



Translating Guilt: Identifying Leadership Liability for Mass Atrocity

C.E. Steer

Translating Guilt:

Identifying Leadership Liability for Mass Atrocity Crimes (Het Identificeren van Leiderschapsaansprakelijkheid voor Internationale Misdrijven)

Cassandra Steer
c.e.steer@uva.nl

*Volledige samenvatting van academisch proefschrift
Universiteit van Amsterdam, Faculteit der Rechtsgeleerdheid
september 2014*

De gemeenplaats dat Internationale Misdrijven per definitie collectief worden begaan, zou best wel één 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 n persoon maar als onderdeel van een onderdrukkend systeem waarin deze misdaden op z'n best worden vergeelijkt en op z'n slechtst worden georkestreerd. 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.'¹ Collectieve misdaden zijn bekend in alle nationale strafrechtssystemen, 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 ontwarren, debatten die meer en meer complex zijn geworden in de laatste 20 jaar waarin internationale tribunalen hebben geprobeerd die vraag op te lossen buiten de context van een bestaand nationaal strafrechtstelsel.

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

¹Openingsverklaring van hoofdaanklager Robert Jackson, Neurenberg, 21 november 1945.

feit dat bij de internationale tribunalen het probleem van leiderschapsaansprakelijkheid gaandeweg is geconcentreerd op of hetzij het net van aansprakelijkheid verwijd moet worden zodat alle betrokkenen bij een internationaal misdrijf worden behandeld als gelijkkelijk 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 ongelijksoortige en complexe hiërarchien en groepsvormingen tussen de fysieke daders die tot nog meer onzekerheid omtrent 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 deelnemingsvormen 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 ‘alledaags’ abnormaal crimineel gedrag naar de omstandigheden van Internationale Misdrijven waar afwijken 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 Engelstalige 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 gruwelijke 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 gelegitimeerd. Vaak plegen individuen internationale misdaden onder zo’n leiderschap onder condities waar haat werd gendoctrineerd 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 vermindert. 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 ontnemen van legitimiteit aan een gewelddadig regime, met het zeker stellen van wettelijke regels en met het verzorgen van een historische tijdlijn 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 schuldbeginnsel 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 groepsgeweld 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 gedentificeerd 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 blaam 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 bekend bij nationale strafrechtjuristen, 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 aansprakelijkheidssysteem 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 gedentificeerd. Moeilijkheden duiken op bij de vertaling van deze bestraffingstheorieën vanuit de nationale context waar mag worden 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 rationele en onderhandelingscapaciteiten hebben behouden. Na discussie van deze problemen en van de voorkeuren te vinden in de stukken van internationale tribunalen en commentatoren, 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 simpelweg uit de nationale modellen van aansprakelijkheid te kiezen en die dan over te zetten naar de internationale context. Het simpele antwoord is ja; het is niet alleen mogelijk maar het proces waarlangs ISR wordt ontwikkeld doet precies dat en heeft dat ook altijd gedaan.

Hoofdstuk 3: ‘Een Vergelijkende Theorie van Internationaal Strafrecht’ schetst een beschrijvend beeld van de manieren waarop ISR wordt ontwikkeld, met een speciale focus op wie als rechtsontwikkelaars 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 omzetbaarheid van nationale denkbeelden. Er rijst daaruit verwarring over terminologie betreffende schuld, aansprakelijkheid van een medeplichtige en zelfs over de juridische inhoud van de term ‘principaal’ 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, heeft de vertaling naar een internationale context vaak gebrek aan een functionele analyse en aan een duidelijke keuze voor n benadering van aansprakelijkheid. In de context van Internationale Misdrijven 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 voldoende 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 dynamische 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 rechtsontwikkeling en toepassing is veel groter en omvat niet alleen Staten en internationale organisaties, maar ook individuele rechters, aanklagers, verdedigingsadvocaten 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 waardoorheen ze internationaal recht in het algemeen en ISR in het bijzonder interpreteren; de situaties waarin deze deelnemers samenwerken, niet alleen in de internationale tribunalen, 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 gezaghebbend, ook daadwerkelijk meer invloedrijke rechtsscheppers en -toepassers zijn dan Staten. De ontwikkeling van veel van de normatieve strafrechtelijk inhoud van ISR wordt overgelaten aan deze deelnemers omdat de traditionele formele bronnen zoals verdragen en gewoonterecht weinig in te brengen hebben. Omdat er niets anders is om te gebruiken, worden na-

tionale 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 rechtsvergelijking. De deelnemers volgen dezelfde patronen als zij die worden geobserveerd door rechtsvergelijkende 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 georienteerde 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.

