



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Criteria voor internationale strafbaarstelling

van der Wilt, H.

Publication date

2021

Document Version

Final published version

Published in

Op zoek naar evenwicht

License

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van der Wilt, H. (2021). Criteria voor internationale strafbaarstelling. In T. Kooijmans, J. Ouwerkerk, C. Rijken, & J. Simmelink (Eds.), *Op zoek naar evenwicht: liber amicorum Marc Groenhuijsen* (pp. 749-759). Wolters Kluwer.
<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D6898E&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

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.

OP ZOEK NAAR EVENWICHT

LIBER AMICORUM
MARC GROENHUIJSEN

Redactie:

Tijs Kooijmans
Jannemieke Ouwerkerk
Conny Rijken
Joep Simmelink

 Wolters Kluwer

Deventer - 2021

Verkorte citeerwijze: Kooijmans, Ouwerkerk e.a., *Op zoek naar evenwicht 2021*
Volledige citeerwijze: T. Kooijmans, J.W. Ouwerkerk e.a., *Op zoek naar evenwicht 2021*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Omslagontwerp: Pjotr Design Studio, Utrecht

ISBN 978 90 13 16498 5

NUR 824-401

© 2021, Wolters kluwer

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice.

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

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

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden.

Indien Wolters Kluwer Nederland B.V. persoonsgegevens verkrijgt is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland B.V. van toepassing. Dit is raadpleegbaar via www.wolterskluwer.nl/privacy-cookies.



Criteria voor internationale strafbaarstelling

Harmen van der Wilt

1. Inleiding

Een van de (vele) onderwerpen die Marc Groenhuisen's interesse hebben is het bekende vraagstuk of er aan de hand van algemene criteria beoordeeld kan worden of de wetgever tot strafbaarstelling van gedrag dient over te gaan. Op de hem kenmerkende genuanceerde en scherpzinnige wijze heeft hij zich in het debat gemengd dat door andere collega's in meer algemene zin of met betrekking tot concrete delicten is gevoerd.¹ Hoewel ik het wel eens ben met De Hullu dat veel van deze criteria nogal schetsmatig en abstract zijn, vind ik het toch aantrekkelijk dat zij ons eraan herinneren dat strafrecht een paardenmiddel is dat met de nodige behoedzaamheid moet worden gehanteerd.²

In deze bijdrage aan het *Liber Amicorum* voor Marc wil ik enkele bespiegelingen wijden aan de vraag of die criteria voor strafbaarstelling ook nuttige diensten kunnen bewijzen voor de identificatie van internationale misdrijven. Op het eerste gezicht lijkt dat misschien nogal vergezocht. Als er één categorie gedragingen in aanmerking komt voor strafrechtelijke afdoening dan is het toch wel grootschalige en systematische moord, foltering, verkrachting, deportaties en wat dies meer

1 M.S. Groenhuisen, 'Criteria voor strafbaarstelling', 23 *Delikt en Delinkwent* 1993, pp. 3-6. Zie voor algemene beschouwingen: L.H.C. Hulsman, 'Kriteria voor strafbaarstelling', in: *Strafrecht te-recht? Over dekriminalisering en depenalisering*, Baarn: Bosch & Keuning 1972, p. 107-116; J.M. van Bemmelen, 'Positieve criteria voor strafbaarstelling', in *Speculum Lange-meijer; 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 1-14. Met betrekking tot specifieke delictscategorieën: Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 42-48 en R. H. Haveman, *Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel*, Deventer: Gouda Quint 1998. Voor een recente bijdrage aan het debat: S. Buisman, 'Criteria voor strafbaarstelling: De integratie tussen theorie en wetgevingsbeleid', 1(1) *Boom Strafblad* 2020, p. 64-72.

