



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Neurenberg als wegbereider voor het internationale strafrecht

van der Wilt, H.G.

**DOI**

[10.5553/Bsb/266669012020001002005](https://doi.org/10.5553/Bsb/266669012020001002005)

**Publication date**

2020

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Boom Strafblad

**License**

Other

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

van der Wilt, H. G. (2020). Neurenberg als wegbereider voor het internationale strafrecht. *Boom Strafblad*, 1(2), 100-106. <https://doi.org/10.5553/Bsb/266669012020001002005>

**General rights**

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

**Disclaimer/Complaints regulations**

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

# Artikel

## Neurenberg als wegbereider voor het internationale strafrecht

Prof. mr. H.G. (Harmen) van der Wilt\*

### 1. Inleiding

100

Zoals dat in feite met alle terugblikken het geval is, werpt de herdenking van Neurenberg een helder licht op het tijdsgewricht waarin zij plaatsvindt. In de bundel essays die in 2008 onder redactie van Mettraux verscheen was de stemming over het algemeen vrij positief.<sup>1</sup> Dat optimisme valt gemakkelijk te verklaren. Het Internationale Strafhof dat in 1998 was opgericht en vanaf 1 juli 2002 operationeel was, had de eerste verdachten in de schoot geworpen gekregen doordat enkele Afrikaanse landen vrijwillig afstand hadden gedaan van rechtsmacht, en een ‘situatie’ aan het Hof hadden voorgelegd.<sup>2</sup> De ad-hoctribunalen voor de vervolging van verdachten van internationale misdrijven in het voormalige Joegoslavië en in Rwanda hadden bijgedragen aan de verdere ontwikkeling van het internationale strafrecht, waren erin geslaagd een aantal politieke en militaire kopstukken dat zich schuldig had gemaakt aan oorlogsmisdrijven, misdaden tegen de menselijkheid of genocide, te berechten en maakten zich op resterende zaken uit te besteden aan nationale rechtbanken. In rap tempo volgden innovatieve mengvormen van internationale en nationale berechting van inter-

nationale misdrijven elkaar op.<sup>3</sup> En nationale jurisdicties maakten creatief gebruik van het universaliteitsbeginsel om verdachten van oorlogsmisdrijven die op hun grondgebied vertoefden te vervolgen en te berechten. Om kort te gaan: het internationale strafrecht zat in de lift.

Binnen het tijdsbestek van vijf jaar was het Hosannagejubel verstomd. De titel van een bijdrage van David Luban aan een speciale editie van het *Journal of International Criminal Justice*, waarin de stand van het internationale strafrecht werd opgemaakt, geeft de omslag aardig weer: de wittebroodsweken van het internationale strafrecht waren voorbij.<sup>4</sup> In luttele jaren tijds waren de scheuren in het nieuwe gebouw pijnlijk zichtbaar geworden. Weliswaar had het Internationale Strafhof de Congolese krijgsheer Thomas Lubanga in 2012 veroordeeld tot een vrijheidsstraf van veertien jaar wegens het ronselen en inzetten van kindsoldaten, maar het proces had meer dan zes jaar in beslag genomen en was ontsierd door de beïnvloeding van getuigen. Pogingen om de president van Soedan, Omar Al Bashir, die onder meer verdacht werd van betrokkenheid bij genocide op de bevolking van Darfur, te arresteren en over te brengen naar Den Haag liepen stuk op de onwil van staten die zich beriepen op de persoonlijk immuniteit van zittende staatshoofden. In toenemende mate stond het Internationale Strafhof bloot aan kritiek vanwege diens

\* Hoogleraar internationaal strafrecht aan de Universiteit van Amsterdam.  
 1. G. Mettraux (ed.), *Perspectives on the Nuremberg Tribunal*, Oxford: Oxford University Press 2008.  
 2. Kort na elkaar hadden Oeganda, de Democratische Republiek Congo en de Centraal Afrikaanse Republiek een dergelijke zogenoemde ‘auto-referral’ verricht.

3. Van 2002 tot 2008 werden tribunalen voor de berechting van internationale misdrijven in Sierra Leone, Kosovo, Oost-Timor, Cambodja, Bosnië-Herzegovina, Irak en Libanon opgericht.  
 4. D. Luban, ‘After the Honeymoon: Reflections on the Current State of International Criminal Justice’, 11 *Journal of International Criminal Justice* (2013), p. 505-515. Andere bijdragen droegen soortgelijke, ont-nuchterende titels, vergelijk bijvoorbeeld William A. Schabas, ‘The Banality of International Justice’, 11 *JICJ*, p. 545-551 en Mireille Delmas Marty, ‘Ambiguities and Lacunae: The International Criminal Court Ten Years on’, 11 *JICJ* (2013), p. 553-561.

eenzijdige belangstelling voor Afrikaanse verdachten. En de dadendrang van – met name – Belgische en Spaanse autoriteiten om hoge Amerikaanse en Israëliëse functionarissen die verdacht werden van betrokkenheid bij oorlogsmisdrijven voor de eigen gerechten te brengen werd, onder Amerikaanse druk, in de kiem gesmoord.

