

HET BELANG VAN FEITEN: EEN STUDIE NAAR DE CASUÏSTIEK VAN HET  
MATERIËLE INTERNATIONAAL STRAFRECHT

Dit proefschrift is een studie naar de casuïstiek van het materiële internationaal strafrecht. Het onderzoekt hoe de feiten van individuele gevallen vorm geven aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid van individuen voor internationale misdrijven – te weten, oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de mensheid, genocide en het misdrijf van agressie.

Hoofdstuk I vormt de proloog. Hierin wordt de achtergrond van het onderzoek geschetst en worden de daaraan ten grondslag liggende hypothesen uiteengezet. Het uitgangspunt van het onderzoek is dat de regels betreffende internationale misdrijven en aansprakelijkheidsvormen in vrij abstracte termen zijn gevat (bijvoorbeeld, ‘opzettelijk’, ‘medeplegen’, of ‘gewapende aanval’). Aldus krijgen de regels een zogenaamde *open texture* die de betekenis en grenzen van het recht enigszins onbepaald laat. Vooral in *hard cases* die buiten het reguliere toepassingsbereik van een regel vallen, is het hierdoor vaak moeilijk om regels deductief toe te passen. De internationale strafhoven – zoals het Joegoslavië Tribunaal, het Rwanda Tribunaal en het Internationaal Strafhof – spelen in deze gevallen een belangrijke rechtsvormende rol. Zij gebruiken de openheid van het recht om verouderde en rudimentaire misdrijven en aansprakelijkheidsvormen op creatieve wijze te ontwikkelen en af te stemmen op de realiteit van de moderne oorlogsvoering. Op deze manier leveren zij een essentiële bijdrage aan de groei en vooruitgang van het materiële internationaal strafrecht.

De invloed van internationale strafhoven op de vorming en ontwikkeling van het recht kan worden bekritiseerd op grond van het legaliteitsbeginsel. De aan dit beginsel ten grondslag liggende gedachten van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid worden immers geschaad wanneer de hoven het materiële internationaal strafrecht volledig vrij en naar eigen inzicht vormgeven. Om te voorkomen dat de hoven vervallen in ongecontroleerde en irrationele *Einzelfallgerechtigkeit*, vereist het internationaal geldende legaliteitsbeginsel dat beslissingen in individuele gevallen nauwkeurig worden gemotiveerd. De juridische aanvaardbaarheid van de rechterlijke motivering wordt bepaald door zogenaamde *secondary rules of adjudication*. Deze regels formuleren normatieve standaarden die reguleren of en hoe hoven hun beslissingen moeten uitleggen. Voor deze studie zijn met name de normatieve standaarden die de concrete toepassing van het materiële internationaal strafrecht op individuele gevallen structureren van belang. Inzichten over casuïstiek en casuïstische rechtsvinding zijn in dit kader bijzonder waardevol.

De casuïstiek is gebaseerd op de gedachte dat het recht onlosmakelijk is verbonden met de feiten van individuele gevallen. De betekenis van rechtsregels kan daarom niet *in abstracto* worden bepaald en beoordeeld zonder oog te hebben voor de concrete situaties

waarop de regels worden toegepast. Deze context-afhankelijke benadering impliceert dat het recht meebeweegt met en kan worden aangepast aan de omstandigheden van individuele gevallen. Om te voorkomen dat rechters de flexibiliteit van het recht misbruiken om daar naar eigen inzicht invulling aan te geven, maakt de casuïstiek gebruik van een specifieke methode van rechtsvinding die is gebaseerd op gevalsvergelijking en analogisch redeneren. Volgens deze methode moet de toepassing van een regel in een individueel geval worden vastgesteld door (i) te onderzoeken in welke gevallen deze regel eerder is toegepast; (ii) te bepalen in hoeverre het feitencomplex van het onderhavige geval vergelijkbaar is met dat van de eerdere gevallen; en (iii) te beoordelen of toepassing van de regel gerechtvaardigd is in het licht van deze feitelijke vergelijking.