2 Zie voor een kritische bespreking J. de Hullu, *Materieel strafrecht; Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 21-25.

zij. Bovendien lijkt de vraag een gepasseerd station, nu sinds de ver-richtingen van het Neurenberg Tribunaal algemeen wordt aangenomen dat plegers van misdrijven tegen de vrede, genocide, misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven strafrechtelijk aansprakelijk zijn volgens het internationale recht.³ We zullen dus een wat andere insteek voor deze kwestie moeten kiezen. Daarbij gaat het mij niet om de proble-matiek of een strafrechtelijke reactie op systeemcriminaliteit onder alle omstandigheden geëigend is. Er nog van afgezien dat dit zeer interes-sante vraagstuk zich eigenlijk niet leent voor een kort essay, veronder-stelt het afkondigen van een amnestie of de keuze voor een waarheids- en verzoeningscommissie doorgaans de onderkenning dat het om inter-nationale misdrijven gaat. Om (vredes)politieke redenen wordt uitslui-tend voor een andere afdoeningsmodaliteit – dan de strafrechtelijke – geopteerd. Ik wil mij in dit essay concentreren op de vraag in welke op-zichten een internationaal misdrijf zich nu in essentie onderscheidt van ‘commune delicten’ die in elk nationaal rechtssysteem zijn strafbaar ge-steld. Die precisering roept onmiddellijk weer andere vragen op die om explicatie en nadere afbakening schreeuwen. Zo zal men mij misschien vragen waarom dit onderscheid uit doctrinair of praktisch oogpunt van belang is. Mij even beperkend tot het tweede – praktische – aspect, moet ik korthedshalve volstaan met de vaststelling dat het onderscheid ver-strekkende gevolgen heeft voor wat betreft de bevoegdheid van inter-nationale strafhoven en-tribunalen om misdrijven te berechten, de geoorloofdheid van het uitoefenen van universele rechtsmacht, de af-schaffing van verjaringstermijnen en de inperking van volkenrechtelijke immuniteiten. Nauw verband houdend met het voorgaande rijst de vraag wiens belang eigenlijk gediend is met het maken van dit onderscheid, of – waarschijnlijk nog relevanter – wiens rechtens beschermwaardige belang er wellicht door wordt geschaad. Ook hier moet ik weer een door-steek nemen, al zal ik er in het vervolg nog op terugkomen. Voorlopig lijkt het aannemelijk te veronderstellen dat het voor een verdachte uit-maakt of hij/zij ter zake van een nationaal of een internationaal misdrijf wordt vervolgd, omdat laatstgenoemde een zwaarder stigma aankleeft. Verder zal een staat wiens prioritaire rechtsmacht aanspraken door een internationaal tribunaal worden overtroefd zich dikwijls aangetast voe-len in zijn soevereiniteit. In de derde plaats zal men misschien van mij willen weten of de voorgenomen denkoefening vooral strekt tot nadere onderbouwing en rechtvaardiging van de al bestaande internationale

3 Zie ook art. 5 van het Statuut van Rome dat opsomt over welke delicten het Internationale Strafhof jurisdictie heeft.

misdrijven, of dat ik haar ook wil gebruiken als een (normatief) toetsingsschema om de kandidatuur van aspirant internationale misdrijven, zoals terrorisme of ernstige milieucriminaliteit, te kunnen beoordelen. Ik stel mij voor aan beide aspecten enige beschouwingen te wijden.

Hopelijk worden hiermee de contouren van mijn onderneming geleidelijk helder. Kan de – analoge – toepassing van criteria voor strafbaarstelling solide argumenten opleveren voor het onderscheid tussen internationale en nationale misdrijven? Een laatste kanttekening geldt de keuze voor bepaalde criteria. Omdat ik verwacht dat het schadebeginsel, de subsidiariteitseis en het legaliteitsbeginsel voor deze specifieke vraag het meeste gewicht in de schaal zullen leggen, zal ik mij beperken tot een korte bespreking van deze beginselen, waarbij het accent nog komt te liggen op het schadebeginsel. Die specifieke criteria zijn ook de leidraad van de paragraafindeling. Ik sluit af met een korte reflectie.