De 75-jarige herdenking van de historische verrichtingen van het Neurenberg Tribunaal biedt weer een mooie gelegenheid om de balans op te maken van de staat van het internationale strafrecht. In het licht van de grillige veranderingen in de opvattingen over de normatieve en politieke levensvatbaarheid van internationaal strafrecht wil ik in dit essay ingaan op twee aspecten van de bijdrage van de rechtspleging door het Neurenberg Tribunaal aan het internationale strafrecht. Enerzijds wil ik aandacht besteden aan de bestendige erfenis die het Tribunaal heeft nagelaten. Anderzijds probeer ik te onderzoeken of binnen de activiteiten die het Tribunaal ontplooidde, de keuzes die werden gemaakt en de kritische reacties die dergelijk keuzes uitlokten, al de contouren zichtbaar werden van de problemen waarmee het Internationale Strafhof vandaag de dag te kampen heeft. Ik zal mij beperken tot een tweetal onderwerpen, waarin beide aspecten telkens aan de orde komen. In paragraaf 2 zal de revolutionaire betekenis van Neurenberg voor de ontwikkeling van het supranationale materiële strafrecht worden belicht, maar zal ik tevens stilstaan bij de spanningen die de toepassing van de delictomschrijvingen meebrachten. In paragraaf 3 verschuift de aandacht naar de selectieve vervolgingsbeslissingen, waarmee het Neurenberg Tribunaal de verdenking op zich laadde dat het overwinnaarsrecht (*Victor's Justice*) toepaste, een verwijt dat het Internationaal Strafhof bekend in de oren moet klinken. Ik sluit af met enkele finale overwegingen, waarin ik vooral erop zal aandringen de verwachtingen met betrekking tot de effecten van internationale strafrechtspleging wat te matigen.

## 2. Neurenberg als kraamkamer van het internationale strafrecht

Vriend en vijand zijn het erover eens dat het Neurenberg proces een ongekennde invloed heeft gehad op de totstandkoming van het supranationale materiële strafrecht. Het Handvest van het Internationale Militaire Tribunaal te Neurenberg dat fungeerde als wettelijke basis van het Tribunaal kwalificeerde met één pennensreek 'misdrijven tegen de vrede, oorlogsmisdrijven en misdaden tegen de menselijkheid' als delicten die aanleiding gaven tot individuele strafrechtelijke aansprakelijk-

heid onder internationaal recht.<sup>5</sup> Bovendien bepaalde artikel 7 van het Handvest dat de officiële hoedanigheid als staatshoofd of ambtsdrager niet aan internationale strafrechtelijke aansprakelijkheid in de weg stond en stipuleerde artikel 8 – als logisch pendant van de voorgaande bepaling – dat ondergeschikten zich niet konden vrijpleiten met een beroep op een bevel van hogerhand. Beide bepalingen waren het uitvloeisel van de expliciete overweging dat de toelaatbaarheid van deze delicten naar nationaal recht geen beletsel was voor vervolging op grond van het internationale recht. Daarmee werd in feite de bijl gezet in de eeuwenlang gekoesterde staatssoevereiniteit. Die revolutionaire acties waren tegelijkertijd de Achilleshiel van het gehele project. Waar haalden de euvele moed vandaan om *ex nihilo* strafbaarstellingen in het leven te roepen en daarbij de bron van het positieve (straf)recht volstrekt te negeren?

De mate van verwondering (en kritiek) varieerde overigens wel per delictscategorie. Bij de oorlogsmisdrijven kon men nog terugvallen op geschreven verbodsbepalingen van het oorlogsrecht.<sup>6</sup> In het geval van misdaden tegen de vrede werd de internationale strafbaarheid simpelweg afgeleid uit het feit dat (agressieve) oorlogvoering in het Verdrag van Kellogg-Briand uit 1928 verboden was.<sup>7</sup> Maar de grootste krachttoer gold toch de categorie van misdaden tegen de menselijkheid die als zodanig in het internationale recht geen precedent had, omdat het daarbij vooral ging om de onderdrukking door de staat van de eigen burgers. Niemand ontkende dat grootschalige moord, verminking, verkrachting en vrijheidsbeneming binnen elk nationaal rechtstelsel gekwalificeerd konden worden als zeer ernstige misdrijven, maar de crux was natuurlijk hoe men hieruit een strafbaarstelling naar internationaal recht kon destilleren. Het simpelste en eerlijkste antwoord op deze vraag was dat men van een criminele staat niet kon verwachten dat het zijn eigen wandaden zou bestraffen, en dat de gruwelijkheid van en de schaal waarop deze misdaden waren gepleegd de menselijke verbeeldingskracht te boven gingen.<sup>8</sup>

5. Het Handvest maakte integraal deel uit van het *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, dat werd overeengekomen tussen de vier zegevierende staten (Frankrijk, de Sovjet Unie, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten van Amerika) op 8 augustus 1945 in Londen.
6. De Haagse Conventies van 1899 en 1907 die betrekking hadden op de wijze ('methods and means') van oorlogvoering en de vooroorlogse Geneefse Verdragen die strekten tot bescherming van non-combattanten, waren geïnspireerd op de beginselen van distinctie en proportionaliteit.
7. *Treaty Providing for the Renunciation of War as an Instrument of National Policy*, Parijs 27 augustus 1928. De betreffende passage luidt als volgt: 'In the opinion of the Tribunal, the solemn renunciation of war as an instrument of national policy necessarily involved the proposition that such a war was illegal in international law; and that those who planned and waged such a war, with its inevitable and terrible consequence, were committing a crime in so doing.' IMT judgment, 1 October 1946, in: *The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany*, Part 22, p. 445.
8. Die notie komt treffend tot uitdrukking in de titel van een boek van William A. Schabas, *Unimaginable Atrocities*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

