accepted as law or not.

This dynamic approach to law-making in ICL describes law as a process of decision-making rather than as a body of rules. The process is by definition influenced by which participants have the most influence in various situations and settings, such that in ICL the judges, lawyers and scholars who are cited as authoritative can be said to be more influential as law-makers and law-appliers than are States. Much of the normative criminal law content of ICL is left up to these participants to develop, since the traditional formal sources such as treaties and customary law have little to offer. Because there is nowhere else to turn to, domestic criminal law models become the most important sources for developing ICL. This process of translation from the domestic to the international is described as a patchworking process, and can be seen as a form of comparative law in action. The participants have followed the same patterns observed by comparative scholars with respect to legal transplantations between domestic systems: where there are gaps in the law, participants borrow notions from jurisdictions which are the most accessible and the most authoritative. In ICL this has led to the selection by participants who are asserting a rule or a mode of liability as applicable from the jurisdictions which
are most familiar to them, and to the greatest influence coming from the US and, more recently, German doctrine.

Another aspect of this understanding of law as process is that the content of the law as it develops is necessarily an expression of policy. Despite the fact that most lawyers tend to shy away from accepting law as policy, to deny it is to deny the law any social or political consequence. Even according to a more formalist understanding of the law, it cannot be denied that the law is never developed nor applied in a neutral manner. The dynamic understanding applied throughout this enquiry strives to make explicit and visible the policy-oriented aspects of the design and making of law. This allows both explicit scrutiny of the assertions made, and a systematic analysis on a more abstract level as to the content of the law. The law itself is thus described both as process and as policy, or as ‘decision making by authorised decision makers when authority and power coincide.’ The policy reasons for the development of various systems of liability in different domestic and international contexts are therefore important to take into account in coming to a full understanding of the development of liability in ICL.

Given that the development of ICL is so heavily dependent on domestic criminal law models, and this inevitable translation from the domestic to the international is conceived of as a patchworking process, a full comparative study is undertaken in this enquiry in order to identify the most appropriate modes of leadership liability. Chapter 4, ‘The Requirements of a Comparative Law Method’, sets out the final foundational tools and requirements for such a comparative enquiry.

A comparative study can aid in the creation and identification of common norms, a common vocabulary, and a truly pluralist or hybrid system of ICL. Without such an approach the process becomes one of unilateral transplantation of dominant systems instead. Not only can a comparative perspective on ICL help to understand the processes, and analyse the concepts being debated at a deeper level, it can also aid in strengthening the very same processes by contributing some methodology that could bolster the predictability and coherence of the processes and the outcomes. International criminal lawyers and scholars must be comparativists in their work, and look beyond that which is familiar to them.

In order to avoid both bias and arbitrariness in the selection of jurisdictions and specific modes of liability for comparison, there must be a methodological rigour applied. The first requirement is a functionalist method, which aims to explain social norms and structures by the ends they serve; the law responds to social human needs, and therefore rules and institutions have the purpose of answering these needs. Similar problems will therefore have similar solutions, even though the form of the rules and institutions may differ. Thus, while modes of liability may have different forms and different names in each compared jurisdiction, they serve a similar purpose, namely the criminal responsibility of individuals for the commission of collective crimes. Rather than looking for modes of responsibility with a certain description or title, such as ‘instigating’ or ‘complicity’, instead the search is for modes of responsibility which fulfil a certain function, namely to what extent a person who has a leadership role within an organised group is culpable for the criminal acts committed by other (often lower ranking) members of that group. This is a functional rather than a technical question.

A functional approach therefore also takes into account the policy context within which the compared modes of liability have developed, and fits well with the dynamic conception
Summary

of law as process and policy. Based on the functional method, and the concern for the contextualisation of systems of liability, a series of criteria are laid out against which selection of the most appropriate modes of liability in ICL can be tested:

i. Does the mode of responsibility reflect the collective nature of the crime?

ii. Does the mode of responsibility allow for identification of the person responsible within the group even when there is no clear hierarchical line?

iii. Could it operate in a different legal tradition (for instance where procedural rules play a more or less determinative role in the application of substantive law)?

iv. How has it been applied judicially, and what kinds of interpretation has been given to it in various social contexts?

v. Are these contexts akin to that of mass atrocity?

The second methodological requirement is to justify the selection of which jurisdictions will be compared in the search for a system of leadership liability applicable to ICL. Any comparative study is by definition selective in that only a restricted number of jurisdictions can be compared. In order to avoid bias (as far as this is possible) or arbitrariness, the selection of jurisdictions must be made explicit and justified. One of the criticisms often levelled at the interpretation of liability at the international tribunals is that the domestic jurisdictions which were cited as authoritative were overly selective and insufficiently representative of different legal traditions. With the patchworking process of ICL in mind, and the application of the functional approach, the criteria for selecting jurisdictions includes the following; domestic jurisdictions which have already been drawn upon by international tribunals; jurisdictions which can be instructive due to the higher level of development on the topic in question; jurisdictions which may be considered representative of certain traditions or trends. A final selection can be made based on language limitations and other limiting reasons.

Based on these criteria, Germany and Argentina have been selected as representative of the civil law tradition, and the USA and Canada have been selected as representative of the common law tradition.

Finally the third methodological requirement according to a functional approach is that of terminology; the points of comparison must be described with a lexicon and vocabulary that represents the function, and which are as neutral as possible. Attention is therefore paid to clarifying the terminology to be used throughout the rest of this enquiry.

In the first place, a distinction is drawn between unitary systems of liability, according to which the liability of every person involved in a crime is entirely independent of any other persons — a plurality of persons amounts to a plurality of offences — and differentiated systems, according to which a distinction is drawn between a principal and a person who is some way assists the principal, variously described as a participant, a secondary participant, an accessory or an accomplice, although the meaning of each of these terms may also differ. A further distinction is drawn between a ‘descriptively differentiated’ system, sometimes called a functionally unitary system, and a ‘normatively differentiated system’. The former maintains the language of differentiation between a
principal and an accomplice, but makes no legal or normative distinction. All parties are considered equally liable for a collectively committed offence, regardless of each individual's contribution. The latter makes a legal, normative distinction, and has different requirements for principal participation and accomplice participation. In a normatively differentiated system, an accomplice is considered to be morally less responsible for the final result than a principal, due to the fact that she 'merely' assisted the principle and did not fulfil the requirements of the crime herself.

The notion of accomplice liability is further defined. All those involved in a collective crime are to be referred to as parties to a crime, in order to avoid the confusion as to whether 'accomplice' denotes a normatively secondary form of liability or not. Party liability can be derivative, meaning that the liability of an accomplice is dependent upon the commission of a crime, and the wrongfulness of the act (i.e. it is not justifiable). In this sense, a party is an accessory, since the liability is accessory to, or derivative of, liability of the principle. However in a system where a vicarious theory of liability prevails, it would seem that accomplice liability is only 'accessory' in a very limited way; that is, the crime must have been completed, but the liability of each party is independent of the liability of any other party, and every party is considered to be equally liable as a principal. The term 'accessory' is therefore misleading in these systems.

Attention is also paid to terminology surrounding the literal translation of guilt. The notions of moral and rational agency are important in order to translate guilt as responsibility, as liability and as culpability, and to express these relationships as modes of liability. Guilt is necessarily personal and relational: a person is answerable for her own acts, and is answerable to someone for them. She is answerable when she is to blame, and she is to blame when she had the ability to weigh up her acts against their consequences both for the potential victim and for herself, and to make a choice. But this answerability, responsibility and capacity for guilt does not yet amount to liability. The relational aspect of guilt is that an individual is answerable for his criminal acts to the victim, but also to society. Criminal liability is the calling of society, represented by the State or by an international tribunal, to the individual to answer for his acts. He is criminally liable when he cannot offer an adequately exculpatory reason for the acts for which he is responsible.

Within the limits of exculpatory reasons, liability can be determined and expressed as different modes. The final distinction is between a system of liability that is either subjective or objective in nature. The subjective approach prevails in the common law tradition, where modes of liability express a functionally unitary system, such that there is no legal difference between a 'principal' and an 'accomplice', and all parties to a crime are considered equally liable. The objective approach prevails in the civil law tradition, where modes of liability express a normative differentiation, such that a principal is considered to carry more moral blame and therefore to be more culpable than an accomplice, who is culpable for assisting in the crime, but not for having committed the crime.

Following this, Part II: A Comparative Study of Modes of Liability undertakes to apply the theoretical and methodological tools laid out thus far, in order to come to a deeper and more sophisticated understanding of the development of different domestic systems of liability which have served as models in ICL, and the ways in which these models have been translated to the international plane.
Summary

In Chapter 5, ‘Subjectivity Reflected in the Common Law Tradition’ the first stage of mapping begins by looking at the characteristics of the common law tradition and how these have influenced the development of a particular system of liability.

In this tradition, liability is predicated on a subjective approach, which focuses on the intention or agreement to take part in a criminal enterprise, and leads to a kind of vicarious attribution of the acts of all those in the collective to each individual. The acts of all become the acts of one. With this emphasis on intention there is no concern for distinguishing degrees of liability based on the extent of physical contribution to the act, and thus what results a binary understanding of liability; either a party is liable, due to a shared intention, or he is not. In a domestic context this may satisfy the desire to punish for collective crimes, by capturing all parties to a crime under one form of liability regardless of the difficulty of proving who did what. However in the context of mass atrocity it can easily overreach the limits of moral culpability, and can lead to the punishment of an individual for the crimes of an entire society.

Specific attention is paid to the notion of conspiracy, since this is particular to the common law tradition. In Canada, as in most other jurisdictions following the common law tradition, conspiracy is an inchoate crime, however in the US it has developed uniquely into a mode of liability. It requires only an agreement among parties, and one overt act towards completion of the crime, in order to convict every individual implicated in the agreement. This results in a very far-reaching extended mode of liability that requires little or no evidence of the actual role played by any individual suspect. Conspiracy has been rejected on the international plane both as an inchoate crime and as a mode of liability, yet is displays significant similarities with the mode of liability known as Joint Criminal Enterprise (JCE).

Noteworthy is the fact that a subjective approach has no inherent doctrinal limits, as displayed by the far-reaching notion of conspiratorial liability. Since the emphasis is on the intention or agreement, and not on the degree of contribution to the resulting crime, extended liability can include further crimes committed by other parties, even if these were not originally agreed upon or intended. In order to curb this extended liability, Canada has introduced constitutionally interpreted limits, based on the notion of ‘fundamental principles of justice’, namely that the morally innocent must be protected. It has been determined in the case law that when it comes to high stigma crimes such as murder and war crimes, a party cannot be held liable for a further crime committed by another party if that was not the original intention or agreement. The US has no such constitutional limits. If a subjective approach is to be applied in ICL, then such limits should be considered carefully, given the high stigma of mass atrocity crimes and the risk of guilt by association.

In Chapter 6, ‘Objectivity Reflected in the Civil Law Tradition’, it becomes apparent that in the jurisdictions compared the translation from collective to individual guilt, and from collective to individual agency is predicated on an objective approach, whereby culpability is translated as blameworthiness for a wrongful act, and not (only) blame for intentional participation in a plan or agreement. Blameworthiness is measured in degrees, based on the test of causal contribution. Rather than a vicarious theory of liability attributing all acts of the collective to each individual, instead the theory of liability is based on personal autonomy, and attribution of blame. Depending upon the extent to which an individual had sufficient control over the crime, the measure of blame...
is determined, resulting in a normatively differentiated system of liability. Principals are more blameworthy, and therefore carry higher degrees of responsibility, than accomplices who assisted the principal. ‘Guilt by association’ is thus avoided, and the translation from collective guilt to individual guilt rests upon a closer focus on individual agency.

In both Germany and Argentina, the latter having inherited much from the former’s design of a criminal law system, the role of scholars has been particularly important in recent history in response to situations of atrocity and how to determine leadership liability. Because public opinion and subsequent policy demanded that the leaders were not held liable as mere accomplices, theories have been developed to accommodate the fact that the leaders exercised control and influence over the physical perpetrators. Principal liability was deemed to be determined by the notion of ‘control over the crime’, which could include both physical control and exercising control over another. In particular the theory of Claus Roxin gained much acceptance, that control over the crime could also include control exercised over a hierarchical organisation, or Organisationsherrschaft, such that the subordinates commit crimes on behalf of the leaders. Of importance is the fact that subordinates have little rational agency to exercise within hierarchical organisations, and are replaceable if they refuse to take part, whereas the leaders have deliberative capacity and control, and are integral rather than replaceable. This reflects the notion of deliberative capacity and overlapping agency asserted in Chapter 2.