2. Het schadebeginsel

Moraalfilosofen van liberale snit hebben schade aan anderen als het oriëntatiepunt gekozen voor de beperking van individuele vrijheid die de inzet van het strafrecht nu eenmaal meebrengt. Joel Feinberg heeft de meest omvattende en systematische uitwerking gegeven aan het schadebeginsel als criterium voor strafbaarstelling.⁴ Anders dan zijn geestverwant John Stuart Mill die het toebrengen van schade als enige legitiematie voor de inschakeling van strafrecht beschouwt, gaat Feinberg een stapje verder door ook aanstootgevend gedrag (het zogenoemde ‘*offence principle*’) strafwaardig te vinden.⁵ Feinberg maakt daarbij onderscheid tussen schade aan particuliere en publieke belangen, waarbij enigszins ondergesneeuwd raakt dat in geval van een strafbaar feit het publieke belang, als afgeleide van het aan het slachtoffer berokkende leed, ook is aangetast. Dat komt tot uitdrukking in een notie als ‘ernstige verstoring van de rechtsorde’ als grond voor voorlopige hechtenis en het tekent het publiekrechtelijke karakter van het strafrecht. Zoals bekend, heeft de Franse socioloog Emil Durkheim behartenswaardige opmerkingen gemaakt over de functie van het strafrecht als maatschappelijk bindmiddel.⁶ Volgens hem strekt het strafrecht tot de bescherming van de waar-

4 J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*, 4 Volumes, Oxford: Oxford University Press 1984.

5 Feinberg, voetnoot 4, *Volume One: Harm to Others*, p. 11-12. Hij verwijst naar Mills standaardwerk *On Liberty*.

6 S. Lukes & A. Scull, *Durkheim and the Law*, Oxford: Oxford University Press 1983, p. 59-102.

den die een samenleving het meest dierbaar zijn. Schuldigverklaring en strafoplegging hebben een louterende werking, omdat zij alle rechtsgenoten het belang van die waarden weer inprenten en de maatschappelijke cohesie rond die gedeelde ethiek verstevigen.

In toenemende mate wordt een dergelijke norm-expressieve betekenis ook aan het internationale strafrecht toegedicht.⁷ Al bij de geboorte van het Internationale Strafhof heeft Edward Wise gewezen op de treffende toepasselijkheid van het gedachtegoed van Durkheim op het internationale strafrecht:

‘this particular insight about the function of criminal law in affirming and strengthening feelings of social solidarity and community seems particularly apt – indeed stunningly apt – when we consider the likely effect of the Rome Statute.’⁸

De Preambule van het Statuut van Rome lijkt die gedachte ook te onderschrijven, waar zij ‘bevestigt dat de ernstigste misdrijven die *de gehele internationale gemeenschap* met zorg vervullen niet onbestraft dienen te blijven’.⁹ Tegelijkertijd heeft die internationale gemeenschap die kennelijk aanstoot neemt aan dergelijke verschrikkelijke misdrijven en zich geroepen weet om te handelen iets vaags en abstracts. Terecht merkt David Luban op dat het, bij gebrek aan een wereldregering en een internationale wetgever, hier in ieder geval niet om een *politieke* gemeenschap gaat.¹⁰ Er lijkt eerder bedoeld te worden op een aggregaat van wereldburgers die verbonden zijn door een gemeenschappelijke afschuw van internationale misdrijven.¹¹ Toch lijkt de gedeelde afschuw die erop lijkt te duiden dat de internationale gemeenschap als zodanig schade ondervindt wel een goed vertrekpunt om de essentie van internationale

7 Zie voor een recente bijdrage, C. Stahn, *Justice as Message: Expressivist Foundations of International Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press 2020.

8 E.M. Wise, ‘The International Criminal Court: A Budget of Paradoxes’, *Tulane Journal of International and Criminal Law*, Spring 2000, p. 267.