Tot op de dag van vandaag is het omstreden of Neurenberg bestaand recht heeft bevestigd of nieuw recht in het leven heeft geroepen, maar Werle heeft terecht daarbij aangetekend dat die kwestie vooral historisch belang heeft.<sup>9</sup> Algemeen wordt immers aangenomen dat de Neurenberg Beginselen kunnen worden aangemerkt als internationaal gewoonterecht.<sup>10</sup> Dat werpt echter wel de vraag op in hoeverre internationaal gewoonterecht kan gelden als toereikende rechtsgrond voor (internationale) strafbaarstelling.<sup>11</sup> Na de Tweede Wereldoorlog is systematisch onderzoek van internationaal gewoonterecht gaandeweg als methode van rechtsvorming ‘Salonfähig’ geworden. Zij wordt gesauveerd door de relevante bepalingen in verdragen inzake de bescherming van de rechten van de mens en ligt ten grondslag aan de vaststelling van de materiële strafbepalingen voor het Joegoslavië en het Rwanda Tribunaal.<sup>12</sup>

Ongetwijfeld heeft de kwestie ten gevolge van de uitgebreide codificatie van internationale misdrijven in het Statuut van Rome enigszins aan belang ingeboet, maar zij blijft relevant in het licht van de voortgaande ontwikkeling van het internationale strafrecht. Het meest recente voorbeeld betreft de uitbreiding van artikel 8 lid 2 onderdeel e van het Statuut met het oorlogsmisdrijf uithongering (*starvation*) in een niet-internationaal gewapend conflict, op initiatief van Zwitserland. Uit de beraadslagingen die voorafgingen aan de aanneming van dit voorstel blijkt dat veel gewicht werd toegekend aan het feit dat deze verwerpelijke tactiek volgens het internationaal gewoonterecht al werd aangemerkt als oorlogsmisdrijf, ongeacht het karakter van het conflict.<sup>13</sup> Het hoeft geen betoog dat het Neurenberg Tribunaal een

allesbepalende aanzet heeft gegeven tot deze ontwikkeling.

Een tweede kwestie die rechtstreeks te herleiden valt tot de ‘ontdekking’ van internationale misdrijven door het Neurenberg Tribunaal betreft de mogelijke spanning tussen die delicten. Het dilemma kan als volgt worden geschetst. Als binnen een staat de regering of de heersende politieke klasse (een deel van) de bevolking systematisch uitmoordt en daarmee een misdaad tegen de menselijkheid pleegt, kan de internationale gemeenschap niet werkeloos toezien. Zij heeft de verplichting te interveniëren, desnoods gewapenderhand.<sup>14</sup> Maar naar de letter van artikel 6(a) van het Handvest levert een dergelijke (humanitaire) interventie een schending van de staatssoevereiniteit en een misdrijf tegen de vrede op.<sup>15</sup> David Luban heeft het probleem uitvoerig geanalyseerd en merkt ter zake op dat ‘It is the tension between statism and human rights that renders the legacy of Nuremberg equivocal; the human-rights movement and human-violators are vying for the contested legacy of Nuremberg.’<sup>16</sup> Tijdens het Neurenberg-proces werd de spanning wel gesignaleerd, maar raakte op de achtergrond door de eenzijdige aandacht voor de uitbanning van agressieve oorlogvoering. In feite namen misdaden tegen de menselijkheid een ondergeschikte positie in, hetgeen tot uitdrukking kwam in artikel 6(c) van het Handvest dat bepaalde dat deze misdaden slechts onder de rechtsmacht van het Tribunaal vielen als zij gelieerd waren aan andere misdaden (oorlogsmisdrijven of misdaden tegen de vrede).<sup>17</sup> Pas veel later – en met name gedurende het befaamde Eichmann-proces, zou de Holocaust de aandacht krijgen die zij verdiende. Bij de berechting van internationale misdrijven werden telkens andere accenten gelegd die vaak van land tot land verschilden, aangezien in retrospectief de eigen rol onder de loep werd genomen. Zo leidden in Frankrijk de processen tegen de oorlogsmisdadigers Papon, Touvier en Barbie in de jaren negentig uiteindelijk tot een ontluisterende herschrijving van de recente Franse geschiedenis, waarbij het beeld van een heldhaftige *Résistance* werd

ty Press 2012, wat een verwijzing is naar de Preamble van het Statuut van Rome.