Onderzoek op het gebied van *Artificial Intelligence and Law* (AI&L) geeft nadere invulling aan de casuïstische methode van rechtsvinding. In het bijzonder de studies naar *factor-based reasoning* kunnen helpen om praktische toepassing te geven aan de enigszins abstracte inzichten over casuïstiek. *Factor-based reasoning* gaat ervan uit dat rechters individuele gevallen beoordelen op basis van factoren. Factoren zijn juridisch relevante feiten die een oordeel ondersteunen zonder dat zij de rechter dwingen om tot dit oordeel te komen. De uiteindelijke beslissing in een zaak wordt bepaald door alle factoren vóór een bepaald oordeel af te wegen tegen de factoren die daar tegen pleiten. Deze afweging wordt gestructureerd door analogisch redeneren op basis van precedents: het feit dat precedent X uitkomst Y had in de aanwezigheid van de factoren Z, betekent dat toekomstige zaken met diezelfde factoren Z ook uitkomst Y moeten hebben. Er kan dus alleen van precedents worden afgeweken wanneer de factoren van een nieuwe zaak op relevante punten afwijken van de factoren die de precedents kenmerken.

De gedachten die ten grondslag liggen aan de casuïstiek en *factor-based reasoning* lijken goed aan te sluiten bij de open aard en rechterlijke ontwikkeling van het materiële internationaal strafrecht. Desalniettemin hebben de casuïstiek en *factor-based reasoning* vooralsnog nauwelijks een rol gespeeld in onderzoek naar het materiële internationaal strafrecht. Juristen hebben de betekenis en grenzen van internationale misdrijven en aansprakelijkheidsvormen primair bestudeerd en beoordeeld op basis van abstracte regels, zonder naar de toepassing van deze regels in concrete gevallen te kijken. Ook is nog niet onderzocht of, en zo ja op welke wijze, de internationale strafhoven de casuïstische methode van gevalsvergelijking en analogisch redeneren in hun rechtspraak hebben geïmplementeerd. Dit proefschrift beoogt deze lacunes op te vullen door (i) te analyseren in hoeverre de casuïstiek inzicht kan geven in de betekenis van internationale misdrijven en aansprakelijkheidsvormen en (ii) te beoordelen op welke wijze de casuïstische rechtsvindingsmethode kan bijdragen aan de verdere normering van de rechterlijke ontwikkeling van het materiële internationaal strafrecht. Hiertoe wordt de toepassing van het recht in individuele gevallen bestudeerd volgens de methodologie

van de casuïstiek en *factor-based reasoning*. Deze studie wordt toegepast op drie leerstukken/vraagstukken: (i) het *policy* element van misdrijven tegen de mensheid, (ii) de strafrechtelijke aansprakelijkheid onder *Joint Criminal Enterprise (JCE)* en *joint perpetration* en (iii) de contextuele inbedding van genocide.

Hoofdstuk II heeft betrekking op het *policy* element van misdrijven tegen de mensheid. Kenmerkend voor misdrijven tegen de mensheid is dat zij worden gepleegd in het kader van een wijdverspreide of systematisch aanval op een burgerbevolking. Artikel 7(2) van het Statuut van het Internationaal Strafhof vereist in aanvulling hierop dat de burgeraanval is gepleegd krachtens of ter bevordering van het beleid van een overheid of organisatie. Volgens het Strafhof sluit dit zogenaamde *policy* element willekeurig gepleegd grootschalig geweld tegen burgers uit van het misdrijven tegen de mensheid-concept. Het zorgt er voor dat misdrijven tegen de mensheid nauwkeurig zijn gepland en georganiseerd en volgens een vast patroon worden gepleegd.