9 Preambule voorafgaand aan het Statuut van 17 juli 1998, *Trb.* 2000/120, zoals laatst gewijzigd op 11 juni 2010, *Trb.* 2011/73, cursivering toegevoegd.

10 D. Luban, ‘A Theory of Crimes Against Humanity’, 29 *Yale Journal of International Law* 2004, p. 126.

11 Vergelijk ook de Preambule die spreekt van ‘onvoorstelbare wreedheden die het geweten van de mensheid hevig schokken’.

misdrijven te begrijpen.¹² Het roept de vraag op waarom deze misdrijven nu precies de hele wereld raken. Het enkele antwoord dat zij zeer ernstig zijn is toch onbevredigend want dat geldt ook wel voor sommige commune (nationale) misdrijven. Naar mijn mening heeft de eerdergenoemde Luban, in een betoog dat toegespitst is op misdaden tegen de menselijkheid, op dit punt de meest overtuigende verklaring gegeven. Hij kwalificeert de mens als een politiek dier dat dikwijls *contre coeur* zich met anderen verenigt in een gemeenschap. De verwijzing naar diens *unsociable sociability*, een term ontleend aan Kant die de gespleten inborst van de mens aangeeft, suggereert ook dat het om een keuze voor de minste van twee kwaden gaat.¹³ De staat als prototype van de politieke organisatie ontleent zijn bestaansrecht aan het feit dat hij de burgers een minimum aan bestaanszekerheid en veiligheid verleent, op basis waarvan zij zich verder kunnen ontplooiën. Is dit arrangement op zich al precair, het wordt een dodelijke val zodra de staat zijn bestaansgrond verloochent door de eigen burgers te onderdrukken en te vervolgen. Luban gebruikt hiervoor de onsmakelijke maar treffende metafoor van ‘politics gone cancerous’.¹⁴ In dat geval verspeelt de staat de aanspraak op soevereiniteit en is de internationale gemeenschap bevoegd en misschien zelfs verplicht om die beschermingsfunctie uit te oefenen. Dat elke wereldburger zich dit verraad van de eigen onderdanen moet aantrekken heeft ermeê te maken dat het de algemene menselijke conditie schetst die eenieder zich niet alleen kan voorstellen, maar die ook iedereen kan overkomen. Die situatie doet zich overigens niet alleen voor als de staat zijn eigen burgers onderdrukt, maar ook als een staat niet bij machte is die burgers tegen massaal geweld te beschermen. Het is de problematiek van de zogenoemde ‘failed states’.

Luban’s opvatting dat misdaden tegen de menselijkheid worden gekenmerkt door de omstandigheid dat de staat structureel in gebreke blijft de eigen burgers te beschermen tegen dood en verderf wordt in de literatuur breed gedeeld, al worden er soms andere accenten gelegd. Bovendien wordt wel aangenomen dat de onwil of onmacht van de staat om recht te doen kenmerkend is voor alle internationale misdrijven. Zo

12 Ook de hierna nog te bespreken Larry May kenschetst ‘*international harm*’ als een noodzakelijke voorwaarde voor legitieme internationale interventie in staatsaangelegenheden, zie L. May, *Crimes against Humanity: A Normative Account*, Cambridge: Cambridge University Press 2005.