9. G. Werle, *Principles of International Criminal Law*, Den Haag: TMC Asser Press 2009, p. 11.
10. De *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and the Judgment of the Tribunal* zijn in 1950 opgesteld door de International Law Commission en gepubliceerd in het *Yearbook of the ICL*, 1950, Vol. II, § 97.
11. In kritische zin daarover onder meer Kai Ambos, die opmerkt dat het op gespannen voet staat met het *lex scripta*-vereiste dat binnen de continentale rechtstraditie als onontbeerlijk element van het *nullum crimen*-beginsel wordt beschouwd; K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law; Volume I: Foundations and General Part*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 74-75.
12. Zie art. 15 lid 2 van het Internationale Verdrag inzake burgerrechten en politieke Rechten, art. 11 lid 2 van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens en art. 7 lid 2 van het Europese Verdrag inzake de Rechten van de Mens, die toelaten dat iemand gestraft wordt die zich schuldig maakt aan ‘een handelen of nalaten, dat ten tijde van het handelen of nalaten, een misdrijf was overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen die door de beschaafde volken worden erkend.’ § 34 van het *Report of the Secretary General pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993) (S/23704*, 3 May 1993) dat het Joegoslavië Tribunaal in het leven riep, luidde als volgt: ‘(...) the application of the principle *nullum crimen sine lege* requires that the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary international law so that the problem of adherence of some but not all States to specific conventions does not arise.’
13. Zie hierover het informatieve artikel van Federica D’Alessandra & Matthew Gillett, ‘The War Crime of Starvation in Non-International Armed Conflict’, 17 *Journal of International Criminal Justice* (2019), p. 815-847.

14. Art. 1 van de Genocide Conventie (Parijs, 9 december 1948, UNTS, No. 1021) legt die verplichting expliciet op aan verdragspartijen: ‘The Contracting Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they undertake to prevent and punish’ (curs. HvdW).
15. Art. 51 van het Handvest van de Verenigde Naties kent een uitzondering op het geweldverbod, voor zover een gewapende actie onder de vlag van de Verenigde Naties, op grond van een Resolutie van de Veiligheidsraad, plaatsvindt. Maar een dergelijk initiatief kan eenvoudig worden verlamd door een veto van een van de permanente leden.
16. D. Luban, ‘The Legacies of Nuremberg’, in: Mettraux, *Perspectives on the Nuremberg Tribunal*, p. 644.
17. Marti Koskenniemi heeft op deze vertekende beeldvorming gewezen, waar hij opmerkt dat ‘(...) Belzec, Sobibor and Treblinka, at which 1,7 million Jews were destroyed, shared between them only one fleeting reference during the trial’, om er later wrang aan toe te voegen dat ‘The industrial mechanism of mass killings was completely overshadowed by the Prosecution’s concentration on the “common plan” and “aggression” charges.’ M. Koskenniemi, ‘Between Impunity and Show Trials’, in: J.A. Frowein & R. Wolfrum (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law* Vol. 6, Deventer: Kluwer Law International 2002, p. 20/21.



overschaduwde door dat van het collaborerende Vichy-regime.<sup>18</sup> Een uitgebreide bespreking van de complexe relatie tussen internationale strafprocessen en geschiedschrijving ligt uiteraard buiten het bestek van dit essay.<sup>19</sup> Volstaan kan worden met de kanttekening dat de Neurenberg-erfenis geen rustig bezit is, maar evolueert en de morele en politieke polsslagen van de tijd reflecteert.

Inmiddels is de eerdergenoemde spanning tussen de plicht om met uitroeiing bedreigde groepen te hulp te schieten en het verbod van het gebruik van geweld actueel en urgent geworden door de uitbreiding van de rechtsmacht van het Strafhof met het misdrijf van agressie.<sup>20</sup> In artikel 8bis van het Statuut van Rome wordt het misdrijf van agressie gedefinieerd als een gekwalificeerde vorm van een 'daad van agressie' in de zin dat die handeling, naar haar 'aard, ernst en schaal een evidente schending van het Handvest van de Verenigde Naties oplevert.' De drie componenten zijn cumulatieve vereisten, zo blijkt uit een toelichting bij het amendement van het Statuut.<sup>21</sup> Daarmee komt de lat hoog te liggen en in de literatuur is betoogd dat de restrictieve definitie van het misdrijf beoogt het grijze gebied van de humanitaire interventie buiten schot te laten.<sup>22</sup> Die lezing lijkt plausibel in het licht van de overweging dat het Handvest de bescherming van de rechten van de mens als doelstelling heeft, zodat een humanitaire interventie niet in strijd met de geest van het Handvest zal worden geacht.<sup>23</sup>

75 jaar na dato lijkt de zorg voor de bescherming van de fundamentele rechten van de mens toch terrein te

hebben gewonnen op de toenmalige preoccupatie met de territoriale en politieke soevereiniteit van staten.

### 3. Selectieve vervolgingsbeslissingen in Neurenberg en Den Haag

Gelet op de omvangrijke schaal waarop internationale misdrijven worden gepleegd en de doorgaans gemaakte juridische infrastructuur, is het onvermijdelijk dat bij de vervolging en berechting van verdachten keuzes worden gemaakt. Structurele selectiviteit, waarbij uitsluitend de daders van één kamp strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld, terwijl anderen die soortgelijke misdrijven op hun geweten hebben ongemoeid worden gelaten, is echter uit moreel oogpunt onaanvaardbaar en strookt evenmin met de gangbare straftheorieën. Toch was die selectiviteit zowel in Neurenberg als in Tokio geïnstitutionaliseerd, omdat de constitutionele documenten uitsluitend voorzagen in de berechting van representanten van de verslagen As-mogendheden.<sup>24</sup> Terecht hebben Cryer c.s erop gewezen dat het verwijt dat het Neurenberg Tribunaal zich schuldig zou hebben gemaakt aan *Victor's Justice* nogal ongedifferentieerd is, omdat het ook de vooringenomenheid van de rechters en het gebrek aan procedurele waarborgen omvatte.<sup>25</sup> We zullen ons in deze paragraaf echter beperken tot een bespreking van het selectieve karakter van de vervolging en berechting.