Het *policy* element is niet algemeen aanvaard. Het Joegoslavië Tribunaal heeft sinds de *Kunarac* zaak benadrukt dat het vaststellen van een *policy* geen *noodzakelijke voorwaarde* – dat wil zeggen, geen zelfstandig element – voor misdrijven tegen de mensheid is, maar slechts een bewijsrechtelijk *relevante omstandigheid* op basis waarvan kan worden aangetoond dat burgers op systematische wijze zijn aangevallen. Aldus heeft het Joegoslavië Tribunaal expliciet afstand genomen van het Statuut en de rechtspraak van het Internationaal Strafhof. De tweedeling die hierdoor ontstaat, heeft onder wetenschappers geleid tot uitvoerige discussies over de functie en toegevoegde waarde van het *policy* element. Hoofdstuk II geeft een nieuwe impuls aan deze discussie door te analyseren of, en zo ja in hoeverre, de verschillende waardering van het *policy* element door het Joegoslavië Tribunaal en het Internationaal Strafhof invloed heeft op hun beoordeling van misdrijven tegen mensheid in individuele gevallen. Heeft de verwerping van het *policy* element door het Joegoslavië Tribunaal bijvoorbeeld geleid tot de kwalificatie van ongeorganiseerd geweld als misdrijf tegen de mensheid?

Om deze vraag te beantwoorden, wordt in hoofdstuk II de rechtspraak van het Joegoslavië Tribunaal en het Internationaal Strafhof geanalyseerd volgens de casuïstische methode van *factor-based reasoning*. Deze rechtspraakanalyse laat zien dat beide strafhoven misdrijven tegen de mensheid vaststellen op basis van vergelijkbare feitelijke omstandigheden betreffende de voorbereiding en aard van de aanval op burgers en de context waarin deze aanval is gepleegd. De verschillende juridische kaders die de hoven hanteren, krijgen in de praktijk dus een soortgelijke invulling. Dit kan worden verklaard door de *open texture* van het misdrijven tegen de mensheid concept. Deze geeft rechters een zekere beoordelingsruimte om theoretische verschillen te nuanceren en de betekenis van het *policy* element af te stemmen op de feiten van individuele gevallen. Hoewel dit niet betekent dat het *policy* element nooit van enige toegevoegde waarde zal zijn, maakt

de rechtspraakanalyse wel duidelijk dat de betekenis en functie van het element worden gekleurd door de praktische toepassing daarvan. Theoretische discussies over de juridische status van het *policy* element moeten daarom worden aangevuld met een *practical discourse* waarin de invulling van dit element wordt onderzocht en beoordeeld op basis van inzichten over casuïstiek en *factor-based reasoning*.

In hoofdstuk III wordt de strafrechtelijke aansprakelijkheid van militaire en politieke kopstukken – zoals Slobodan Milošević en Mohammed Al-Bashir – geanalyseerd. Deze hooggeplaatste figuren hebben doorgaans geen ‘bloed aan hun handen’, met andere woorden zij zijn niet fysiek betrokken bij het plegen van misdrijven. Desondanks worden zij door de internationale gemeenschap beschouwd als ‘*the most responsible perpetrators*’ van internationale misdrijven wanneer hun politiek of militair beleid leidt tot grootschalige geweldspelingen. Om de centrale rol en verantwoordelijkheid van militaire en politieke kopstukken tot uitdrukking te brengen in hun strafrechtelijke aansprakelijkheid, maken de *ad hoc* Tribunalen en het Internationaal Strafhof gebruik van twee aansprakelijkheidsconcepten: *JCE* en *joint perpetration*. Het Internationaal Strafhof heeft er in vroege rechtspraak belang aan gehecht deze aansprakelijkheidsconcepten strikt van elkaar te onderscheiden. Waar *JCE* naar verluidt een *subjectieve* basis kent die het opzet van de verdachte op het uitvoeren van een strafbaar plan benadrukt, legt *joint perpetration* het accent op de *objectieve* controle van de verdachte over de gepleegde misdrijven. Volgens het Internationaal Strafhof kan op grond van deze objectieve controle een meer precieze relatie worden gelegd tussen de beleidsmakers op afstand en de feitelijk plegers op de grond. Aldus komen de beginselen van individuele aansprakelijkheid en persoonlijke schuld beter tot uitdrukking.