13 Luban, voetnoot 10, pp. 111-114.

14 Luban, voetnoot 10, pp. 116-120.

rechtvaardigt Margaret deGuzman de vestiging en uitoefening van universele rechtsmacht in het geval van oorlogsmisdrijven met het argument dat de kans dat deze misdrijven onbestraft blijven veel groter is dan bij commune misdrijven. De partijdigheid van autoriteiten en de aantasting van orde en gezag tijdens een gewapend conflict zijn hier vanzelfsprekend belangrijke oorzakelijke factoren.¹⁵ En Alejandro Chehtman komt tot een soortgelijke conclusie, wanneer hij stelt dat in geval van grootschalig geweld dat uitgaat van de staat of machtige organisaties, de rechtsbescherming die de staat geacht wordt te bieden verpietert tot een (hooguit) papieren werkelijkheid. Dat vergt de compenserende uitoefening van rechtsmacht door andere staten of een internationaal strafhof.¹⁶ Ook Larry May onderschrijft de redenering dat een staat zich niet kan beroepen op zijn soevereiniteit om zich te verweren tegen internationale interventie, als die staat zijn eigen onderdanen berooft van veiligheid of bestaanszekerheid, dan wel niet bereid of niet bij machte is zijn onderdanen tegen dergelijk onheil te beschermen. May spreekt in dit verband van het ‘*security principle*’.¹⁷ Maar anders dan Luban, meent May dat door deze omstandigheid de internationale gemeenschap nog niet direct wordt geschaad. Hij ontwikkelt namelijk een apart ‘*international harm principle*’ waaraan, naast het *security principle*, getoetst moet worden om te beoordelen of een gedraging als een internationaal misdrijf kan worden beschouwd. Dat is noodzakelijk, aldus May, omdat de inbreuk op het *security principle* weliswaar de internationale gemeenschap een vrijbrief geeft om de soevereiniteit van de desbetreffende staat te doorbreken, maar de bloostelling aan een kwalificatie als internationaal misdadiger ten opzichte van de verdachte nog een aparte rechtvaardiging vergt. Het *international harm principle* is in het geding, zo vervolgt May zijn argumentatie, als de misdrijven een uitgesproken collectieve component hebben, hetzij omdat er heel veel slachtoffers vallen, hetzij omdat er machtige organisaties als daders bij de misdrijven zijn betrokken. Het *security principle* en het *international harm principle* gelden dus in de ogen van May als cumulatieve voorwaarden, waaraan voldaan moet zijn om een gedraging als internationaal misdrijf te kwalificeren en daarmee de interventie van de internationale gemeenschap te legitimeren. Hoewel

15 M. deGuzman, ‘Justifying Extraterritorial War Crimes Trials’ 12 *Criminal Law and Philosophy* 2018, p. 289.

16 A. Chehtman, ‘A Theory of International Crimes; Conceptual and Normative Issues’, in: K.J. Heller, F. Mégret, S. Nouwen, J.D. Ohlin, D. Robinson, *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 337.

17 May, voetnoot 12, p. 68.

het interessant is dat May differentieert tussen de belangen waarmee bij internationale strafbaarstelling rekening moet worden gehouden, vind ik zijn analyse op dit punt geforceerd, verwarrend en niet overtuigend. Men kan zich nog voorstellen dat het feit dat een verdachte deel uitmaakt van een collectief een strafverzwarend effect heeft, hetgeen in dit geval tot uitdrukking komt in een ‘promotie’ naar een andere categorie. Maar May maakt nergens duidelijk waarom de (grote) schaal waarop de misdrijven plaatsvinden tot gevolg heeft dat de hele internationale gemeenschap nu plotseling wel schade ondervindt. Ongetwijfeld is de collectieve dimensie een belangrijk kenmerk van de meeste, zo niet alle, internationale misdrijven.¹⁸ Bij de toepassing van het schadebeginsel met het oog op de zoektocht naar de essentie van internationale misdrijven gaat het echter niet zozeer om de ontologische kwestie wat een internationaal misdrijf is, maar meer om de normatief gekleurde vraag *waarom*, in het licht van tegengestelde belangen, een gedraging die kwalificatie verdient.