Although Roxin’s theory had received much support in Germany, it was first applied judicially in Argentina in response to the Dirty War of the 1970s. The leaders of the Junta violent regime that had taken over the State were held responsible as principals for thousands of kidnappings, tortures and deaths, due to their control over the hierarchical organisations within which the crimes were perpetrated by their subordinates. This has led to a general trend in many Latin American countries seeking to prosecute the leaders of similar regimes, whose courts have made direct reference to the Argentine case law and to Roxin’s theory. Soon after, the German courts followed suit and convicted members of the (East German) National Defence Committee for having handed down a policy leading to multiple murders of East German citizens who were either shot or killed by mine explosions upon attempting to cross the Berlin Wall. There were political and moral pressures to punish those most responsible according to the full extent of their role. A qualification as a mere assistant in the crimes was unsatisfactory, and the notion of Organisationsherrschaft was judicially applied.

With respect to liability for crimes of mass atrocity on the international plane, these two systems of liability reflected in the common law and civil law traditions have been influential in different ways and at different times in different tribunals. In Chapter 7, ‘Shifting Trends in International Tribunals’ a historical map is made which demonstrates this process of patchworking, forming a new body of ICL by piecing together different elements from the domestic systems of liability.

One major conclusion that can be drawn from this map is that the role of the participants in the process is determinative in the selection of which legal tradition and which correlative system of liability is asserted as being applicable in ICL. Where there has been a majority of judges, lawyers and scholars who are influenced by the common law tradition, a system of liability has prevailed which is functionally unitary and which is predicated on a subjective approach. This was the case in the design of the Nuremberg and Tokyo tribunals, and the notions of liability that were included in these Charters.
Summary

Debates on the content of this approach became apparent among the judges, lawyers and scholars who were influenced by the civil law tradition, and in the end conspiracy and was rejected because it was not universal, and unrecognised by anyone other than the American lawyers as a mode of liability.

Some attention is also given to the Military Tribunals that were established under Control Council Law No. 10, specifically because they were domestic tribunals deciding new questions of ICL with exclusive reference to their own domestic law. The younger ad-hoc tribunals, which have increased in number since the 1990s, have often referred to the decisions of these tribunals as evidence of customary law, however it is argued this is an incorrect designation of their status. The Military Tribunals were applying domestic laws which differed from each other, and they were not doing so with any notion of opino juris. The laws they applied and the case law that emerged is almost exclusively representative of the common law tradition and cannot be said to represent international customary law. Rather it is evidence of the importance of domestic case law as a source of ICL.

At the International Criminal Tribunals for Yugoslavia and Rwanda (respectively the ICTY and ICTR) the statutes were modelled closely on the Nuremberg Charter and as such had a functionally unitary approach to liability. In an attempt to extend liability to include crimes committed by other members of a collective, the subjective approach prevailed, in particular with respect to JCE. In its most extended form as JCE III, liability for the unplanned but objectively foreseeable acts of other parties is shared by all according to the same vicarious attribution of all acts to all parties, which underpins a subjective approach. Noteworthy is the prevalence of common law trained lawyers and judges in asserting this subjective approach, and the dissent heard on the bench and in scholarly commentary that hailed for the most part from those trained in the civil law tradition.

Similarly, whereas command responsibility has developed over time from a kind of strict liability, towards a more restrictively defined crime of omission, it has also been interpreted to be based on an attribution of the acts of the subordinates to the commander, thus expressing a kind of vicarious liability.

Conversely, where participants who are influenced by the civil law tradition have had the leading role, such as at the International Criminal Court (ICC), there has been a preference for an objective approach to liability and for a normative differentiation between parties to a crime. This objective approach brings with it an attribution of responsibility, rather than imputation of another’s acts; a theory of derived, rather than vicarious liability. It is in this way that co-perpetration and indirect perpetration have been interpreted as principal modes of liability, differentiated from lesser, derivative modes of accessory liability.

At the ICC this objective approach and in particular the interpretation of indirect perpetration ‘by means of an organisation’ have been drawn directly from German, Spanish and Argentine case law and scholarship, with direct citation of Roxin’s theory of Organisationsherrschaft, giving explicit preference to the civil law tradition. The dissenting minority voice has been that of participants who prefer the subjective approach, inevitably influenced by the common law lens. The scholarly debates have followed similar lines.

What becomes apparent is that neither approach is inherently superior, but that there
is a need to focus on the specific context of mass atrocity in order to identify whether a subjective or an objective approach is more appropriate. Such a functionalist approach has been lacking thus far in the international tribunals, since the decisions have been heavily influenced by the domestic law background of the participants asserting one solution or another. This has led to a certain bias on the part of participants, scholars and authors of amicus briefs included, and an arbitrariness in terms of the outcome. The criticism of dissenting judges at the ICC may well be valid, that it is unjustified to simply draw on certain domestic laws and assert them as applicable international law. A defendant may never know what system of liability will apply, since it will depend on the tribunal before which he stands, on the background training of the indicting and defending lawyers, and of the judges on the bench.

Despite the arbitrariness of this patchworking process, it remains inevitable, and the question arises how to harness it such that a system of liability can emerge that reflects the specific nature of mass atrocity crimes, and serves the functions and goals of ICL described in Chapter 2. It is to this question that Part III turns.

Part III: What Can Be Learned From a Comparative Lens gives an overview analysis of the comparative study undertaken in Part II and applies the methodology and criteria laid out in Part I to provide an answer to the question of leadership liability for mass atrocity crimes.

In Chapter 8, ‘Analysing the Processes in Light of the Goals: Which Factors Have Led to the Development of Modes of Liability?’, a synthesis is made of the chapters in Part II, in order to complete the maps presented there. The specific focus is on the policy and historical factors which have led to the development of different systems of liability, in order both to understand the context giving rise to different theories and approaches, and to help identify which approach would be most appropriate to the specific context of mass atrocity adjudicated by international tribunals.

Of great importance is the social and policy reasons for the prevalence of the subjective approach in the common law tradition and for the objective approach in the civil law tradition. The fact that a jury is typical in the former tradition is one important factor, since liability is decided as a factual matter by lay decision-makers, who cannot be expected to internalise and consistently apply a complex taxonomy of liability. Thus it is more likely that a more simplified, functionally unitary system should emerge.

The approach to governmental authority is another factor, since in many countries following the common law tradition there is a more horizontal organisation of government and of decision-making in a criminal trial. This may be one explanation for the approach to liability that is also horizontal in nature: any hierarchy in a criminal organisation is irrelevant when it comes to criminal responsibility.

A judge’s main concern in the common law tradition is to adjudicate a contest between two versions of the truth presented by the defence and prosecution, and to uphold equality of arms during the trial. The final outcome is thus fair if the procedure is fair, and the label that attaches to a convicted person as having committed the crime even she only assisted another in its commission is less relevant. A subjective approach, with the emphasis on the intention or agreement in the first place, serves this purpose well. In particular, in the first half of the twentieth century, the notion of conspiracy was developed to deal with mafia-type crimes, where it was difficult prove who did what, and
Summary
to implicate the mafia bosses in the crimes if they had not physically contributed. By emphasising the agreement as the most important element, this problem was solved.

By comparison, in the civil law tradition, typically there are no juries, and judges are endowed with a more active, investigative role, trained as both factual and legal decision-makers. There is therefore more room for a more technical system of liability to emerge, with some guarantee that it will be applied consistently. Indeed, the civil law tradition prefers consistency and coherence of the system over individual resolution of a conflict, and a trial could be said to be more focused on policy implementation and on establishment of as accurate a picture as possible of the truth. Thus, the label that attaches to any individual’s conviction for participation in a collective crime is of great importance: if an individual only assisted another in the commission of a crime, but did not himself fulfill the elements of the crime, then it would be incorrect to convict him for having committed that crime as a principal. Correct labelling and historical truth have a more important place in the civil law tradition.

As well, the mode of liability known as indirect perpetration through an organisation was developed specifically in response to situations of atrocity. Roxin was originally inspired by the case of Adolf Eichmann, convicted by the Israeli District Court for his role in the extermination of the Jews in the Second World War, because he found it unsatisfying that it could not be reasoned that Eichmann was a principal rather than an accessory, purely because he had not physically killed anyone. Roxin thus developed his theory of *Organisationsherrschaft*, which was subsequently applied by the Argentine and other Latin American courts, and later by German courts in response to the atrocities that took place under violent domestic regimes. It is a mode of liability aimed specifically at holding leaders liable as principals, normatively differentiated from a person who merely assists a crime and is therefore less morally culpable, even though these leaders have not ‘pulled the trigger’. This is exactly the context of mass atrocity faced by international tribunals, which differs greatly from the gang or mafia-type crimes to which a subjective approach has responded with a theory of equal, vicarious liability.

The two stages of mapping in Part II, that of domestic jurisdictions and of the international tribunals, show the processes by which ICL develops, and as such demonstrates the characterisation of law as both process and as policy.

Given that the role of judges and scholars has become of primary importance in the development and application of ICL norms, these participants need to pay more attention to the comparative work that is taking place when they look to familiar domestic law solutions. While an extensive enquiry such as the one at hand is not a luxury that judges can afford, nor that all scholars can spend time on, at the same time if these participants were to take more effort to make explicit the choices being made, and to justify why they are being made, then this would aid in the predictability and transparency of the process and of the outcomes. It would also aid in bolstering the legitimacy of the outcome: once again, if the judges in the majority at the ICC had justified the reasons they were looking to Roxin’s theory and to the case law in Germany and Argentina for authority, drawing parallels to the context of mass atrocity in ICL, many of the reasons for dissent and continued debate would disappear.

Where participants have failed somewhat in the transplantation or patchworking of domestic models of liability to the context of international mass atrocity prosecutions is in the formulation of the question. By beginning the enquiry into collective criminality
and leadership liability with the use of terminology such as ‘principal’, ‘accomplice’ and ‘accessory’ liability, a series of mistakes are made which lead to utter confusion and to debates that talk cross purpose. The comparative study in Part II demonstrates that these terms have different connotations and legal meanings in different systems. Thus to pose the question in terms of the search for the ‘correct’ form of complicity liability applied to certain individuals, is to obfuscate important factors of comparison and reduce the chances of a useful and meaningful answer.

One of the effects of the patchworking process which should be taken into account is the shift in emphasis on domestic law as a source of ICL. Once again a dynamic approach to understanding law can aid in this. A formalist understanding insists on the pedigree of sources; in the first place treaties, customary law, general principles, and only as a subsidiary source can case law and the opinions of scholars be taken into account. However the mapping in Part II has demonstrated that the reverse is true in ICL. Treaties have very little to offer because they tend to provide the institutional framework for ICL and the definition of crimes, but the technical, criminal law nature of questions such as liability and defences have been left up to the judges to decide. These judges have little if any customary law or general principles to turn to, since these questions differ from jurisdiction to jurisdiction, and these differences stand in the way of any general rules emerging, and since courts do not apply notions of liability because they consider it to be an international obligation to do so, but rather because it is a matter of domestic law design. Thus, domestic case law and the opinions of scholars who have become authoritative are the primary sources for ICL, making the patchworking process truly inevitable.

If we embrace the observations made throughout the comparative part of this study, and accept the patchworking processes by which ICL has always been developed as inherent to the hybrid nature of this body of law, then there are possibilities to improve the processes and the strength of the outcomes. This can be achieved by applying the ‘rules of the game’ of comparative law methodology.

In Chapter 9, ‘In Defence of a Normatively Differentiated System’, this methodology is applied and the argument is made that there are reasons why an objective approach, and the resulting normatively differentiated system of liability, are more appropriate for the specific context of ICL. Specific modes of leadership liability can then be identified within such a system, while avoiding the ‘clash of legal cultures’ that has thus far taken place among international criminal lawyers.

Firstly, as argued in Chapter 2, the requirements of fairness and justice must take priority in designing a system of liability, since the rights of the defendant to a fair trial are imperative, including the principles of legality and culpability. It was asserted in Chapter 2 that the principle of liability does not require the same strict application of *nullum crimen* with respect to modes of liability as it does with respect to the codification of the elements of crimes, due to the necessarily open nature of norms of liability. However the expectation that modes of liability will be clearly articulated and consistently applied still plays a role.

This is one of the reasons the objective approach should be favoured in ICL. The principle of legality, if properly construed, does not lead us to focus on the actor’s intent, but rather on the question whether the actor’s conduct meets the preannounced definition of a crime. An objectivist orientation is therefore more faithful to the principle of legality.
Summary

By taking the actual contribution of an individual to the commission of a crime as the test of liability, rather than focusing on the agreement or intention to take part, there is a possibility of identifying those with more influence, who are therefore more blameworthy for the collective outcome. If a leader who has sufficient influence over the collective were to cease driving the collective towards committing crimes of mass atrocity, there is the possibility she could intervene and influence the collective to cease the acts, whereas if someone lower down the hierarchy ceases his participation, others can replace him and the atrocities continue. The objective approach offers tools for distribution of responsibility.