Hoewel de oorlogsmisdrijven van de Geallieerden qua aard en omvang niet in verhouding stonden tot de massale gruwelijkheden waaraan de Nazi's zich schuldig hadden gemaakt, was het verwijt dat Amerikaanse, Britse en Russische verdachten niet strafrechtelijk ter verantwoording werden geroepen niet geheel ongegrond. Waarom zat bijvoorbeeld Arthur 'Bomber' Harris, die een voorkeur voor tapijt bombardementen aan de dag legde en in februari 1945 opdracht had gegeven tot de volledige vernietiging van Dresden, niet in het beklagdenbankje? Enig strategisch of tactisch voordeel was met deze gerichte aanval op de burgerbevolking niet te behalen, nu Duitsland al op de knieën was gedwongen. De operatie kon vanuit dat oogpunt niet eens worden opgevat als een – oorlogsrechtelijk omstreden – represaille, maar moest worden geduid als pure wraak. Ongetwijfeld speelde hier wederom de vermenging van het *jus ad bellum* en het *jus in bello* op de achtergrond: de

18. Zie hierover uitvoerig Leila Sadat Wexler, 'The Interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and Back Again', 32 *Columbia Journal of Transnational Law* (1994), p. 338.
19. Zie naast de eerder aangehaalde werken van Koskenniemi, 'Between Impunity and Show Trials' en Sadat Wexler, 'The Interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and Back Again', onder meer Lawrence Douglas, *The Memory of Judgment*, New Haven: Yale University Press 2001 en Alain Finkielkraut, *Remembering in Vain; The Klaus Barbie Trial and Crimes against Humanity*, New York: Columbia University Press 1992.
20. Tijdens de Review Conference van het Statuut van Rome in 2010 in Kampala werd een definitie van agressie met algemene stemmen aangenomen en geïncorporeerd in het nieuwe art. 8bis van het Statuut. De Vergadering van Verdragspartijen bij het Statuut van Rome heeft eind 2017 besloten de rechtsmacht van het Strafhof met betrekking tot het misdrijf te activeren.
21. RC/Res.6, Annex III, Understanding No. 6: 'The three components of character, gravity and scale must be sufficient to justify a "manifest" determination. No one component can be significant enough to satisfy the manifest standard by itself.'
22. Zie met name de deskundige commentaren van Claus Kreß, 'The Crime of Aggression Before the First Review of the ICC Statute', 20 *Leiden Journal of International Law* (2007), p. 851 en Claus Kreß & Leonie von Holtzendorf, 'The Kampala Compromise on the Crime of Aggression', 8 *Journal of International Criminal Justice* (2010), p. 1179.
23. Overigens werd een voorstel van de Amerikaanse delegatie om humanitaire interventie expliciet van de reikwijdte van het misdrijf van agressie uit te zonderen in Kampala verworpen, maar Kreß en Von Holtzendorf ('The Kampala Compromise on the Crime of Aggression', p. 1205) tekenen daarbij aan dat de conferentie zich niet op inhoudelijke gronden tegen het voorstel verzette.

24. De opinie over de verrichtingen van het Tokio Tribunaal is over het algemeen negatiever dan het oordeel over het Neurenberg Tribunaal, hoewel er de laatste jaren wel nuanceringen zijn aangebracht, zie bijvoorbeeld Neil Boister & Robert Cryer, *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, Oxford: Oxford University Press 2008. Het wel en wee van dit Tribunaal blijft in dit essay verder buiten beschouwing.
25. Robert Cryer, Darryl Robinson & Sergey Vasiliev, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, p. 119.

Duitsers hadden met hun agressieve aanvalsoorlog de wind gezaaid en zouden nu storm oogsten.

Het was de verdediging van de Nazi-kopstukken die in Neurenberg terechtstonden niet toegestaan om het *tu quoque*-argument in stelling te brengen: de omstandigheid dat Geallieerden ook oorlogsmisdrijven hadden gepleegd gold niet als strafuitsluitings- of strafvermindingsgrond. Maar de scherpzinnige raadsman van admiraal Dönitz, verdacht van het voeren van ongelimiteerde onderzeeoorlog, draaide de redenering om. Deze Kranzbühler betoogde dat Chester Nimitz, het hoofd van de Amerikaanse marine in de Stille Oceaan, ruiterlijk had toegegeven dezelfde tactieken als Dönitz te hebben toegepast, zodat moest worden aangenomen dat die praktijk inmiddels was toegestaan op grond van het internationaal gewoonrecht. Het Tribunaal verwierp het stoutmoedige verweer van Kranzbühler, maar sprak Dönitz wel vrij van deze specifieke aanklacht.<sup>26</sup> Eenzelfde vage notie dat men de asymmetrie niet op de spits moest drijven lag ten grondslag aan de beslissing om de bombardementen op Engelse steden tijdens de *Blitzkrieg* niet in de aanklacht op te nemen, nu Britse piloten met gelijke munt hadden terugbetaald. Hoewel men overtuigd was van het eigen morele gelijk, geven dergelijke beslissingen van de aanklagers en de rechters van het Neurenberg Tribunaal blijk van een sluimerend bewustzijn dat men juist in geval van internationale misdrijven niet met twee maten mocht meten.