Het komt mij voor dat het *international harm principle*, zoals door May verstaan, overbodig is, omdat het geheel versmelt met diens *security principle*.¹⁹ In geval van internationale misdrijven worden mensen beroofd van een basaal toevluchtsoord dat de condities schept waaronder zij kunnen gedijen. De verschijningsvorm kan variëren van een totalitaire staat of dictatuur die de eigen burgers onderdrukt tot een complete anarchie waarin uitsluitend het recht van de sterkste geldt. Wat die ogenschijnlijk uiterste posities met elkaar gemeen hebben is dat mensen in een existentieel drijfzand terecht komen en hun leven nauwelijks meer vorm kunnen geven, omdat zij gebukt gaan onder de voortdurende vrees dat hen of hun dierbaren iets wordt aangedaan. Zoals eerder aangeven, heeft David Luban mijns inziens een voortreffelijke verklaring gegeven voor de stelling dat een dergelijke rampzalige situatie de gehele mensheid moet aangaan en het recht geeft of zelfs verplicht om de taak van de verzakende staat over te nemen door internationale misdrijven te be-rechten.

18 In het geval van misdrijven tegen de menselijkheid is die collectieve dimensie zelfs verankerd in het contextuele element dat de handeling moet zijn gepleegd als onderdeel van een ‘wijdverbreide of systematische aanval op de burgerbevolking’.

19 Deze partiele correctie op May’s theorie heb ik eerder aan de orde gesteld in H. van der Wilt, ‘Crimes Against Humanity: A Category Hors Concours in (International) Criminal Law?’ in: B. van Beers, L. Corrias & W. Werner (eds.) *Humanity Across International Law and Biolaw*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 37.

3. Subsidiariteitsbeginsel

Waar het schadebeginsel in de internationaalstrafrechtelijke en rechtsfilosofische vakliteratuur veel aandacht heeft gekregen, zijn andere criteria voor (internationale) strafbaarstelling er nogal bekaaid van af gekomen. Dat is niet zo verwonderlijk. Bij de vraag in welke opzicht(en) een internationaal misdrijf verschilt van een *commuun delict*, waartoe ik mij in dit essay bewust heb beperkt, is de schade aan de gehele internationale gemeenschap het dominante richtsnoer. Als we vervolgens, in het voetspoor van Luban en anderen, aannemen dat van zulke schade met name sprake is als de staat zijn taak verzaakt, zodat de internationale gemeenschap de berechting van misdrijven moet overnemen, dan is daarmee de subsidiariteitseis al in positieve zin beantwoord. Het subsidiariteitsbeginsel wordt met andere woorden geabsorbeerd door het (internationale) schadebeginsel. Het fameuze complementariteitsbeginsel dat stipuleert dat staten bij de vervolging van misdrijven de voorrang genieten en het Strafhof pas mag ingrijpen als blijkt dat zij niet bereid of niet bij machte zijn de vervolging daadwerkelijk uit te voeren, brengt daar geen verandering in.²⁰ Het veronderstelt immers dat de keuze voor kwalificatie als internationaal misdrijf al gemaakt is, anders zou het Strafhof geen rechtsmacht hebben.

Op één punt maakt het subsidiariteitsbeginsel echter een interessante comeback die ook voor het voorliggende vraagstuk van belang is. Het Statuut van Rome lijkt er namelijk niet aan in de weg te staan dat staten vervolgen en berechten op grond van nationale strafbepalingen.²¹ Zo'n berechting betekent niet automatisch dat de staat in kwestie 'unwilling or unable' is en het Strafhof zal het gezag van gewijsde dan ook moeten respecteren, voor zover er tenminste geen aanwijzingen voor chicanes zijn. Het Statuut van Rome wijkt hier duidelijk af van de statuten van de ad-hoc tribunalen die – anders dan het Internationale Strafhof – uitgaan van het primaat van het internationale gerecht en deze voorrang koppelen aan de bijzondere status van internationale misdrijven. Ingevolge art. 10, lid 2 van het Statuut van het Tribunaal voor het voormalige Joegoslavië, mag het Tribunaal namelijk een uitzondering maken op het Non-bis-in-idem beginsel, als de verdachte van ernstige schendingen

²⁰ Het complementariteitsbeginsel wordt als leidend principe genoemd in art. 1 en nader uitgewerkt in art. 17 van het Statuut van Rome.