Furthermore the principle of culpability, which has been recognised as a part of ICL, requires that individual autonomy and rational agency should be respected when it comes to criminal liability, and that each individual should be held responsible for her own behaviour, but only to the extent that she could have been expected to do otherwise under the circumstances.

In the domestic contexts where the subjective approach has been favoured, it has helped to solve the problem of gang-type organised crimes and group violence, where it is otherwise difficult to link the leaders to the crimes. However in the context of mass atrocity, the subjective approach means that an individual who is lower down in the hierarchy, and who may have operated more on the periphery, is equally liable as the physical perpetrators and the leaders. The final convictions for these high stigma crimes therefore do not express the facts accurately, and do not express the different levels of moral culpability properly ascribed to each individual, leading to unfair labelling. Conversely, the objective approach offers tools for delineating responsibility, and attaching an accurate label to a convicted individual for his actual contribution to the crime. The factual, historical recording of the facts is legally distinct, and thus fairer both to defendants and to the victims in terms of expressing the truth.

The narrative, didactic role played by international prosecutions, coupled with the preference for retribution and norm expression as the functions of punishment, all lead to the conclusion that it is more effective and more appropriate to identify leaders of mass atrocity and their responsible role in the crimes, and to delineate the responsibility of those on the periphery. An objective approach fulfills this better than a subjective one.

The functional criteria that were set out in Chapter 4 for identifying modes of leadership liability that would fulfill the requirements, aims and goals of ICL as an effective, symbolic and didactic system are then used to test the various asserted modes of liability in the international tribunals.

The first criterion is that the collective nature of mass atrocity crimes is reflected. It would appear that while a subjective approach may reflect the collectivity, it risks over-reaching the principle of culpability because of the way party liability works with respect to further, unplanned crimes and the weight of responsibility carried by all parties regardless of their actual contribution. In the context of mass atrocity, where the crimes are no longer societally deviant behaviour but rather expected behaviour, it is more difficult for an individual to voluntarily distance herself from the acts of others and thus there are no natural limits for a subjective approach to liability. This is one of the reasons that JCE has been criticised as amounting to guilt by association, and is also one of the reasons conspiracy has been rejected as applicable in ICL. It is not the case with modes of liability such as planning, instigating, ordering, nor the modes of liability necessarily predicated on an objective approach. Such an approach, and the correlative normatively
differentiated system of liability, lead to better protection of the limits of culpability, and
a more detailed reflection of the different roles in collective crimes.

With respect to the second criterion, whether the mode of responsibility allows for
identification of the person responsible within the group even when there is no clear hier-
archical line, it would seem that an approach such as JCE would be a satisfactory fit, as
would the notions of co-perpetration and perpetration by means of another. The exten-
sion of this latter mode of liability to include ‘perpetration by means of an organisation’
does require a certain hierarchy of control, and thus would not be useful in situations
where crimes are committed by diffuse groups, such as the ISIS.

The third criterion, whether the mode of liability could operate in a different legal
tradition, is drawn from comparative law scholarship on legal transplants. The procedural
advantages of conspiracy, upon which JCE is heavily modelled, play no role in ICL, for
instance circumnavigating the hearsay rule, or the ability to intervene preemptively before
an attempt at commission has begun. The normatively differentiated modes of liability,
and in particular the notion of perpetration by means of an organisation, do not depend
on any procedural context, and can thus be easily transplanted.

With respect to the fourth and fifth criteria, the judicial application of a mode of liabil-
ity in a domestic context, and whether this context is akin to that of mass atrocity, there
should be particular attention paid to the fact that the conspiracy model of liability, upon
which JCE is based, was developed in a domestic context quite different from the context
of mass atrocity. Other modes of liability such as planning, ordering, soliciting, are more
directly related to the context of International Humanitarian Law (IHL), and therefore
have a closer identity to the specificity of IHL, and as such the judicial interpretations
they have been given are instructive. However these modes of liability do not deon-
tologically satisfy the desire to identify those most responsible according to the weight of
their involvement, since they are generally considered to be forms of encouragement, or
secondary modes of liability.

Where there are leaders whose role has been indefensible in the creation and enforce-
ment of an ideology and the orchestration of atrocities, their role needs be identified as
more blameworthy. This is where co-perpetration, indirect perpetration, and indirect
perpetration by means of an organisation come into their own, most especially given the
domestic contexts in which they were developed and applied. These are truly akin to the
situations to which ICL is responding, which is a factor that deserves serious weight in
the search for the most appropriate modes of liability.

In the concluding Chapter 10, the question that was posed in the beginning of this
enquiry, is repeated: if you had to share the dinner table with one of them, who would
you prefer to dine with, the mastermind or the executioner?* The underlying assertion
of this entire study is that there is something more understandable and more telling of
the fallibility of the human spirit in the actions of an executioner who takes part in a
collective where heinous acts are not only expected of him, but they have become the
norm. And there is something more distasteful, more horrendous, more blameworthy
about the ‘armchair killer’, the leader who is in a position to influence others such that
they become her instruments, such that they become capable of atrocities which serve

---

*Gideon Yaffe, Professor of Law, Professor of Philosophy, and Professor of Psychology at Yale Univer-
sity, posed this question during a presentation at Yale Law School. I am grateful to James Stewart
for presenting the question to me during discussions at the University of British Columbia.
Summary

an ideology that the leader wishes served by her subordinates. When she is fully capable of intervening, of using her influence to minimise rather than maximise the atrocities acted out by others at her behest, there is something more disturbing about the evil expressed through her when she does the opposite, than the evil expressed through the subordinates. We are all capable of the kind of evil expressed by those subordinates under the right (or wrong) circumstances. One would hope not all of us are capable of the other kind of evil. This author would therefore choose to dine with the executioner, with the human being who may have done the unforgivable, but not the unthinkable.

From the perspective of individual victims and their family members, one could imagine that sitting across the dinner table from the physical perpetrators would be more difficult, because of the proximity of the evil done at the hands of this actor. There is a desire to see the physical perpetrator punished in order to redress the harms done to them. However the claim that there should be a distinction between participants does not deny there is culpability on the part of these physical perpetrators; the wrongfulness of their acts is undeniable, and since they act with the requisite mens rea, or fault standards. It does not even deny that these individuals should be punished for their actions. However due to the contextual norm of violence under which they acted, and their reduced rational agency and reduced ability to act otherwise, there is no reason to hold these actors more responsible than the leaders who did not physically commit the atrocities, but who orchestrated them and ensured that others would take such actions. They are at least equally responsible. But there is most certainly a difference between the physical perpetrators and the leaders on the one hand, and those contributing on the periphery of these horrendous acts on the other. The latter are less morally blameworthy, and according to a theory of retribution, deserve to be labelled as such and punished to a lesser degree than the physical and intellectual authors of the crimes. An objective approach leads to a system of normative differentiation between principals and secondary parties, based on degrees of blameworthiness, leading to fair labelling and the desired norm expression.

Modes of liability are necessarily open norms, and have always been subject to judicial interpretation and clarification in the doctrine. Because ICL instruments have not provided enough detail to support such interpretation and clarification, individual participants whose role is that of law application, interpretation and appraisal have had to turn to domestic criminal law notions for help. The task of these participants now is to undertake this process with due attention to the policy considerations behind each model, as well as to the context of mass atrocity, and with justification of the selection of models being drawn upon. In doing so, the translation of guilt can become more consistent. The ‘clash of legal cultures’ that has been prevalent in the development of modes of liability to date can be minimised, and a more centralised model can emerge in ICL to hold the leaders accountable for their definitive role in humanity’s worst expressions of collective evil.
Nederlandse Samenvatting

De gemeenplaats dat Internationale Misdrijven per definitie collectief worden begaan, zou best wel en van de ergste nachtmerries kunnen zijn van strafrechtjuristen die proberen om het probleem van aansprakelijkheid op te lossen. Internationale misdrijven gebeuren niet door de hand van één persoon maar als onderdeel van een onderdrukkend systeem waarin deze misdaden op z’n best worden vergooid en op z’n slechtst worden georchestreerd. Niettemin heeft het internationaal strafrecht te maken met individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid volgens het axioma van de Neurenberg processen dat ‘misdaden tegen het internationale recht worden begaan door mensen, niet door abstracte entiteiten, en alleen door het bestraffen van individuen die zulke misdaden begaan, kunnen de bepalingen van internationaal recht worden afgedwongen.’* Collectieve misdaden zijn bekend in alle nationale strafrechtsystemen, maar de context waarin Internationale Misdrijven zich afspelen is op een aantal erg belangrijke punten anders en het probleem van identificatie van hen die verantwoordelijk zijn voor wat het collectief heeft uitgevoerd, kan veel complexer zijn.

Deze studie richt zich op de vraag omtrent leiderschapsaansprakelijkheid en probeert de debatten over deelnemingsvormen in internationaal strafrecht (ISR) te ontwikken, debatten die meer en meer complex zijn geworden in de laatste 20 jaar waarin internationale tribunals hebben geprobeerd die vraag te lossen buiten de context van een bestaand nationaal strafrechtsysteem.

Dit boek bestaat uit drie delen. In Deel I: De Fundering Leggen (Laying the Foundations), worden de theoretische en methodologische achtergronden behandeld. In het inleidende Hoofdstuk 1 wordt een korte uitleg gegeven over het feit dat bij de internationale tribunals het probleem van leiderschapsaansprakelijkheid gaandeweg is geconcentreerd op of hetzij het net van aansprakelijkheid verwijz moet worden zodat alle betrokkenen bij een internationaal misdrijf worden behandeld als gelijkwaardig aansprakelijk, dan wel om meer differentiatie aan te brengen tussen de betrokkenen onder toepassing van verschillende deelnemingsvormen. Er lijkt een trend te zijn om te focussen op ‘de meest verantwoordelijke’, maar de vraag blijft wie is meest verantwoordelijk en welke vorm van aansprakelijkheid hoort daar bij. In veel situaties van internationale misdaad houden zij die autoriteit hebben over anderen een opzettelijke afstand tussen henzelf en de gepleegde misdaden. Er zijn veelal ongelijkssoortige en complexe hiërarchieën en groepsvormingen tussen de fysieke daders die tot nog meer onzekerheid om rent de aansprakelijkheid leiden. Zij aan de top houden zich niet bezig met het vuile werk; de vraag is of zij aansprakelijk zijn voor het feit dat zij anderen het vuile werk voor hen laten uitvoeren.

De titel van deze studie ‘Schuld Vertalen’ (Translating Guilt) refereert aan de vele lagen van vertaling die zich voordoen in de zoektocht naar de meest passende deelhe-
Samenvatting

mingsvormen voor internationale misdaden. Er is een vertaling vanuit het collectieve naar het individuele in termen van schuld en autonomie. Er is een vertaling vanuit het begrip van collectieve criminaliteit onder omstandigheden van ‘aleldaags’ abnormaal crimineel gedrag naar de omstandigheden van Internationale Misdrijven waar afwijking van moreel gedrag de norm wordt. Er is een vertaling van strafrecht terminologie vanuit talen als Duits, Frans en Spaans naar Engels en zelfs vertaling tussen Engels talige jurisdicties die verschillende termen anders interpreteren, termen zoals verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid, schuldigheid en de verschillende vormen van daderschap en medeplichtigheid uitgedrukt als deelnemingsvormen. En er is een vertaling vanuit het nationale naar het internationale.

In Hoofdstuk 2: Het berechten van de leiders van Internationale Misdrijven, is de centrale vraag waarom leiders vooral aansprakelijk zouden moeten worden gehouden voor Internationale Misdrijven die zich voordoen onder hun leiderschap. Dit is eerste laag van vertaling, vanuit collectieve schuld naar individuele schuld, en van collectieve autonomie naar individuele autonomie. Er wordt beargumenteerd dat de liberale fundering van strafrecht behouden moet blijven, met name het schuldbeginsel, namelijk dat een individu alleen maar gestraft zou moeten worden voor wat hij heeft gedaan of voor waarin hij heeft meegedaan, en niet voor de acties van anderen voor wie hij geen verantwoordelijkheid draagt.

De betrekkelijke committering aan individuele schuld die de basis is van ISR, brengt problemen mee die uniek zijn in de context van Internationale Misdrijven. In conflict situaties is het morele universum verdraaid en gewone mensen die normaal gesproken geen geweld zouden uitoefenen, komen in een staat waarin zij gewelddadige daden op grote schaal kunnen uitvoeren. Sociologische studies tonen aan dat internationale misdaden plaatsvinden daar waar een bepaalde elite in een gemeenschap een haatregime tegen een doelgroep kan creëren waarbij hun leiderschap door geweld wordt ge legitimeerd. Vaak plegen individuen internationale misdaden onder zo’n leiderschap onder condities waar haat werd geïndoctrineerd op verschillende subtiele of expliciete manieren, en waar ze werden gevraagd om een deel van hun besluitvorming over te dragen aan het collectief, tegelijkertijd echter onder bedreiging van hun eigen overleven als ze niet zouden meewerken, en dat alles op zo’n manier dat hun rationele en morele autonomie wordt verminderd. Onder deze omstandigheden behouden de hiërarchisch hoger geplaatsten hun overwicht en blijven zij onvervangbaar. Het begrip van overlappende betrokkenheden geldt daarom als een manier van identificatie van die individuen binnen het collectief waarvan kan worden gezegd dat zij de meeste verantwoordelijkheid dragen. De leiders hebben meer vermogen tot overleg, meer invloed en controle en zijn derhalve meer verantwoordelijk.