104

De ad-hoctribunalen voor voormalig Joegoslavië en Rwanda is de kritiek dat zij selectief te werk zouden zijn gegaan bij de vervolging van verdachten van internationale misdrijven niet bespaard gebleven. Wat betreft het Joegoslavië Tribunaal is het bekendste voorbeeld natuurlijk de NAVO-campagne die uitmondde in het bombardement van het televisiestation in de Servische hoofdstad Belgrado in 1999 om Milosević in de strijd rond Kosovo tot overgave te dwingen. Toenmalig aanklager Carla Del Ponte besloot, op advies van een door haar ingestelde commissie, geen nader onderzoek in te stellen. Die beslissing was omstreden en ontlokte pittige reacties in de academische literatuur.<sup>27</sup> In Rwanda is zittend president Paul Kagame erin geslaagd het vizier van het Tribunaal uitsluitend gericht te houden op de vervolging van Hutu's die zich schuldig hadden gemaakt aan genocide en oorlogsmisdaden en zodoende de misdaden van het Rwandan Patriotic Front te maskeren. Hoewel het Tribunaal zelf beweerde tot deze afweging te zijn gekomen op grond van het oordeel dat de aanklachten tegen het RPF minder ernstig waren, zijn er

26. Informatie ontleend aan Cryer c.s., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, p. 120. Zie ook Luban, 'The Legacies of Nuremberg', p. 660.

27. Zie onder meer Paolo Bienvenuti, 'The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Against the Federal Republic of Yugoslavia', 12 *European Journal of International Law* (2001), p. 501 en Anthony Colangelo, 'Manipulating International Criminal Procedure: The Decision of the ICTY Office of the Independent Prosecutor not to Investigate the NATO Bombing in the Former Yugoslavia', 97 *Northwestern University Law Review* (2002/2003), p. 1393.

aanwijzingen dat het bezweken is voor het dreigement van de Rwandese regering de samenwerking stop te zetten nadat het Tribunaal voorzichtige aanstalten had gemaakt om de misdaden van het RPF te onderzoeken.<sup>28</sup>

Het Internationale Strafhof opereert binnen een andere context, nu het in beginsel de gehele wereld als werkterrein heeft. De noodzaak om (moeilijke) keuzes te maken speelt op twee niveaus. Allereerst zal een gewapend conflict of een andere 'situatie' van massaal geweld (tegen burgers) dat in aanmerking komt voor nader strafrechtelijk onderzoek, geïdentificeerd moeten worden. Vervolgens zal een zaak (*case*) aangespannen moeten worden tegen een of meer specifieke verdachten. Beide selectieprocessen worden beïnvloed door politieke krachten. Zoals in de inleiding al vermeld, heeft het Internationale Strafhof zich volledig op Afrika georiënteerd, hetgeen vooral vanuit Afrikaanse hoek veel kritiek heeft uitgelokt. Een enkele blik op een wereldkaart waarop de landen zijn ingekleurd die voorwerp zijn van een lopend strafrechtelijk onderzoek van het Strafhof volstaat om de feitelijke juistheid van die bewering te staven. Maar de kritiek is overtrokken en wat te gemakkelijk. Wat namelijk over het hoofd wordt gezien is dat de handen van het Strafhof dikwijls in meer of mindere mate gebonden zijn. De situaties in Darfur/Soedan en Libië zijn door middel van een resolutie van de Veiligheidsraad voorgelegd aan het Strafhof. Anderzijds hebben veto's van China en Rusland een onderzoek van het Strafhof naar de situatie in Syrië geblokkeerd. Zoals eerder opgemerkt, hebben Afrikaanse staten zelf doorgaans het Strafhof verzocht een situatie te onderzoeken.<sup>29</sup> Weliswaar kan het Strafhof een dergelijk aanbod weigeren, maar dat ligt niet voor de hand, nu het snel de indruk zal wekken dat men de slachtoffers in de kou laat staan. Bovendien biedt zo'n *auto-referral* mooie vooruitzichten op vruchtbare samenwerking tussen het Strafhof en de staat. Dat brengt mij op het risico van politieke beïnvloeding bij de selectie van concrete zaken. In het geval van Oeganda heeft president Museveni, als wisselgeld voor diens coöperatieve opstelling, getracht het onderzoek van de aanklager te beperken tot de oorlogsmisdaden die zouden zijn gepleegd door de rebellen van het Lord's Resistance Army. Hoewel de toenmalige aanklager, Luis Moreno Ocampo, deze doorzichtige

28. Zie over de achtergronden Victor Peskin, *International Justice in Rwanda and the Balkans: Virtual Trials and the Struggle for State Cooperation*, Cambridge: Cambridge University Press 2008 en Larissa van den Herik, *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, Den Haag: Martinus Nijhoff Publishers 2005.