²¹ J. Kleffner, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford: Oxford University Press 2008.

van het internationale humanitaire recht in een eerder stadium door een nationaal gerecht berecht is op grond van een *commuun delict*.²²

Er zit een zekere tegenstrijdigheid tussen het concept van internationale misdrijven en het complementariteitsbeginsel, nu eerstgenoemde is uitgevonden om het hoofd te bieden aan de onmacht of onwil van staten, terwijl laatstgenoemd principe er juist van uitgaat dat die staten het voortouw zullen nemen. De permissie aan het adres van staten om het eigen nationale strafrecht toe te passen komt neer op een correctie op grond van het subsidiariteitsbeginsel in omgekeerde richting. Het vermoeden dat staten onwillig of onmachtig zijn om internationale misdrijven naar behoren te vervolgen en te berechten kan worden weerlegd, zelfs als zij gebruik maken van het *commune* strafrecht. Daarmee wordt tegelijkertijd het onderscheid tussen nationale en internationale misdrijven aardig gerelativeerd.

4. Legaliteitsbeginsel

In het nationale strafrecht fungeert het legaliteitsbeginsel als criterium voor strafbaarstelling in zekere zin als sluitstuk. Uit het oogpunt van rechtszekerheid mag alleen voor strafbaarstelling worden gekozen wanneer het gedrag voldoende precies kan worden omschreven.²³

In de context van bestaande internationale strafbepalingen is het beginsel vandaag de dag niet meer zo relevant. Terwijl de legaliteitskwestie, inclusief de vaagheid van de normen die ontleend waren aan verdragen inzake het internationale humanitaire recht, na Neurenberg en Tokyo veel pennen in beweging bracht, heeft de codificatie van internationale misdrijven in het Statuut van Rome een solide juridisch bouwwerk opgeleverd.²⁴ Maar de categorie van internationale misdrijven is niet in steen gebeiteld. Eén van de pioniers van het internationale strafrecht, M. Cherif Bassiouni, identificeerde niet minder dan 28 internationale misdrijven, waarbij hij aan de vraag of het verboden gedrag een belangrijk

22 Statuut van het Internationale Straftribunaal voor het voormalige Joegoslavië, art. 10, lid 1 sub (a). Voor gelijklopende bepalingen in de Statuten voor Rwanda en Sierra Leone, zie art. 9, lid 1 sub (a).

23 Zie bijvoorbeeld De Roos, voetnoot 1, p. 48.

24 Enkele uitzonderingen daargelaten. Het open einde van de bepaling inzake misdrijven tegen de menselijkheid – art. 7, lid 1, sub k: ‘Other inhumane acts (...)’ – is voorwerp van hevige kritiek geweest.

internationaal belang schaadt een groot gewicht toekende.²⁵ En in 1991 bracht de International Law Commission nog elf delictscategorieën onder het label ‘crimes against the peace and security of mankind’.²⁶ Veel van deze delicten worden tegenwoordig tot de zogenoemde transnationale misdrijven gerekend, omdat zij naar hun aard een grensoverschrijdend karakter hebben. Vrij algemeen wordt aangenomen dat deze delicten zich beter lenen voor strafrechtelijke afdoening door staten die met dat oogmerk beter zouden moeten samenwerken. Toch wil ik er één delict – ecocide – uitlichten omdat het een bijzonder licht werpt op de spanning tussen criteria voor strafbaarstelling. De laatste tijd gaan er in toenemende mate stemmen op om de rechtsmacht van het Internationale Strafhof uit te breiden met een vijfde internationaal misdrijf: grootschalige milieuvernietiging.²⁷ In het licht van het (internationale) schadebeginsel valt daar beslist iets voor te zeggen. De interpretatie van dat beginsel, zoals ontvouwd in par. 2, heeft, hoe overtuigend wellicht ook, vooral een negatieve toonzetting: de internationale gemeenschap is bevoegd om in te grijpen omdat een staat zijn onderdanen geen bescherming biedt tegen levensbedreigend geweld. Bij milieurampen van apocalyptische omvang, zoals desastreuze klimaatopwarming, vernietiging van de Ozonlaag etc., begint de schade aan de hele wereldbevolking tastbare vormen aan te nemen.²⁸ Tegelijkertijd valt ecocide heel moeilijk in een strafbaarstelling te gieten die de toets van het legaliteitsbeginsel kan doorstaan. Dat heeft onder meer te maken met het diffuse daderschap: moet men vooral de producenten (de grote olieconcerns) aansprakelijk houden of zijn wij allen, als vliegtuig- en autopassagiers, medeschuldig? Nauw verband hiermee houdt het uiterst complexe causaliteitsvraagstuk, al was het alleen maar omdat veel schade vooralsnog niet waarneembaar is en zich