Nu wordt de tweede laag van vertaling belangrijk, van het begrip van collectieve criminaliteit onder ‘normale’ omstandigheden naar het fenomeen van internationale misdaden waarbij afwijking tot norm is geworden. Individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid is in ieder liberaal systeem gebaseerd op rationele en morele autonomie: een individu is strafbaar als hij in strijd met de wet iets doet waarbij hij handelde tegen de norm die dicteerde dat hij anders zou moeten handelen (of het nalaten van iets wat hij werd geacht juist wel te doen) en waar hij de keus en de mogelijkheid had om anders te handelen. Als er verontschuldigende redenen zijn voor het gedrag, is hij niet strafbaar. Zonder te beweren dat een individu vergeven zou moeten worden voor het plegen van daden als
kidnapping, marteling, verkrachting of moord simpelweg omdat iedereen om hem heen het zelfde deed, moet worden gezegd dat in de context van internationale misdaden het morele universum op zijn kop is gezet. Er is een ideologie gecreëerd waarin verwacht wordt dat individuen deelnemen aan de onderdrukking met extreme middelen van een bepaalde groep, een regime waarin rationele keuzes zijn beperkt en waarbij de morele keus om deelname te weigeren wel extreem moeilijk wordt als de weigeraar niet het volgende doelwit wil worden.

Deze motivering voor het aansprakelijk houden van de leiders als zijnde ‘de meest verantwoordelijken’ moet dan worden vertaald naar een systeem van aansprakelijkheid en dat is de derde laag van vertaling die wordt behandeld in Hoofdstuk 2. Bij het identificeren van welk systeem van aansprakelijkheid het best geschikt is in de context van internationale misdaden, loopt men aan tegen verschillende spanningen in het ISR. Bij voorbeeld de noodzaak van een effectief ISR systeem waarvan de maat afhangt van welke doelen men wil bereiken, staat op gespannen voet met de wens te komen tot een symbolische uitkomst met betrekking tot het ontwinnen van legitimiteit aan een gewelddadig regime, met het zeker stellen van wettelijke regels en met het verzorgen van een historische tijdelijke m.b.t. de misdaden die hebben plaatsgevonden.

Verder zouden de vereisten van redelijkheid en billijkheid temperende limieten moeten zijn voor de wens te komen tot een effectief en symbolisch resultaat. Meer in het bijzonder betekent het schuldbeginsel dat soorten van aansprakelijkheid die zo ver gaan als ‘schuld door associatie’, vermeden zouden moeten worden. Collectieve criminaliteit maakt individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid complex, zeker in de context van internationale misdaden waarbij het moeilijk kan zijn om te bewijzen wie wat deed om aan een specifieke misdaad bij te dragen. Maar het enkele feit van opzettelijke deelname aan groeps geweld zou niet moeten betekenen dat iedere partij in de groep verantwoordelijk wordt voor iedere handeling gepleegd door een andere partij.

Er wordt beweerd dat een overkoepelend doel kan worden geïdentificeerd om de spanningen tussen deze talrijke aspiraties te beheren en beheersen; namelijk de versterking van het gemeenschappelijk besef over verantwoording voor misdaden tegen de menselijkheid. Als overkoepelend doel is dit bijna dwingend omdat het de roep om eerlijkheid en gerechtigheid zou bevredigen door toerekenbaarheid vast te stellen niet alleen in de vorm van collectieve blam maar ook in de vorm van strafrechtelijke aansprakelijkheid, meetbaar in termen van effectiviteit bij het helpen focussen op wie verantwoordelijk moet worden gehouden. Dit dient als een belangrijke leidraad in het ontwerpen van aansprakelijkheid in zijn geheel.

Een manier om de spanningen tussen de aspiraties van een systeem van internationale criminele rechtspraak en de vereisten van een systeem van aansprakelijkheid op te lossen, is om ze te testen tegen doel en functie van bestraffing. Volgt een korte discussie over de belangrijkste theorieën betreffende bestraffing zoals behend bij nationale strafrechtsjuristen, theorieën zoals omtrent vergelding preventie en norm vastlegging, met focus op de vraag welke daarvan het best toepasbaar zijn op Internationale Misdrijven. Theorieën over bestraffing hebben betrekking op morele en juridische principes die leidend kunnen zijn in de selectie van een aansprakelijkheidsysteem en ze zijn derhalve behulpzaam bij beantwoording van de vraag hoe het beste de collectieve aard van internationale misdaden naar voren te brengen terwijl tegelijkertijd diegenen die de meeste verantwoording dragen binnen het collectief, worden geïdentificeerd. Moeilijkheden duiken op bij
Samenvatting
de vertaling van deze bestraffingstheorieën vanuit de nationale context waar mag wor-
den aangenomen dat overtreders rationeel en als onafhankelijke betrokkenen handelen
(tenzij bewijs van het tegendeel), naar de context van Internationale Misdrijven waar
de meeste individuen die misdrijven begaan, handelen onder omstandigheden die zowel
hun rationele als hun morele autonomie verminderen terwijl de leiders meer rationale
en onderhandelingscapaciteiten hebben behouden. Na discussie van deze problemen en
van de voorkeuren te vinden in de stukken van internationale tribunals en commenta-
toren, wordt de conclusie getrokken dat het doel van norm expressie in feite de doelen
van vergelding en voorkoming samen bindt. Alles leidt er toe dat het effectief is om te
focussen op de identificatie van de leiders van Internationale Misdrijven als degenen die
het meest verantwoordelijk zijn voor de omstandigheden die hebben geleid tot het plegen
van de collectieve misdaden.

De laatste vraag die in Hoofdstuk 2 wordt behandeld, is of, gebaseerd op een centrale
doelstelling en op de vereisten van eerlijkheid en gerechtigheid, het mogelijk is om simpel-
weg uit de nationale modellen van aansprakelijkheid te kiezen en die dan over te zetten
naar de internationale context. Het simpelste antwoord is ja; het is niet alleen mogelijk
maar het proces waarmee ISR wordt ontwikkeld doet precies dat en heeft dat ook altijd
gedaan.

Hoofdstuk 3: ‘Een Vergelijkende Theorie van Internationaal Strafrecht’
schets een beschrijvend beeld van de manieren waarop ISR wordt ontwikkeld, met een
speciale focus op wie als rechtsonderwijselaars de meest invloedrijke spelers zijn en wat
dat betekent voor de doctrine van de bronnen. Dit komt weer terug op de ‘vertaling’
van de deelnemingsvormen vanuit het nationale naar het internationale recht, de vierde laag
van vertaling.

In het maken van deze vertaling worden er vaak aannames gemaakt over de omzetbaar-
heid van nationale denkbeelden. Er rijst daaruit verwarring over terminologie betreffende
schuld, aansprakelijkheid van een medeplichtige en zelfs over de juridische inhoud van
de term ‘principal’ of hoofdschuldige. Omdat veel nationale systemen de terminologie
van principal en accessory gebruiken, zonder noodzakelijkerwijs een normatief verschil of
een juridisch effect ten aanzien van veroordeling aan te duiden. De vertaling naar
een internationale context vaak gebrek aan een functionele analyse en aan een duidelijke
keuze voor een benadering van aansprakelijkheid. In de context van Internationale Mis-
drijven is het belangrijk om de limieten van schuld in de gaten te houden en moet meer
aandacht worden geschonken aan het effect van transplantatie van het ene systeem naar
het andere.

Een formalistische of statische benadering voor het begrijpen van recht is onvoldoende
om het onderhavige proces te begrijpen. Immers zo’n benadering heeft als uitgangspunt
dat er een antwoord is op ieder juridisch probleem, te vinden met toepassing van vol-
doende rede. Ook gaat deze benadering er van uit dat de doctrine van bronnen voldoende
is om te bepalen waar de antwoorden kunnen worden gevonden. Beter kan hier een dy-
namische benadering worden gevolgd waarbij begrippen als ‘subject’ en ‘object’ van het
recht en de noties van zogenaamde formeel aangestelde rechtsmakers worden vervangen
door meer realistische observaties. Het aantal deelnemers betrokken bij processen die
leiden tot rechtsonderwijs en toepassing is veel groter en omvat niet alleen Staten en
internationale organisaties, maar ook individuele rechters, aanklagers, verdedigingsadvoc-
caten en academici die allemaal een rol van grote invloed op het ISR hebben.
De rol van deze deelnemers en het recht dat door hen wordt ontwikkeld zijn in kaart gebracht in de vergelijkende studie in Deel II door toepassing van de werktuigen ontwikkeld in Hoofdstuk 3. Deze houden onder meer in wie de deelnemers zijn; wat zijn hun perspectieven, inclusief de nationaal rechtelijke tradities die ze mee brengen als lens waardoor ze internationaal recht in het algemeen en ISR in het bijzonder interpreteren; de situaties waarin deze deelnemers samenwerken, niet alleen in de internationale tribunals, maar ook op plekken van diplomatieke onderhandelingen en academische debatten; de bronnen waaruit deze deelnemers putten in termen van toe te passen autoriteit; de toegepaste strategieën wanneer een notie of regel als deel van ISR wordt neergezet; en de gemiddelde uitkomst, of een bepaalde geopperde zekerheid wordt geaccepteerd als staand recht of niet.

Deze dynamische benadering van rechtsschepping in ISR beschrijft recht als een proces van besluitvorming en niet als een geheel van regels. Het proces wordt per definitie beïnvloed door welke deelnemers de meeste invloed hebben in verschillende situaties en settings, zodanig dat in ISR de rechters, juristen en academici die worden geciteerd als gezaghebberend, ook daadwerkelijk meer invloedrijke rechtsscheppers en -toepassers zijn dan Staten. De ontwikkeling van veel van de normatieve strafrechtelijk inhoud van ISR wordt overgedragen aan deze deelnemers omdat de traditionele formele bronnen zoals verdragen en gewoonrecht weinig in te brengen hebben. Omdat er niets anders is om te gebruiken, worden nationale strafrechtmodellen de belangrijkste bron voor de ontwikkeling van ISR. Dit proces van vertaling van het nationale naar het internationale wordt beschreven als ‘lapwerk’ (patchworking) en kan worden gezien als een levende vorm van rechtswerveling. De deelnemers volgen dezelfde patronen als zij die worden geobserveerd door rechtswervelende academici wanneer zij juridische transplantaties tussen nationale rechtssystemen waarnemen: waar gaten in het recht zitten, lenen de deelnemers begrippen vanuit jurisdicties die het meest toegankelijk zijn en de meeste autoriteit hebben. In ISR heeft dat geleid tot selectie door deelnemers die een regel of wijze van aansprakelijkheid voorstaan zoals die van toepassing is in jurisdicties die hen het meest na staan waarbij de grootste invloed komt uit de doctrines van de VS en, recentelijk, van Duitsland.

Een ander aspect van dit begrip van recht als een proces is, dat de inhoud van het recht, zoals het zich ontwikkelt, noodzakelijkerwijs een uitdrukking van beleid is. Ondanks het feit dat de meeste juristen angstig zijn om recht als beleid te zien, is het ontkennen daarvan gelijk aan het ontkennen dat recht politieke en sociale consequenties heeft. Zelfs vanuit een meer formalistische benadering van het recht kan niet worden tegengesproken dat recht nooit is ontwikkeld noch toegepast op een neutrale manier. Het dynamisch rechtsbegrip zoals dat wordt toegepast in deze hele studie probeert de beleid georiënteerde aspecten van ontwerp en schepping van recht duidelijk en zichtbaar te maken. Hiermee kunnen de geponeerde stellingen expliciet en nauwkeurig worden onderzocht, en kan de inhoud van het recht op een meer abstract niveau aan een systematische analyse worden onderworpen. Het recht zelf wordt op die manier beschreven als zowel een proces als een beleid, of als ‘besluitvorming door daartoe geautoriseerde deelnemers wanneer autoriteit en macht bij elkaar komen’. De beleidsredenen voor de ontwikkeling van diverse systemen van aansprakelijkheid in verschillende nationale en internationale contexten zijn daarom belangrijk om in ogenschouw te nemen bij de vorming van een volledig begrip van de ontwikkeling van aansprakelijkheid in ISR.
Samenvattining

Gegeven het feit dat de ontwikkeling van ISR zo zwaar steunt op nationale strafrechtmodellen en dat de onafwendbare vertaling van het nationale naar het internationale wordt gezien als een patchworking proces, wordt in dit onderzoek een volledig rechtsvergelijkend onderzoek uitgevoerd om de meest toepasselijke vormen van leiderschapsaansprakelijkheid te vinden. **Hoofdstuk 4: ‘De Benodigdheden voor een Rechtsvergelijdingsmethode’** behandelt de laatste fundamentele werktuigen en benodigdheden voor zo’n vergelijkend onderzoek.