Gegeven het feit dat de ontwikkeling van ISR zo zwaar steunt op nationale strafrecht modellen 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 Rechtsvergelijkingsmethode’** 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 voorspelbaarheid 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 behoeftes en dus hebben regels en instituties tot doel aan die behoeftes tegemoet te komen. Gelijkaardige problemen zullen dus gelijkaardige oplossingen hebben ondanks dat de vorm van de regels en instituties kan verschillen. Ondanks dat deelnemingsvormen verschillend van vorm en naam kunnen zijn in iedere vergeleken jurisdictie, dienen ze toch hetzelfde doel, namelijk de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van individuen voor het begaan van collectieve misdaden. Meer dan te zoeken naar deelnemingsvormen met een bepaalde omschrijving of titel, zoals uitlokking 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 inkadering van aansprakelijkheidssystemen 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 identificeren 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 materiele recht)?
- iv. Hoe is de vorm toegepast in rechterlijke uitspraken en welke interpretaties zijn er aan gegeven in varierende 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 leiderschapsaansprakelijkheid 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 tribunalen 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 tribunalen 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 ten slotte 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 benoeming van principal en accessory maar maakt geen juridisch of normatief onderscheid tussen beide. Alle partijen worden gelijkkelijk 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 uitgevoerd.

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 verminderde 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 hooddader. 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 aansprakelijkheidssysteem dat van nature ofwel subjectief 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 gelijkelijk aansprakelijk 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 gereflekteerd in de Common Law traditie’** wordt duidelijk dat in de vergeleken landen aansprakelijkheid gestoeld is op een subjectieve benadering die focust 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 *n*. Met deze nadruk op intentie is het niet nodig om een onderscheid 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 bestraffen van collectieve misdaden te bevredigen door alle partijen bij een misdrijf te vangen onder *n* 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 jurisdicties 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 *n* openlijke daad richting volvoering van de misdaad om vervolgens ieder individu betrokken bij de overeenstemming, te veroordelen. Dit resulteert in een erg ver reikende, uitgerekte, 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 geduide 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 geïst 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 jurisdicties die de civil law traditie volgen, anders is dan die in de common law traditie. De vertaling van collectieve naar individuele schuld 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 toerekent 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 gedifferentieerd systeem van aansprakelijkheid. Principals kan 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 Argentini, waarbij de laatste veel heeft gerfd van het design van het strafrechtstelsel van de eerste, is de rol van academici in de recente historie erg belangrijk geweest bij het beantwoorden van gruweldaden en hoe leiderschapsaansprakelijkheid te bepalen. Omdat de publieke opinie en daaropvolgend 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 uitgeoefend 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 onaantastbaar 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 Argentini bij de berechting van de Vuile 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 refereerden aan de Argentijnse jurisprudentie en aan Roxin’s theorie. Kort daarna volgden de Duitse rechtbanken en veroordeelden zij leden van het (Oost-Duits) 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 aansprakelijkheidssystemen als gebruikt in de common law en civil law tradities hun invloed laten gelden op verschillende manieren, op verschillende tijden en in verschillende tribunalen. In **Hoofdstuk 7: ‘Verschuivende trends bij Internationale Tribunalen’** wordt een historische kaart geproduceerd die laat zien dat de vertaling of transplantatie van deze nationale benaderingswijzes 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 tribunalen 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 Tribunalen die werden opgericht onder Control Council Law No. 10, specifiek omdat dit nationale tribunalen waren die moesten beslissen over nieuwe vragen in ISR met hun eigen nationale recht als enige referentie. De jongere ad-hoc tribunalen, die in aantal zijn toegenomen sinds de jaren '90, hebben de uitspraken van deze tribunalen vaak gezien als bewijs van gewoonterecht, maar er zijn argumenten dat dit een incorrecte aanduiding van hun status is. De Militaire Tribunalen pasten nationale rechtssystemen toe die van elkaar verschilden 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 Tribunalen voor Joegoslavië en Rwanda (resp. ICTY en ICTR) werden de statuten gemodelleerd 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 omsluiten, 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 allen volgens de plaatsvervangende toedeling van alle daden aan alle partijen die kenmerkend is voor de subjectieve benadering. Bemerkenwaardig 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 tribunalen 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 misdraad, wordt hij gelijk hierboven ook wel genterpreteerd als te zijn gebaseerd op de toedeling van daden van ondergeschikten 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 genterpreteerd als principale 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 bevooroordeeldheid 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 onvermijdbaar en de vraag rijst dan hoe het zo op te tuigen dat er een aansprakelijkheidssysteem ontstaat dat de 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 rechtsvergelijkend 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 aanpak het beste zou passen bij de specifieke context van internationale misdaden voorgelegd aan internationale tribunalen.