25 M. Cherif Bassiouni, ‘International Crimes: The *Ratione Materiae* of ICL’, in: M. Cherif Bassiouni, (ed.), *International Criminal Law, Vol. I: Sources, Subjects and Contents*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 2008, p. 133.

26 International Law Commission, ‘Draft Code of Crimes Against Peace and Security of Mankind’, in: Report of the International Law Commission, UNGAOR, 43rd Session, Supp No 10, UN Doc A/46/10 (1991), p. 95-98.

27 Zie voor interessante analyses: A. Greene, ‘The Campaign to Make Ecocide an International Crime: Quixotic Quest or Moral Imperative?’, 30 *Fordham Environmental Law Review* 2019, p. 1-48 en F. Mégret, ‘The Problem of an International Criminal Law of the Environment’, 36 *Columbia Journal of Environmental Law* 2011.

28 Zie bijvoorbeeld M.A. Gray, ‘The International Crime of Ecocide’, 26 *Californian Western Law Journal* 1996, p. 218, die grootschalige milieuvernietiging kenschetst als de schending van een zorgplicht jegens de mensheid.

– misschien? – pas in de toekomst zal manifesteren. Tenslotte vergt de strafbaarstelling van ecocide, om het beoogde effect te sorteren, een verdere oprekking van subjectieve bestanddelen, in de richting van culpa of zelfs *strict liability*. Hier zijn de kroonjuwelen van het strafrecht in het geding die we niet graag prijs willen geven. Deze bijdrage leent zich niet voor een verdere uitwerking.²⁹ Volstaan moet worden met de kanttekening dat het strafrecht niet geschikt is om alle maatschappelijke kwalen – en met name niet structurele problemen – op te lossen. Hoezeer men dat ook moge betreuren.

5. Slot

Marc en ik zijn, hoezeer wij elkaar ook (meen ik) waarderen, qua temperament en levensinstelling uit wat ander hout gesneden. Marc is toch wat meer de man van orde en gezag, terwijl hij mij soms een wildebras zal vinden. In een korte gedachtewisseling over de effecten van de Arabische lente komen zulke verschillen dan wel eens voor het voetlicht. Wat ons bindt is de voorkeur voor een open en eerlijk debat, waarbij we proberen elkaar te overtuigen met argumenten die hout snijden. Daarbij heb ik ook altijd de indruk dat wij doordrongen zijn van de begrenzings van het menselijk ken- en begripsvermogen, hetgeen ons er niet van weerhoudt om bij te dragen aan het welzijn van individu en samenleving. Naar ik hoop biedt deze bijdrage een mooie basis om de discussie voort te zetten.

²⁹ Voor wat meer overpeinzingen, zie H. van der Wilt, 'Grootschalige vernietiging voor het Internationaal Strafhof: (G)een schijn van kans?' Editorial 51 *Delikt en Delinkwent* 2021.