Een vergelijkende studie kan helpen bij de creatie en identificatie van gezamenlijke normen, een gezamenlijk woordenboek en een werkelijk meervormig of hybride systeem van ISR. Zonder zo’n benadering wordt het proces een unilaterale transplantatie vanuit dominante systemen. Niet alleen kan een vergelijkend perspectief op ISR helpen om het proces te begrijpen en om de concepten die op dieper niveau worden besproken, te analyseren, maar hij kan ook helpen om datzelfde proces te versterken door een methodologie aan te dragen die de voorspelpaarheid en de samenhang van de processen en uitkomsten kan ondersteunen. Internationaal strafrechtjuristen en -academici moeten in hun werk rechtsvergelijkers zijn en moeten kijken achter wat voor hen vertrouwd is.

Om zowel vooringenomenheid als willekeur uit te sluiten in de selectie van jurisdicties en specifieke deelnemingsvormen voor vergelijking, moet een methodologische strengheid worden gehanteerd. Een eerste vereiste is een functionalistische methode die tot doel heeft om sociale normen en structuren uit te leggen via de doelen die zij dienen; het recht voorziet in sociale menselijke behoeften en dus hebben regels en instituties tot doel aan die behoeften tegemoet te komen. Gelijkwaardige problemen zullen dus gelijkaardige oplossing hebben ondanks dat de vorm van de regels en instituties kan verschillen. Ondanks dat deelnemingsvormen verschillend van vorm en naam kunnen zijn in iedere vergelijkende jurisdictie, dienen ze toch hetzelfde doel, namelijk de straftabelijke verantwoordelijkheid van individuen voor het begaan van collectieve misdaden. Meer dan te zoeken naar deelnemingsvormen met een bepaalde omschrijving of titel, zoals ‘uitslissing’ of ‘medeplichtigheid’, moeten we zoeken naar deelnemingsvormen die een zekere functie vervullen, namelijk in hoeverre een persoon met een leidende rol binnen een georganiseerde groep schuldig is aan de criminele handelingen van andere (vaak lager in de organisatie staande) leden van die groep. Dit is meer een functionele dan een technische vraag.

Een functionele benadering houdt dus ook rekening met de beleidsmatige context waarin de vergeleken deelnemingsvormen zijn gegroeid en past goed in het dynamische concept van recht als proces en beleid. Gebaseerd op de functionele methode en op de zorg voor de inkladering van aansprakelijkheidsystemen wordt een serie van criteria neergelegd waarmee selectie van de best passende deelnemingsvormen in ISR kan worden getest:

i. Reflecteert de deelnemingsvorm het collectieve karakter van de misdaad?

ii. Maakt de deelnemingsvorm het mogelijk om de verantwoordelijke persoon binnen de groep te identifieren zelfs als er geen heldere hiërarchische lijn is?

iii. Kan de vorm functioneren in een andere juridische traditie (bijvoorbeeld waar procedurele regels een meer of mindere beslissende rol spelen bij de toepassing van het materiële recht)?
iv. Hoe is de vorm toegepast in rechterlijke uitspraken en welke interpretaties zijn er aan gegeven in variërende sociale omgevingen?

v. Zijn die omgevingen te vergelijken met die van Internationale Misdrijven?

Het tweede methodologische vereiste is om de selectie te verantwoorden van welke jurisdicties zullen worden vergeleken in de zoektocht naar een systeem van leiderschap-saansprakelijkheid toepasbaar binnen het ISR. Iedere vergelijkende studie is per definitie selectief omdat maar een beperkt aantal jurisdicties kan worden vergeleken. Om zowel vooringenomenheid (voor zover dat al mogelijk is) als willekeur uit te sluiten, moet de selectie van jurisdicties expliciet en verantwoord gemaakt worden. Een van de vaak geuite kritieken op de interpretatie van de aansprakelijkheid bij de internationale tribunals is dat de nationale jurisdicties die als autoriteit worden aangehaald, overdreven selectief zijn en dat zij andere juridische tradities onvoldoende representeren. Met het patchwork proces van ISR in gedachten en onder toepassing van de functionele benadering, behelzen de criteria voor de selectie van jurisdicties onder meer het volgende: nationale jurisdicties die al door eerdere internationale tribunals zijn gebruikt; jurisdicties die leerzaam kunnen zijn vanwege het hogere niveau van ontwikkeling met betrekking tot het relevante onderwerp; jurisdicties die als representatief voor bepaalde tradities of trends mogen worden beschouwd. Een laatste selectie kan worden gemaakt gebaseerd op taalkundige beperkingen of andere beperkende redenen.

Gebaseerd op deze criteria zijn Duitsland en Argentinië geselecteerd als representatief voor de civil law traditie en de USA en Canada als representatief voor de common law traditie.

Het derde methodologische vereiste volgens de functionele benadering is tenslotte het vereiste van terminologie; de te vergelijken items moeten worden beschreven met een lexicon en een woordenschat die functioneel zijn en die zo neutraal mogelijk zijn. Daarom wordt er aandacht besteed aan de verduidelijking van terminologie die in de rest van dit onderzoek zal worden gebruikt.

In de eerste plaats wordt er onderscheid gemaakt tussen unitaire systemen van aansprakelijkheid en gedifferentieerde systemen. In unitaire systemen is de aansprakelijkheid van eenieder die betrokken is bij de misdaad, volledig onafhankelijk van welke andere personen dan ook – meerdere personen levert evenzovele overtredingen op. In een gedifferentieerd systeem wordt onderscheid gemaakt tussen een hoofddader en iemand die op enige manier de hoofddader assisteert, met variatie beschreven als participant, secundair participant, accessory, accomplice, medepleger of medeplichtige hoewel de betekenis van deze termen ook kan verschillen. Een verder onderscheid wordt gemaakt tussen een “beschrijvend gedifferentieerd systeem”, ook wel functioneel unitair systeem genoemd, en een “normatief gedifferentieerd systeem”. De eerste behoudt de taalkundige benaming van principal en accessory maar maakt geen juridisch of normatief onderscheid tussen beide. Alle partijen worden gelijktijdig aansprakelijk geacht voor een collectief begane overtreding, ongeacht de bijdrage van ieder individu. De laatste maakt een juridisch normatief onderscheid en heeft verschillende vereisten voor hoofddaderschap (principal) of bijdaderschap (accomplice). In een normatief gedifferentieerd systeem wordt de bijdader moreel minder verantwoordelijk geacht voor het eindresultaat dan de hoofddader omdat de bijdader de hoofddader ‘slechts’ assisteerde en niet zelf de delictsomschrijving, heeft uitgeoefend.
Samenvatting

Het begrip deelname wordt verder gedefinieerd. Iedereen die betrokken is bij een collectief misdrijf, moet worden aangeduid als ‘partij bij de misdaad’ om te voorkomen dat een term als medeplichtige of accessory een normatief vermindere vorm van aansprakelijkheid aanduidt of niet. Het kan derivatief zijn wanneer de aansprakelijkheid van een medeplichtige afhangt van het gepleegd worden van een misdrijf en de onrechtmatigheid van die daad (i.e. zij is niet te rechtvaardigen). In deze zin is de medeplichtige een accessory omdat zijn aansprakelijkheid afhangt van, of derivatief is aan, de aansprakelijkheid van de principal. Echter in een systeem waar een indirecte theorie van aansprakelijkheid overheerst, lijkt het dat de aansprakelijkheid van de medeplichtige maar in geringe mate derivatief is; de misdaad moet voltooid zijn maar de aansprakelijkheid van iedere partij is onafhankelijk van de aansprakelijkheid van enige andere partij en iedere partij wordt geacht gelijkelijk aansprakelijk te zijn als de hoofdader. De term accessory is daarom misleidend in deze systemen.

Aandacht wordt ook geschonken aan terminologie rondom de letterlijke vertaling van schuld (guilt). De begrippen morele en rationele autonomie zijn van belang om schuld te vertalen in verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en culpabiliteit en om deze relaties uit te drukken in vormen van aansprakelijkheid. Schuld is noodzakelijkerwijs persoonlijk en relationeel: iemand draagt zelf verantwoordelijkheid voor zijn eigen daden en legt verantwoording af aan iemand anders voor diezelfde daden. Hij is verantwoordelijk als hem een verwijt kan worden gemaakt, en een verwijt kan worden gemaakt wanneer hij de mogelijkheid had om zijn daden af te wegen tegen de consequenties voor het potentiële slachtoffer en voor hemzelf, en de mogelijkheid om een keuze te maken. Maar de verantwoording, verantwoordelijkheid en de mogelijkheid van schuld leiden nog niet tot aansprakelijkheid.

Het relationele aspect van schuld is dat een individu verantwoording schuldig is voor zijn criminele daden tegenover het slachtoffer maar ook tegenover de maatschappij. Strafrechtelijke aansprakelijkheid is de roep van de maatschappij, bij monde van de Staat of een internationaal tribunaal, aan het individu om verantwoording af te leggen voor zijn daden. Hij is strafrechtelijk aansprakelijk wanneer hij geen adequate rechtvaardigingsgrond kan geven voor de handelingen waar hij verantwoordelijk voor is.

Binnen de grenzen van rechtvaardigingsgronden kan aansprakelijkheid worden bepaald als en uitgedrukt in verschillende vormen. Het laatste onderscheid geldt tussen een aansprakelijkheidsysteem dat van nature ofwel subiectief dan wel objectief is. De subjectieve benadering overheerst in de common law traditie waar de deelnemingsvormen leiden tot een functioneel unitair systeem, zodanig dat er geen juridisch verschil is tussen een principal en een accomplice en dat alle partijen betrokken bij een misdaad gelijkwaardig zijn. De objectieve benadering overheerst in de civil law traditie waar deelnemingsvormen een normatieve differentiatie uitdrukken, zodanig dat een principal wordt geacht meer morele verwijtbaarheid te dragen en daardoor meer schuldig te zijn dan een accessory die schuld draagt voor assisteren bij de misdaad maar niet voor het uitvoeren daarvan.

Deel II: Een vergelijkende studie van Deelnemingsvormen neemt het op zich om de theoretische en methodologische werktuigen die tot dusver zijn besproken, toe te passen om te komen tot een dieper en meer geraffineerd begrip van de ontwikkeling
van verschillende nationale aansprakelijkheidssystemen die al als model hebben gediend in ISR, en van de manieren waarop deze modellen zijn vertaald naar het internationale vlak.

In **Hoofdstuk 5: ‘Subjectiviteit gereflecteerd in de Common Law traditie’** wordt duidelijk dat in de vergeleken landen aansprakelijkheid gesteld is op een subjectieve benadering die focusst op de intentie of de overeenkomst om deel te nemen aan een criminele handeling en die er toe leidt dat aan ieder individu de daden van iedereen in het collectief worden toegerekend. De daden van allen worden de daden van één. Met deze nadruk op intentie is het niet nodig om een onderscheiding te maken tussen graden van aansprakelijkheid gebaseerd op de mate van fysieke bijdrage aan de daad, en wat er dan dus overblijft is een binair begrip van aansprakelijkheid; of een partij is aansprakelijk vanwege gedeelde intentie, of hij is niet aansprakelijk. In een nationale context mag dit voldoende zijn om de wil tot bestralen van collectieve misdaden te bevredigen door alle partijen bij een misdrijf te vangen onder één vorm van aansprakelijkheid ongeacht of het moeilijk te bewijzen is wie wat heeft gedaan. Echter in de context van internationale misdaden kan dit makkelijk de grenzen van morele verwijtbaarheid te buiten gaan en zo leiden tot bestraffing van een individu voor de misdaden van een hele samenleving.

Bijzondere aandacht wordt besteed aan de notie van samenzwering omdat dit echt tot de common law traditie behoort. In Canada, zoals in de meeste andere jurisdicenties met een common law traditie, is samenzwering een formeel delict, maar enkel in de VS heeft het zich ontwikkeld tot een deelnemingsvorm. Deze eist slechts overeenstemming tussen partijen en één openlijke daad richting volvoering van de misdaad om vervolgens ieder individu betrokken bij de overeenstemming, te veroordelen. Dit resulteert in een erg ver reikende, uitgebreide, deelnemingsvorm die weinig of geen bewijs vereist van de actuele rol gespeeld door iedere individuele verdachte. Samenzwering is verworpen op het internationale vlak, zowel als formeel delict als als deelnemingsvorm, maar het vertoont grote overeenkomsten met een deelnemingsvorm bekend als Joint Criminal Enterprise.