29. Een tweede situatie in de Centraal Afrikaanse Republiek en het conflict tussen de centrale regering en gewapende rebellen in Mali werden door middel van een 'self-referral' onder de aandacht van de Prosecutor van het Strafhof gebracht. Weliswaar heeft het Strafhof in het geval van Kenya en Ivoorkust gebruikgemaakt van haar *proprio motu*-bevoegdheden, maar in beide situaties werd dat initiatief aanvankelijk lokaal van harte ondersteund, in het geval van Kenya door een voorstel van de Waki-Commissie die belast was met een onderzoek naar het postelectorale geweld en in het geval van Ivoorkust door een ad-hocverklaring ex art. 12 lid 3 van het Statuut van Rome, waarbij de rechtsmacht van het Strafhof werd geaccepteerd, hetgeen de weg plaveide voor een nader onderzoek.

poging tot inmenging in de selectie van verdachten door het Strafhof heeft gepareerd door te stellen dat hij zich zou richten op de oorlogsmisdrijven die door beide partijen bij het conflict in Noord-Oeganda waren gepleegd, is een onderzoek naar misdaden van het regeeringsleger tot op heden uitgebleven.<sup>30</sup>

Ook uit andere incidenten blijkt dat het Strafhof niet altijd bij machte is om weerstand te bieden aan politieke druk van staten van wiens medewerking men afhankelijk is. Zo erkende de Aanklager, naar aanleiding van informatie dat Britse soldaten zich in Irak schuldig hadden gemaakt aan het opzettelijk doden of mishandelen van burgers, dat er voldoende aanwijzingen voor een ‘redelijke verdenking’ waren, maar meende hij dat het ‘incident’ de *gravity*-toets niet zou doorstaan, aangezien het in het niet viel bij de massale slachtpartijen in Afrikaanse landen, die het Internationale Strafhof volledig in beslag namen.<sup>31</sup> Het kwam Ocampo op de ongezouten kritiek van Schabas te staan dat eerstgenoemde appels (een specifieke case) met peren (een algehele situatie) had vergeleken, nu het opzettelijke doden van burgers het uitvloeisel was van een agressieve oorlog die al honderdduizenden slachtoffers had geëist.<sup>32</sup> Tussen de regels door suggereerde Schabas dat het Strafhof ervoor terugdeinsde de gramschap van een machtige en welwillende staat op te wekken. Van een soortgelijke koudwatervrees gaf de Kamer van Vooronderzoek blijk bij de beslissing omtrent het voortzetten van een strafrechtelijk onderzoek van de Aanklager naar oorlogsmisdrijven die beweerdelijk zijn gepleegd door leden van de Taliban, Amerikaanse soldaten en de CIA in Afghanistan.<sup>33</sup> Onder verwijzing naar artikel 53 van het Statuut overwoog de Kamer dat zij moest nagaan of een dergelijk onderzoek wel in het belang was van de rechtspleging en merkte wat dat betreft op dat, gelet op eerdere ervaringen tijdens het vooronderzoek, de vooruitzichten allerm minst florissant waren. Niets wees er immers op dat het Strafhof de beschikking zou krijgen over bewijsmateriaal of dat verdachten aan het Hof zouden worden overgeleverd. De Kamer maakte in dit verband expliciet melding van de povere medewerking van betrokken staten, waaronder de Verenigde Staten.<sup>34</sup> Met deze uitspraak leek de Kamer zich bij voorbaat neer te leggen bij het mislukken van een strafrechtelijk onderzoek dat niet de goedkeu-

ring van (machtige spelers binnen) de internationale gemeenschap kan wegdragen.

Toch lijkt de laatste tijd een verandering in de opstelling van het Strafhof te bespeuren, getuige het feit dat beide confrontaties van het Strafhof met machtige staten een verrassend vervolg hebben gekregen. Allereerst heeft het Strafhof aangekondigd dat het nieuw bewijs omtrent betrokkenheid van Britse soldaten bij oorlogsmisdrijven in Irak, aangedragen door het European Centre for Constitutional and Human Rights en het Iraq Historic Allegations Team, nader gaat onderzoeken. Vooral de beschuldiging dat het Britse Ministerie van Defensie gepoogd heeft de zaken in de doofpot te stoppen, neemt de aanklager uiterst serieus.<sup>35</sup> Verder heeft de Beroepskamer de beslissing van de Kamer van Vooronderzoek inzake de situatie in Afghanistan recentelijk vernietigd en de aanklager het groene licht gegeven om een nader onderzoek in te stellen.<sup>36</sup> Kern van de beslissing was dat de Kamer van Vooronderzoek, naar het oordeel van de Beroepskamer, haar toezichhoudende mandaat te ruim had opgevat, door een toetsing aan het belang van de rechtspleging in haar oordeel te betrekken. Maar de Beroepskamer wilde nog wel even kwijt dat de beoordeling door de Kamer van Vooronderzoek van dat belang ‘oppervlakkig, speculatief en slecht onderbouwd was.’ Bovendien had de Kamer verzuimd bij dat oordeel de ernst van de feiten en de belangen van slachtoffers mee te laten wegen.<sup>37</sup>

Natuurlijk zullen deze recente uitspraken de loop der gebeurtenissen niet noodzakelijkerwijze positief beïnvloeden, in de zin dat onderzoek en berechting van Britse of Amerikaanse verdachten succes zullen sorteren. Wel geven zij een signaal af dat het Strafhof de kritiek van selectiviteit ter harte neemt en een onafhankelijke koers probeert te volgen ten opzichte van machtige staten die politieke druk uitoefenen en soms de weigering van samenwerking als chantagemiddel inzetten.

## 4. Enkele overwegingen tot slot

Als we, driekwart eeuw nadat het Neurenberg Tribunaal in actie is geweest, de balans opmaken is de uitkomst overwegend positief. Wat overheerst is de bewondering voor het huzarenstukje dat binnen een betrekkelijk korte tijdspanne, onder buitengewoon moeilijke omstandigheden is verricht. Natuurlijk verstoonden de rechtspleging gebreken, zeker gemeten naar de huidige juridische en morele maatstaven. Het opleg-

30. Zie over de achtergronden Payam Akhavan, ‘The Lord’s Resistance Army Case: Uganda’s Submission of the First State Referral to the International Criminal Court’, 99 *American Journal of International Law* (2005), p. 403.