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. Één 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 unitair 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 uitkomst 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 uitvoering daarvan, is minder belangrijk. Een subjectieve benadering met de nadruk in de eerste plaats op te 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 mafia gerelateerde misdaden waarbij het moeilijk was te bewijzen wie wat had gedaan, en om de mafia bazen te betrekken bij de misdaden 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 beslisser, 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 delictomschrijving heeft uitgevoerd, zou het niet juist zijn hem te veroordelen voor het begaan van die misdaad als principal. Correcte naamgeving en historische waarheid hebben een belangrijker 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 misdaden. Roxin werd oorspronkelijk geïnspireerd door de zaak Adolf Eichmann, veroordeeld door het Israëlsche Gerechtshof voor zijn rol in de uitroeiing van de joden in de tweede wereldoorlog, omdat hij het niet bevredigend vond dat niet kon worden beredeneerd dat Eichmann 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 meer 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 tegenaan 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 rechtsvergelijkende werk dat plaatsvindt wanneer zij naar vertrouwde nationaal rechtelijke oplossingen 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 verhelderen. Het zou ook helpen om de legiti-

teit 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 transplantatie 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 rechtsvergelijkende studie in Deel II demonstreert dat deze termen andere bijbetekenissen 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 vergelijkingsfactoren weggestopt en de kansen op een bruikbaar en betekenisvol antwoord verminderd.

En 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 verdragen, 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 delictsomschrijvingen, maar de beantwoording van de technische strafrechtelijke aard van vragen als aansprakelijkheid 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 uitkomsten sterker te maken. Dat kan worden bereikt door toepassing van de 'regels van het spel' van rechtsvergelijkende 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 ge-

differentieerd systeem van aansprakelijkheid meer past bij de specifieke context van ISR. Specifieke deelnemingsvormen kunnen dan worden gedefinieerd binnen zo'n systeem waarbij de 'botsing tussen juridische culturen' zoals die tot nu toe steeds plaatsvond tussen internationale strafrechtjuristen, kan worden vermeden.

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 n 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 tevoren 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 begaan 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 blaam treft voor de uiteindelijke uitkomst. Als een leider met voldoende invloed op het collectief, zou ophouden met dat collectief in de richting van internationale misdaden te duwen, zou de mogelijkheid bestaan dat hij tussenbeide komt en invloed uitoefent op het collectief waardoor de misdaden 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 gelijkelijk aansprakelijk te zijn. In de nationale omgevingen waar deze aanpak wordt voorgestaan, heeft die geholpen om de problemen van criminele bendes 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 objectieve, 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 tribunalen 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 aantoonst, tegelijkertijd het risico wordt gelopen dat het schuld-beginsel 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 n van de redenen waarom de JCE zo is bekritiseerd als leidend tot schuld door associatie, en is ook n 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 oprekken 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 gekeken worden naar het feit dat de samenzwervingsvorm 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 deontologische 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 wier rol bij de creatie en uitvoering van een ideologie en de orkestratie van wreedheden onverdedigbaar is, moet hun rol worden gewaardeerd als meer blaam treffend. Dit is waar vormen als medeplegen, indirect ouderschap en ouderschap 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 n van hen, wie zou je dan prefereren, het brein of de beul?² 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, afgrijselijker 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 die 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 te vermeerderen, 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

²Gideon 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.

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 onvergeeflijks heeft gedaan, maar niet iets ondenkbaars.

Vanuit het perspectief van individuele slachtoffers en hun familie is het voorstelbaar dat dineren met de fysieke misdadiger moeilijker 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 foute van hun daden 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 deze wel orkestreerden en er voor zorgden dat anderen ze zouden uitvoeren. Zij zijn op zijn minst gelijkelijk 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 afgrijselijke 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 wier 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 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 beheersend 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.