Het valt op dat een subjectieve benadering geen inherente limieten in de doctrine kent, zoals wordt aangetoond door de ver reikende notie van aansprakelijkheid voor samenzwering. Omdat de nadruk ligt op de intentie of overeenstemming en niet op de mate van bijdragen aan de misdaad die volgt, kan deze uitgerekte aansprakelijkheid andere misdaden van andere partijen insluiten, zelfs als die daden niet waren begrepen in de oorspronkelijke overeenstemming of intentie. Om deze uitgerekte aansprakelijkheid te beteugelen, heeft Canada vanuit de grondwet geduid de limieten geïntroduceerd, limieten gebaseerd op de notie van ‘fundamentele beginselen van rechtvaardigheid’, namelijk dat de moreel onschuldige moet worden beschermd. In de jurisprudentie is vastgesteld dat waar het gaat om misdaden met een hoog stigma gehalte, zoals moord en oorlogsmisdaden, een partij niet aansprakelijk kan worden gehouden voor verdere misdaden begaan door een andere partij als dat niet in de originele bedoeling of afspraak was ingesloten. De VS hebben geen dergelijke constitutionele grens. Als een subjectieve benadering wordt toegepast in ISR, dan zou er moeten worden geëist dat dergelijke limieten serieus worden overwogen gegeven het hoge stigma gehalte van Internationale Misdrijven en het risico van schuld door associatie.

In **Hoofdstuk 6: ‘Objectiviteit gereflecteerd in de Civil Law traditie’** wordt duidelijk dat de benadering gevolgd in jurisdicenties die de civil law traditie volgen, anders is dan die in de common law traditie. De vertaling van collectieve naar individuele schuld
Samenvatting

en van collectieve naar individuele verantwoordelijkheid wordt gedaan op een objectieve manier waarbij schuldigheid wordt vertaald naar verwijtbaarheid voor een misdaad en niet (alleen) naar verwijtbaarheid voor bewust deelnemen aan een plan of overeenkomst. Verwijtbaarheid wordt gemeten in graden, gebaseerd op de test van causale bijdrage. In plaats van een opgelegde theorie van aansprakelijkheid die alle daden van het collectief toerekenbaar aan ieder individu, wordt de theorie van aansprakelijkheid gebaseerd op persoonlijke autonomie en de toewijzing van verwijtbaarheid. Afhankelijk van de mate waarin een individu voldoende controle over de misdaad had, wordt de mate van verwijtbaarheid bepaald, resulterend in een normatief gedierendeerd systeem van aansprakelijkheid. Principals kunnen meer worden verweten, zij dragen daarom een grotere verantwoordelijkheid dan accessories die de principal hielpen. ‘Schuld door associatie’ wordt op die manier vermeden en de vertaling van collectieve naar individuele schuld is gebaseerd op een grotere focus op de individuele autonomie.

In zowel Duitsland als Argentinië, waarbij de laatste veel heeft geërfd van het design van het strafrechtssysteem van de eerste, is de rol van academici in de recente historie erg belangrijk geweest bij het beantwoorden van gruwelvragen en hoe leiderschapsaansprakelijkheid te bepalen. Omdat de publieke opinie en daaraan volgend de politiek eiste dat leiders niet aansprakelijk werden gehouden alleen als medeplichtigen, zijn er theorieën ontwikkeld om tegemoet te komen aan het feit dat de leiders controle en invloed uitoefenden over de fysieke daders. Aansprakelijkheid van een principal werd geacht te worden bepaald door de notie van “controle over de misdaad” welke controle zowel fysieke controle als controle uitoefenen over een ander kon bevatten. Vooral de theorie van Claus Roxin vond veel navolging, namelijk dat controle over de misdaad ook kan inhouden controle uitoefenend in een hiërarchische organisatie, of Organisationsherrschaft, en wel zodanig dat ondergeschikten misdaden plegen namens de leiders. Belangrijk is het feit dat ondergeschikten weinig rationele autonomie kunnen uitoefenen binnen een hiërarchische organisatie en dat ze vervangbaar zijn als ze niet willen deelnemen, terwijl de leiders beslissingsmogelijkheden hebben en controle, en ze zijn onaan tastbaar in plaats van vervangbaar. Dit slaat terug op de in Hoofdstuk 2 besproken notie van beslissingsmogelijkheden en overlappende autonomie.

Hoewel Roxin’s theorie veel support ontving in Duitsland, werd hij voor het eerst door rechters toegepast in Argentinië bij de berechting van de Vlue Oorlog van de jaren ’70. De leiders van het gewelddadige Junta regime na overname van de Staat, werden als principals aansprakelijk gehouden voor duizenden kidnappings, martelingen en doden vanwege hun controle over de hiërarchische organisatie waarbinnen de misdaden werden begaan door hun ondergeschikten. Dit heeft geleid tot een algemene trend in veel Latijns Amerikaanse landen op zoek naar vervolging van leiders van vergelijkbare regimes, waarvan de rechtbanken direct refererden aan de Argentijnse jurisprudentie en aan Roxin’s theorie. Kort daarna volgden de Duitse rechtbanken en veroordeelden zij leden van het (Oost-Duitse) National Defence Committee voor het invoeren van beleid dat heeft geleid tot veelvuldige moorden op Oost-Duitse burgers die of werden doodgeschoten dan wel door een mijn werden gedood bij hun poging het Ijzeren Gordijn over te steken. Er was politieke en morele druk om hen te bestraffen als zijnde het meest verantwoordelijk in de volle omvang van hun rol. Een kwalificatie als slechts een assistent in de misdaden was onbevredigend en de notie van Organisationsherrschaft werd in de procedure toegepast.

Met betrekking tot internationale misdaden hebben deze twee aansprakelijkheidssysteem
temen als gebruikt in de common law en civil law tradities hun invloed laten gelden op verschillende manieren, op verschillende tijden en in verschillende tribunals. In Hoofdstuk 7: ‘Verschuivende trends bij Internationale Tribunalen’ wordt een historische kaart geproduceerd die laat zien dat de vertaling of transplantatie van deze nationale benaderingswijzen naar het internationale vlak resulteert in een proces van patchworking waarbij een nieuwe deken van ISR wordt gevormd door het aan elkaar naaien van verschillende elementen van de nationale aansprakelijkheidssystemen.

Één grote conclusie die uit deze kaart kan worden getrokken is dat de rol van de deelnemers in het proces beslissend is in de selectie van welke juridische traditie en bijbehorend systeem van aansprakelijkheid en deelnemingsvormen wordt beweerd toepasbaar te zijn in ISR. Daar waar er een meerderheid was van rechters, juristen en academici die waren beïnvloed door de common law traditie, resulteerde dat in een systeem van aansprakelijkheid die functioneel unitair was en die gebaseerd was op een subjectieve benadering. Dit was het geval in het ontwerp van de Neurenberg en Tokio tribunals en de noties van aansprakelijkheid die in hun Charters is neergelegd. Er ontstond discussie over de inhoud van deze benadering onder rechters, juristen en academici die beïnvloed waren door de civil law traditie en tenslotte werd samenzwering verworpen omdat het niet universeel was en als deelnemingsvorm door niemand erkend behalve door de Amerikaanse juristen.

Enige aandacht wordt geschonken aan de Militaire Tribunals die werden opgericht onder Control Council Law No. 10, specifiek omdat dit nationale tribunals waren die moesten beslissen over nieuwe vragen in ISR met hun eigen nationale recht als enige referentie. De jongere ad-hoc tribunals, die in aantal zijn toegenomen sinds de jaren '90, hebben de uitspraken van deze tribunals vaak bezien als bewijs van gewoonterecht, maar er zijn argumenten dat dit een incorrecte aanduiding van hun status is. De Militaire Tribunals pasten nationale rechtssystemen toe die van elkaar verschillen en ze deden dat niet met enige notie van opinio juris. Het recht dat ze toepasten en de jurisprudentie die ze vormden is bijna alleen representatief voor de common law traditie en er kan niet van worden gezegd dat ze internationaal gewoonterecht vertegenwoordigen. Het is veeleer een bewijs van het belang van nationaal recht als bron voor ISR.

Voor de Internationale Strafrecht Tribunals voor Joegoslavië en Rwanda (resp. ICTY en ICTR) werden de statuten gemoord in langs de Neurenberg Charter en dus hadden ze een functioneel unitaire benadering van aansprakelijkheid. In een poging om aansprakelijkheid zo ver op te rekken dat het misdaden gepleegd door andere leden van het collectief zou omhullen, kreeg de subjectieve benadering de overhand, in het bijzonder met betrekking tot de Joint Criminal Enterprise (JCE). In de meest extreme vorm (JCE III) wordt aansprakelijkheid voor niet geplande maar objectief voorzienbare daden van andere partijen gedeeld door alle leden van het collectief zou omhullen, kreeg de subjectieve benadering de overhand, in het bijzonder met betrekking tot de Joint Criminal Enterprise (JCE). In de meest extreme vorm (JCE III) wordt aansprakelijkheid voor niet geplande maar objectief voorzienbare daden van andere partijen gedeeld door alle leden volgens de plaatsvervangende toedeling van alle daden aan alle partijen die kenmerkend is voor de subjectieve benadering. Bemerkenswaardig is de overhand van common law getrainde juristen en rechters bij het neerzetten van deze subjectieve benadering en de afwijkende meningen onder de rechters in deze tribunals en in academische commentaren, voor het grootste gedeelte afgeschoten door hen die getraind waren in de civil law traditie.

Omdat commando-aansprakelijkheid mettertijd is ontwikkeld van een soort van strikte aansprakelijkheid naar een meer beperkend omschreven omissie misdaad, wordt hij gelijk hierboven ook wel geïnterpreteerd als te zijn gebaseerd op de toedeling van daden van on-
Samenvatting
dergenschikten aan de commandant waardoor zo een soort van afgeleide aansprakelijkheid wordt uitgedrukt.

In tegenstelling tot dit alles was er, daar waar deelnemers die waren beïnvloed door civil law tradities, een leidende rol hadden, zoals bij het Internationale Strafhof (ICC), een voorkeur voor een objectieve benadering van aansprakelijkheid en voor normatieve differentiatie tussen de betrokkenen bij een misdrijf. Deze objectieve benadering brengt met zich een toedeling van aansprakelijkheid en niet het aansmeren van andermans daden; een theorie van afgeleide in plaats van plaatsvervangende aansprakelijkheid. Langs deze weg zijn medeplegen en indirecte daderschap geïnterpreteerd als principele deelnemingsvormen, gedifferentieerd van mindere, afgeleide accessoire deelnemingsvormen.

Bij het ICC zijn deze objectieve benadering en in het bijzonder de interpretatie van indirecte daderschap ‘door middel van een organisatie’ direct afgeleid uit Duitse, Spaanse en Argentijnse rechtspraak en wetenschap, onder het direct aanhalen van Roxin’s theorie van Organisationsherrschaft, daarmee expliciet de voorkeur gevend aan de civil law traditie. De stem van de afwijkende minderheid kwam van die deelnemers die de subjectieve benadering de voorkeur geven, onafwendbaar beïnvloed door de lens van het common law. De wetenschappelijke debatten zijn gevoerd langs min of meer gelijke lijnen.

Wat duidelijk wordt, is dat geen van beide benaderingen inherent superieur is, maar dat het nodig is om te focussen op de specifieke context van Internationale Misdrijven om te ontdekken of een subjectieve of een objectieve benadering de meest aangewezen is. Aan zo'n functionalistische benadering heeft het tot nu toe ontbroken bij de internationale tribunalen omdat de besluitvorming zwaar is beïnvloed door de nationaal recht achtergronden van de deelnemers die de ene of de andere oplossing voorstonden. Dit heeft geleid tot een zekere bevooroordeeldeheid bij deelnemers, academici en schrijvers van amicus samenvattingen daarin begrepen, en tot een willekeur als het gaat om de uitkomst. De kritiek van de afwijkende rechters in het ICC, namelijk dat het niet gerechtvaardigd is om simpelweg nationaal rechtelijke oplossingen te pakken en te beweren dat die toepasbaar zijn in internationaal recht, zou best wel eens valide kunnen zijn. Een verdachte kan niet weten welk aansprakelijkheidssysteem op hem van toepassing zal zijn omdat dat afhangt van het tribunaal waar hij moet voorkomen, van de achtergrond training van de aanklagende en verdedigende juristen en van de rechters achter de tafel.