31. Luis Moreno-Ocampo, *Letter of the Prosecutor Concerning the Situation in Iraq*, 9 februari 2006.

32. William Schabas, ‘Prosecutorial discretion and gravity’, in: Carsten Stahn & Göran Sluiter (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden/ Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2009, p. 245-246.

33. Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Pre Trial Chamber II, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, No. ICC-02/17, 12 April 2019.

34. PTC II, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, §§ 91 en 94.

35. Bron: Opinion Juris, <http://opiniojuris.org/2019/11/20/centre-stage-again-allegations-of-uk-war-crimes-in-iraq/>.

36. Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Appeals Chamber, *Judgment on the appeal against the decision on the authorization of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, No. ICC-02/17 OA4, 5 March 2020.

37. Appeals Chamber, *Judgment on the appeal against the decision on the authorization of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, § 49.

gen en ten uitvoer leggen van de doodstraf en het ontbreken van een appelprocedure kunnen daartoe zonder twijfel gerekend worden. Maar ondanks het feit dat de strafbaarstellingen nogal provisorisch tot stand waren gekomen, wisten de verdachten waarvoor zij terecht stonden en werden zij bijgestaan door geschoolde raadslieden.

In dit essay heb ik het accent gelegd op twee factoren die tot op zekere hoogte inherent zijn aan het internationale strafrecht en die de internationale strafrechtspleging tot op de dag van vandaag parten spelen, zij het op andere wijze en in verschillende mate. Wellicht zijn die problemen te herleiden tot de structuur van de internationale rechtsorde die, anders dan nationale rechtssystemen, geen evenwichtige trias politica kent. Het ontbreken van een internationale wetgever heeft tot gevolg dat rechtsvorming een complex en delicaat proces is en tot resultaten leidt die uit het oogpunt van het strenge strafrechtelijke legaliteitsbeginsel te wensen overlaten. Vergeleken met het Neurenberg Tribunaal heeft het Internationale Strafhof het een stuk gemakkelijker, dankzij de veelomvattende codificatie van de bestanddelen van internationale misdrijven in het Statuut van Rome.<sup>38</sup> Maar het internationale gewoonterecht zal als aanvullende en constituerende rechtsbron niet gemist kunnen worden. Verder weerspiegelde de nadruk in Neurenberg op het misdrijf tegen de vrede nog in sterke mate de dominantie van staatssoevereiniteit, die door geen centrale autoriteit doorbroken kon worden ten faveure van de bescherming van de onderdrukte bevolking. Zoals hierboven is betoogd, heeft na de Tweede Wereldoorlog de aandacht voor de bescherming van de rechten van de mens het belang van staten geleidelijk aan verdrongen, hetgeen onder meer tot uitdrukking komt in de omstandigheid dat de recent van kracht geworden bepaling inzake agressie enige ruimte laat aan humanitaire interventie. Paradoxaal genoeg heeft het Neurenberg Tribunaal hier toch de aanzet toe gegeven door de afschaffing van immuniteiten ten overstaan van internationale straftribunalen en door het primaat te postuleren van het internationale strafrecht boven het nationale recht.

Aan de debetzijde vertoont het Internationale Strafhof misschien wel de meest markante overeenkomst met het Neurenberg Tribunaal waar het gaat om het probleem van selectiviteit van vervolging en berechting. Toch is hier sprake van een opmerkelijke reversie. Terwijl de *Victor's Justice* het gevolg was van de overmacht van de overwinnaars, symboliseert de focus van het Strafhof op situaties in betrekkelijk zwakke staten juist de machteloosheid van het instituut. Hier wreekt zich het ontbreken van een internationale politiemacht, zodat het Strafhof aangewezen is op de assistentie van staten. Te vaak wordt vergeten dat het Strafhof opereert binnen een krachtenveld van internationale betrekkingen en

onder curatele staat van machtspolitiek. Niettemin geeft het Strafhof er in toenemende mate blijk van zich bewust te zijn van deze afhankelijke positie en tracht het deze dynamiek, door haar duidelijk te benoemen, voor het voetlicht te brengen.

Wellicht is die bewustzijnsverdieping de belangrijkste bijdrage van het Neurenberg Tribunaal aan de huidige internationale strafrechtspleging. Tegenwoordig heeft men de mond vol van het versleten 'lessons learned'. Ik houd niet zo van die slogan, omdat zij een ongefundeerd en lichtzinnig optimisme in de progressieve vooruitgang van de mensheid tentoonspreidt. Bewustwording van grenzen en tekortkomingen is al heel wat. In het licht van de steeds groter wordende kloof tussen verwachtingen – vergelding, preventie, verzoening, herstel voor slachtoffers etc. – en de resultaten van het internationale strafrecht, zouden we die bescheiden zegening mischien wat meer moeten koesteren.

38. Wat betreft concepten van strafrechtelijke aansprakelijkheid en strafuitsluitingsgronden is het Statuut wat minder ver ontwikkeld, maar ook op die gebieden is vooruitgang geboekt, vergelijk art. 25, 28 en 31 t/m 33 Statuut.