Ondanks de willekeur van dit patchworking proces blijft het onvermijdelijk en de vraag rijst dan hoe het zo op te tuigen dat er een aansprakelijkheidssysteem ontstaat voor een specifieke aard van internationale misdaden reflecteert en dienend is aan de functies en doelen van ISR beschreven in Hoofdstuk 2. Deel III gaat zich daar op richten.

Deel III: Wat te leren van een vergelijkende lens geeft een overzichtelijke analyse van het rechtsvergelijkende onderzoek uit Deel II en past de methodologie en de criteria toe die in Deel I zijn ontwikkeld om een antwoord te geven op de vraag naar leiderschapsaansprakelijkheid bij Internationale Misdrijven.

In Hoofdstuk 8: ‘Analyse van het proces in het licht van de doelen: welke factoren hebben geleid tot de ontwikkeling van deelnemersaansprakelijkheid?’ wordt een synthese gemaakt van de hoofdstukken in Deel II om zo de daar gepresenteerde kaarten te completeren. Er is een specifieke focus op de beleids- en historische factoren die hebben geleid tot de ontwikkeling van verschillende aansprakelijkheidssystemen om zodoende niet alleen de context die de reden was voor de verschillende theorieën, te
begrijpen maar ook om te helpen identificeren welke aanknopingspunten het beste zou passen bij de specifieke context van internationale misdaad voorgelegd aan internationale tribunals.

Van groot belang zijn de sociale en politieke redenen voor het bovendrijven van de subjectieve benadering in de common law traditie en voor de objectieve benadering in de civil law traditie. Eén van de factoren is de vraag hoe de gouvernementele autoriteit in elkaar zit omdat in veel landen waar de Common Law traditie wordt gevolgd, zich een meer horizontale organisatie voordoet in zowel regeringsvorm als in de besluitvorming in een strafrechtproces. Dit kan een verklaring zijn voor de benadering van aansprakelijkheid die ook van nature horizontaal is: elke hiërarchie in een criminele organisatie is irrelevant als het gaat om strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Het feit dat het gebruik maken van een jury typisch is voor deze traditie, is een belangrijke factor omdat aansprakelijkheid wordt bepaald als een feitelijke zaak en door leken-beslissers waarvan niet mag worden verwacht dat zij zich een complexe taxonomie van aansprakelijkheid eigen maken en deze consistent toepassen. Daarom is het meer waarschijnlijk dat een simpeler functioneel unifunctioneel systeem naar boven komt.

Het belangrijkste voor een rechter in de common law traditie is om een wedstrijd te beslechten tussen twee versies van de waarheid, aangedragen door de verdediging en door de aanklager, en om er voor te zorgen dat gedurende het proces beide partijen kunnen beschikken over gelijkwaardige posities in de rechtszaal. De uiteindelijke uitslag is dus eerlijk als de procedure eerlijk is en het label dat geplakt wordt op een veroordeelde persoon, namelijk dat hij de misdaad heeft begaan zelfs als hij alleen maar heeft geholpen bij de uitoefening daarvan, is minder belangrijk. Een subjectieve benadering met de nadruk in de eerste plaats op de intentie of de overeenstemming, dient dit doel goed. In het bijzonder werd in de eerste helft van de twintigste eeuw de notie van samenzwering ontwikkeld om te kunnen omgaan met maffia gerelateerde misdaad waarbij het moeilijk was te bewijzen wie wat had gedaan, en om de maffia bazen te betrekken bij de misdaaden ook al hadden ze daaraan niet fysiek bijgedragen. Door de nadruk te leggen op overeenstemming als het belangrijkste element werd dit probleem opgelost.

In vergelijking met de civil law traditie, waar typisch geen jury is, en de rol van de rechter een veel actievere is als onderzoeker en beslissers, is er meer ruimte voor een meer technisch systeem van aansprakelijkheid met enige garantie dat het consistent zal worden toegepast. Inderdaad, de civil law traditie prefereert consistentie en coherentie van het systeem boven individuele oplossing van een conflict, en van een strafproces kan gezegd worden dat het meer gefocust is op implementatie van beleid en op het vaststellen van en zo accuraat mogelijk plaatje van de waarheid. Op die manier wordt het label dat wordt gehangen aan de veroordeling van een individu voor deelname aan een collectieve misdaad, van groot belang: als een individu alleen maar een ander hielp bij de uitvoering van de misdaad maar niet zelf de delictsomschrijving heeft uitgevoerd, zou het niet juist zijn hem te veroordelen voor het begaan van die misdaad als principaal. Correcte naamgeving en historische waarheid hebben een belangrijkere plaats in de civil law traditie.

Bovendien werd de deelnemingsvorm bekend als indirecte overtreding door middel van een organisatie, specifiek ontwikkeld als antwoord op internationale misdaad. Roxin werd oorspronkelijk geïnspireerd door de zaak Adolf Eichmann, veroordeeld door het Israëlische Gerechtschhof voor zijn rol in de uitoefening van de joden in de tweede wereldoorlog, omdat hij het niet bevredigend vond dat niet kon worden beredeneerd dat Eich-
Samenvatting

mann een principal was en niet slechts een accessory, alleen maar omdat hij persoonlijk niemand fysiek had vermoord. Roxin ontwikkelde daarop zijn theorie van Organisationsherrschaft die vervolgens werd toegepast door Argentijnse en andere Latijns Amerikaanse gerechtshoven in antwoord op de misdaden die hadden plaatsgevonden onder gewelddadige regimes en later door de Duitse gerechtshoven bij de berechting van de misdaden die hadden plaatsgevonden bij het IJzeren Gordijn onder het leiderschap van de National Defence Council. Het is een deelnemingsvorm die specifiek gericht is op het aansprakelijk houden van leiders als principals, normatief gedifferentieerd van een persoon die alleen helpt bij een misdrijf en daardoor moreel minder schuld heeft, ondanks het feit dat deze leiders niet zelf ‘de trekker hebben overgehaald’. Dit is precies de context van internationale misdaden waar internationale tribunalen tegenover lopen, een context die een groot verschil vertoont met die van bende of maffia gerelateerde misdaden waar een subjectieve benadering op heeft geantwoord met een theorie van gelijke plaatsvervangende aansprakelijkheid.

De twee soorten onderzoek in Deel II, nationaal recht en internationale tribunalen, laten de processen zien waarlangs ISR zich ontwikkelt en als zodanig demonstreren ze de karakterisering van recht als zowel proces als beleid.

Gegeven dat de rol van rechters en academici van primair belang is geworden in de ontwikkeling en toepassing van ISR normen, zouden deze deelnemers meer aandacht moeten schenken aan het rechtswelvijlende werk dat plaatsvindt wanneer zij naar vertrouwde nationaal rechtshandelingen kijken. Toegegeven, een uitgebreide studie als de onderhavige is niet een luxe die rechters zich kunnen veroorloven en alle academici tijd aan kunnen besteden, maar als deze deelnemers meer moeite zouden doen om hun keuzes te motiveren en te rechtvaardigen waarom ze zijn gemaakt, zou dit helpen om de voorspelbaarheid en de transparantie van het proces en de uitkomsten te verhogen. Het zou ook helpen om de legitiemiteit van de uitkomst te verhogen: nogmaals als de rechters in de meerderheid van het ICC de redenen waarom ze Roxin’s theorie en de jurisprudentie uit Duitsland en Argentinië hebben toegepast als geldend recht, zouden hebben gerechtvaardigd door parallellen te trekken met de context van Internationale Misdrijven in ISR, dan zouden veel van de redenen voor afwijkende opinies en voortdurende discussies verdwijnen.

Waar deelnemers enigszins hebben gefaald in de transplantiëntie of patchworking van nationale deelnemingsvormen naar de context van internationale misdaden zit in de formulering van de vraag. Door de zoektocht naar collectieve criminaliteit en leiderschapsaansprakelijkheid te beginnen met het gebruik van terminologie als ‘principal’, ‘accomplice’ en ‘accessory’ wordt een serie van misslagen gemaakt die leidt tot complete verwarring en tot discussies die kant noch wal raken. De rechtswelvijkende studie in Deel II demonstreert dat deze termen andere bijbetekenis en juridische duidingen hebben in verschillende systemen. Dus door de vraag te stellen in termen van een zoektocht naar de ‘correcte’ deelnemingsvorm toegepast op zekere individuen, worden belangrijke vergelijkingstfactoren weggestopt en de kansen op een bruikbaar en betekenisvol antwoord verminderd.

Eén van de effecten van het patchworking proces waarmee rekening gehouden zou moeten worden, is de verschuiving van nadruk op nationaal recht als bron voor ISR. Ook hier kan een dynamische aanpak van het begrijpen van recht uitkomst bieden. Een formalistisch begrip houdt vast aan de stamboom van bronnen: in de eerste plaats ver-
dragen, gewoonterecht, algemene beginselen, en slechts als ondergeschikte bron komen dan jurisprudentie en wetenschappelijke opinies in beeld. Maar de kaarten in Deel II tonen aan dat het tegendeel waar is in ISR. Verdragen hebben weinig bij te dragen omdat ze slechts voorzien in het institutionele kader voor ISR en de delictomschrijvingen, maar de beantwoording van de technische strafrechtelijke aard van vragen als aansprakschrijving en verdedigingsgronden is overgelaten aan rechters. Deze rechters hebben weinig of geen gewoonterecht of algemene beginselen om hen te helpen, aangezien deze vragen van jurisdictie tot jurisdictie verschillen en die verschillen staan in de weg aan het er uit afleiden van algemene regels, en aangezien gerechtshoven deelnemingsvormen niet toepassen omdat ze vinden dat het een internationale verplichting is om dat te doen, maar veeleer omdat het een kwestie is van het ontwerp van het nationale recht. En dus zijn nationale jurisprudentie en opinies van wetenschappers die autoriteit hebben verworven, de primaire bronnen van ISR, een gegeven dat het patchworking echt onvermijdelijk maakt.

Als we de observaties als gevonden in het rechtsvergelijkende deel van deze studie omarmen en we accepteren het patchworking proces, altijd al verantwoordelijk voor de ontwikkeling van ISR, als inherent aan de hybride aard van dit stuk recht, dan zijn er mogelijkheden om de processen te verbeteren en de uitslagen sterker te maken. Dat kan worden bereikt door toepassing van de 'regels van het spel' van rechtsvergelijking methodologie.

In Hoofdstuk 9: ‘Ter verdediging van een normatief gedifferentieerd systeem’ wordt deze methodologie toegepast en wordt beargumenteerd dat er redenen zijn waarom een objectieve benadering met als gevolg een normatief gedifferentieerd systeem van aansprakelijkheid meer past bij de specifieke context van ISR. Specifieke deelnemingsvormen kunnen dan worden geïdentificeerd binnen zo’n systeem waarbij de 'botsing tussen juridische culturen' zoals die tot nu toe steeds plaatsvond tussen internationale strafrechtjuristen, kan worden verminderd.

Ten eerste, zoals beargumenteerd in Hoofdstuk 2, moeten de vereisten van eerlijkheid en gerechtigheid voorrang krijgen bij het ontwerp van een aansprakelijkheidssysteem omdat het recht op een eerlijk proces voor de aangeklaagde gebiedend is, zulks inclusief de beginselen van legaliteit en schuld. In Hoofdstuk 2 is beweerd dat het legaliteitsbeginsel niet de zelfde strikte toepassing van nullum crimen met betrekking tot de deelnemersvormen vereist als het wel doet bij de codificatie van de delictomschrijving vanwege de noodzakelijke open aard van de normen van aansprakelijkheid. Toch speelt de verwachting dat deelnemingsvormen duidelijk omschreven en consequent toegepast worden, nog steeds een rol.

Dit is één van de redenen waarom de objectieve benadering de voorkeur zou moeten krijgen in ISR. Het legaliteitsbeginsel, mits goed geconstrueerd, leidt ons niet naar een focus op de intentie van de dader maar meer naar de vraag of het gedrag van de dader overeenkomt met de tvoren geformuleerde en bekendgemaakte definitie van de misdaad. Een objectieve oriëntatie is daarom meer trouw aan het legaliteitsbeginsel. Door de actuele bijdrage van een individu aan het begin van een misdrijf als test voor aansprakelijkheid te nemen, liever dan te focussen op overeenstemming of intentie om deel te nemen, is er de mogelijkheid om die personen te identificeren die meer invloed hebben en die dus meer blaaft treffen voor de uiteindelijke uitkomst. Als een leider met voldoende invloed op het collectief, zou ophouden met dat collectief in de richting van internationale misdaden.
Samenvatting

te duwen, zou de mogelijkheid bestaan dat hij tussenbeide komt en invloed uitoefent op het collectief waardoor de misdragen stoppen terwijl wanneer iemand lager in de hiërarchie ophoudt mee te werken, kunnen anderen hem vervangen en gaan de internationale misdaden gewoon door. De objectieve benadering levert hulpmiddelen voor de verdeling van verantwoordelijkheid en dus aansprakelijkheid.

Verder vereist het schuldbeginsel, erkend als onderdeel van ISR, dat individuele autonomie en rationele autonomie moeten worden gerespecteerd in geval van strafrechtelijke aansprakelijkheid en dat ieder individu aansprakelijk moet worden gehouden voor zijn eigen gedrag maar slechts tot daar waar hij geacht mocht worden onder de omstandigheden anders te kunnen handelen.

Het effect van een subjectieve benadering is dat alle partijen bij een misdrijf geacht worden gelijkweg aansprakelijk te zijn. In de nationale omgevingen waar deze aanpak wordt voorgestaan, heeft die geholpen om de problemen van criminele bandes en groepsgeweld op te lossen omdat het anders moeilijk is de leiders aan het misdrijf te koppelen. Maar in de context van internationale misdaden betekent de subjectieve benadering dat een individu die betrekkelijk laag staat in de hiërarchie en die wellicht ergens in de periferie heeft gehandeld, net zo aansprakelijk is als de feitelijke moordenaars en de leiders. De definitieve veroordelingen voor deze misdrijven met een hoog stigma doen geen recht aan de feiten en komen niet toe aan het uitdrukken van de verschillende niveaus van morele schuld, op juiste wijze toegeschreven aan ieder individu, en dus leidend tot het toewijzen van oneerlijke labels. Daarentegen levert de objectieve benadering instrumenten om aansprakelijkheid af te bakenen zodat een correct label wordt geplakt op een veroordeeld individu voor zijn daadwerkelijke autonomie bij de misdaad. De subjectieve, historische registratie van de feiten is onderscheidend in juridische zin en dus eerlijker naar zowel beklaagden als slachtoffers in de zin van het uitdrukken van de waarheid.

De vertellende en didactische rol die internationale vervolgingen spelen, gekoppeld aan de voorkeur voor vergelding en normstelling als functies van het straffen, leiden allemaal tot de conclusie dat het effectiever en passender is om de leiders van internationale misdaden en hun verantwoordelijke rol daarin te identificeren en om de aansprakelijkheid van hen die in de periferie hebben geopereerd, af te bakenen. Een objectieve benadering kan dit beter dan een subjectieve.

De functionele criteria behandeld in Hoofdstuk 4 en bedoeld voor het ontdekken van deelnemingsvormen voor leiders, vormen die zouden voldoen aan de eisen, het streven en de doelen van ISR als een effectief, symbolisch en didactisch systeem, worden dan gebruikt om de verschillende in internationale tribunals gebruikte, deelnemingsvormen te testen.

Het eerste criterium is dat de collectieve aard van internationale misdaden naar voren moet komen. Het lijkt dat, ondanks dat een subjectieve benadering die collectiviteit wel aantoont, tegelijkertijd het risico wordt gelopen dat het schuldbeginsel te ver wordt uitgerekt vanwege de manier waarop collectieve aansprakelijkheid werkt ten aanzien van verdere, ongeplande misdaden en vanwege de mate van aansprakelijkheid gedragen door alle partijen onafhankelijk van hun daadwerkelijke bijdragen. In de context van internationale misdaden, waar die misdrijven niet langer sociaal afwijkend gedrag zijn maar juist meer verwacht gedrag, is het voor een individu moeilijker om vrijwillig afstand te nemen van het gedrag van anderen en derhalve zijn er geen natuurlijke limieten voor een subjectieve benadering van aansprakelijkheid. Dit is één van de redenen waarom de JCE
zo is bekritiseerd als leidend tot schuld door associatie, en is ook één van de redenen waarom samenzwering niet is aanvaard als zijnde toepasbaar binnen het ISR. Dit is niet het geval bij deelnemingsvormen zoals planning, aanzetten, orders geven, en evenmin bij die deelnemingsvormen die stoelen op een objectieve benadering. Zo’n benadering en het correlatief normatief gedifferentieerd systeem van aansprakelijkheid leiden tot een betere bescherming van de limieten van schuld en tot een meer gedetailleerde weerspiegeling van de verschillende rollen in collectieve misdrijven.

Met betrekking tot het tweede criterium, of de deelnemingsvorm het mogelijk maakt om de verantwoordelijke persoon binnen de groep te vinden zelfs als er geen heldere hiërarchische lijn is, zou het lijken dat een aanpak zoals met de JCE bevredigend zou passen, net zoals medeplegen en plegen door middel van een ander. Het oprekk van de laatste tot ‘plegen door middel van een organisatie’ vereist een zekere hiërarchie of controle en zou dus niet erg bruikbaar zijn in situaties waar misdrijven worden gepleegd door diffuse groepen zoals ISIS.

Het derde criterium, of de deelnemingsvorm zou kunnen werken in een andere juridische traditie, komt uit het rechtsvergelijkend wetenschappelijk onderzoek naar juridische transplantaties. De procedurele voordelen van samenzwering, waar de JCE zwaar op leunt, spelen geen rol in ISR, bijvoorbeeld het omzeilen van de van-horen-zeggen regel, of de mogelijkheid om vroegtijdig in te grijpen voordat een poging tot plegen is begonnen. De normatief gedifferentieerde deelnemingsvormen en in het bijzonder die van plegen door middel van een organisatie, zijn niet afhankelijk van enige procedurele context en kunnen dus gemakkelijk worden overgeplaatst.

Bij het vierde en vijfde criterium, de rechterlijke toepassing van een deelnemingsvorm in een nationale context en of die context te vergelijken is met die van internationale misdaden, moet vooral gekeld worden naar het feit dat de samenzweringsvorm waarop de JCE is gebaseerd, werd ontwikkeld in een totaal andere omgeving dan die van internationale misdaden. Andere deelnemingsvormen zoals planning, orders geven en uitlokken zijn directer gerelateerd aan de omgeving van internationaal humanitair recht en hebben daardoor een identiteit die dichter staat bij de specifieke eigenschappen van dat rechtsgebied. Dat gezegd zijnde wordt duidelijk dat de rechterlijke interpretaties van deze begrippen instructief zijn. Maar deze laatste deelnemingsvormen bevredigen niet op de-ontologiesche wijze de wens om hen aan te wijzen die het meest aansprakelijk zijn vanwege hun mate van autonomie omdat ze gemeenlijk worden geacht vormen van aanmoediging te zijn ofwel deelnemingsvormen van minder gewicht.

Omdat er leiders zijn die een rol bij de creatie en uitvoering van een ideologie en de orkestratie van wreddenheid onverdedigbaar is, moet hun rol worden gewaardeerd als meer blaa tif. Dit is waar vormen als medeplegen, indirect daderschap en daderschap door middel van een organisatie tot hun recht komen, en wel vooral in het licht van de nationale rechtsstelsels waar ze werden ontwikkeld en toegepast. Dit zijn echt verwante situaties aan die waarop ISR wil reageren en dat is een factor die serieus gewicht verdient in de afweging welke deelnemingsvorm het meest geschikt is.

In het afsluitende Hoofdstuk 10 wordt de vraag die aan het begin van deze studie is gesteld, herhaald: als je zou moeten dineren met één van hen, wie zou je dan prefereren,
Samenvatting

het brein of de beul?* De onderliggende stelling van heel deze studie is dat er iets begrijpelijker is en meer vertelt over de feilbaarheid van de menselijke geest in de acties van een beul die deelneemt aan een collectief waarin gruwelijke daden niet alleen van hem verwacht worden maar waarin zij de norm zijn geworden. De ‘luie stoel moordenaar’ is nog onsmakelijker, afgrizioelijker en afkeurenswaardiger, de leider die in een positie is om anderen te beïnvloeden zodat ze zijn instrumenten worden, zodanig dat ze in een staat komen waarin ze wreedheden kunnen begaan, wreedheden die dienstig zijn aan een ideologie waarvan de leider wil dat zijn ondergeschikten dienen. Als hij volledig in staat is om in te grijpen, om zijn invloed te gebruiken om de wreedheden die op zijn aandringen worden begaan, te verminderen in plaats van ze te vereren, dan is er iets dat verontrustender is in het kwaad dat hij uitvoert wanneer hij het tegenovergestelde doet dan in het kwaad uitgevoerd door zijn ondergeschikten. Wij zijn allemaal in staat tot het kwaad begaan door die ondergeschikten mits onder de juiste (of verkeerde) omstandigheden. Men zou hopen dat we niet allemaal in staat zijn tot die andere vorm van kwaad. Deze auteur zou kiezen om te dineren met de beul, met de mens die wellicht iets onvergeefeliks heeft gedaan, maar niet iets ondenkbaars.

Vanuit het perspectief van individuele slachtoffers en hun familie is het voorstelbaar dat dineren met de fysieke misdadiger moeilijk er zou zijn vanwege de nabijheid van het kwaad verricht door de handen van deze persoon. Het is voor hen wenselijk dat de fysieke dader wordt gestraft om de aangedane schade te vergoeden. Maar de eis dat er verschil moet worden gemaakt tussen deelnemers ontkent niet dat deze fysieke daders schuldig zijn; het fout van hun dader kan niet worden ontkend noch dat ze handelen met de benodigde mens rea of subjectieve elementen. Het ontkent zelfs niet dat deze individuen moeten worden gestraft voor hun daden. Maar vanwege de contextuele norm van geweld waaronder zij handelden, en hun gereduceerde rationele autonomie en verminderde vermogen om anders te handelen, is er geen reden om deze daders meer aansprakelijk te houden dan hun leiders die niet fysiek de wreedheden begingen maar die wel orkesteerden en er voor zorgden dat anderen ze zouden uitvoeren. Zij zijn op zijn minst gelijk aansprakelijk. Maar er is wel degelijk een verschil tussen de fysieke daders en de leiders aan de ene kant en zij die in de periferie van deze afgrizioele misdaden hun bijdrage leverden. De laatsten zijn minder afkeurenswaardig en volgens een theorie van retributie verdienen zij het om als zodanig te worden bestempeld en minder te worden gestraft dan de fysieke en intellectuele auteurs van deze misdaden. Een objectieve benadering leidt tot een systeem van normatieve differentiatie tussen principals en secundaire partijen gebaseerd op graden van afkeuringswaardigheid en leidt tot eerlijke benoeming van de misdaad en tot de beoogde normexpressie.

Deelnemingsvormen worden noodzakelijkerwijs gevormd door open normen en zijn altijd onderworpen aan rechterlijke interpretatie en verduidelijking door de doctrine. Omdat ISR instrumenten niet genoeg details hebben opgeleverd om zo’n interpretatie en verduidelijking te ondersteunen, hebben individuele partijen vier rol het was om het recht toe te passen, te interpreteren en naar waarde te schatten, zich voor hulp moeten wenden tot begrippen uit het nationale strafrecht. De taak van deze deelnemers is nu om dit proces aan te gaan met de vereiste aandacht voor de beleidsfactoren achter ieder model

*Gideon Yaffe, Professor in het recht, filosofie en psychologie aan Yale University, stelde deze vraag in een presentatie voor de Yale Law School. Ik dank James Stewart dat hij mij met deze vraag bekend maakte gedurende discussies op de University of British Columbia.
als ook voor de context van internationale misdaden en onderbouwing van de selectie van de modellen waaruit wordt geput. Door zo te werken kan de vertaling van schuld meer consistent worden. De ‘botsing van juridische culturen’ die tot op heden zo beheerend is geweest in de ontwikkeling van deelnemingsvormen, kan worden verminderd. Een meer gecentraliseerd model kan groeien in het ISR om de leiders aansprakelijk te houden voor hun heersende rol in wat mensheid ’s slechtste voorbeeld van collectief kwaad is.
Bibliography

Books


Bibliography


Darcy S and Powderly J (eds), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals* (Oxford University Press 2010).


Books

Pradel J, *Droit Penal Compare* (Daloz 2002).
Bibliography


Vlaming F de, *De Aanklager: Het Joegoslavië Tribunaal en de Selectie van Verdachten* (Boom Juridische Uitgevers 2010).

Vormbaum T and Bohlander M (eds), *A Modern History of German Criminal Law* (Healy M tr, Springer 2014).


Woetzel RK, *The Nuremberg Trials in International Law* (Stevens and Sons Ltd 1960).

**Book Sections**

Bibliography


Bibliography


Wilt H van der, ‘Why International Criminal Lawyers Should Read Mirjan Damška’ in Stahn C and Herik L van den (eds), Future Perspectives in International Criminal Justice (TMC Asser 2010).


Articles


536
Articles

Bibliography


Bibliography


Bibliography


542


Bibliography


Reports


Bibliography


546
Online Sources


Working paper submitted by Canada, Germany, the Netherlands and the United Kingdom (A/AC.249/1997/WG.2/DP.1, 1997).

Online Sources


Bibliography