In hoofdstuk III wordt de praktische betekenis van het onderscheid tussen *JCE* en *joint perpetration* onderzocht. In het bijzonder wordt bekeken of de verantwoordelijkheid van politieke en militaire kopstukken onder deze aansprakelijkheidsconcepten op basis van andere feiten wordt vastgesteld. Hiervoor wordt de relevante rechtspraak van de *ad hoc* Tribunalen en het ICC geanalyseerd en beoordeeld volgens de casuïstische methode van *factor-based reasoning*. De rechtspraakanalyse laat zien dat de aansprakelijkheid van leidinggevendenden onder zowel *JCE* als *joint perpetration* primair is gebaseerd op hun bijdrage aan het opstellen, implementeren en/of uitvoeren van een (crimineel) plan tussen verschillende personen en organisaties om op systematische wijze en op grootschalig niveau misdrijven te plegen. Dit impliceert dat beide aansprakelijkheidsconcepten leidinggevendenden het verwijt maken dat zij hebben deelgenomen aan politieke of militaire organisaties die verantwoordelijk zijn voor het plegen van internationale misdrijven. *JCE* en *joint perpetration* vestigen zo een autonome aansprakelijkheid die de relatie tussen (de gedragingen van) de beleidsmakers op afstand en (de misdrijven van) de fysieke plegers op de grond relatief onbepaald laat. In die zin vertonen beide

aansprakelijkheidsconcepten kenmerken van functioneel (mede)plegen en deelneming aan een criminele organisatie, zoals wij die kennen uit het nationale strafrecht.

Vanuit praktisch oogpunt is er veel te zeggen voor de aanpak van de *ad hoc* Tribunalen en het ICC. Er bestaat doorgaans immers een grote (geografische en structurele) afstand tussen het beleidsniveau en het uitvoerende niveau. Hierdoor is het moeilijk om de aansprakelijkheid van de politieke en militaire kopstukken te baseren op hun directe betrokkenheid bij specifieke misdrijven en hun hechte relatie tot de fysieke plegers daarvan. Tegelijkertijd is het vanuit het oogpunt van individuele aansprakelijkheid en persoonlijke schuld onaanvaardbaar om leidinggevendend verantwoordelijk te houden voor misdrijven waar zij niet duidelijk mee in verband kunnen worden gebracht. De conclusie van hoofdstuk III is dan ook dat de internationale strafhoven zich niet langer moeten blindstaren op het praktisch onhoudbare onderscheid tussen de subjectieve en objectieve grondslag van *JCE* en *joint perpetration*. In plaats daarvan zouden zij meer oog moeten hebben voor de autonome aard van deze aansprakelijkheidsconcepten. Op basis daarvan kunnen zij de aansprakelijkheid van politieke en militaire kopstukken verder normeren. Zo zouden de hoven bijvoorbeeld kunnen eisen dat de bijdrage van leidinggevendend *structureel* van aard was en was gericht op de *criminele* activiteiten van een organisatie.

Hoofdstuk IV heeft betrekking op het misdrijf genocide. Genocide wordt primair gekenmerkt door het vereiste van genocidaal opzet: *génocidaires* handelen met de intentie een nationale, etnische, raciale, of religieuze groep geheel of gedeeltelijk te vernietigen. In de literatuur bestaat verdeeldheid over de vraag of in aanvulling hierop is vereist dat een collectieve (genocidale) geweldscampagne heeft plaatsgevonden. Enerzijds bepleiten aanhangers van de zogenaamde *goal-oriented approach* dat ook zelfstandig opererende individuen genocide kunnen begaan zolang zij met genocidaal oogmerk misdrijven plegen. Anderzijds betogen voorstanders van de *structure-based approach* dat genocide een vorm van *system criminality* is. Vanuit die gedachte stellen zij dat individuele *génocidaires* altijd moeten opereren in een collectieve campagne van (destructief) geweld.

Onder de internationale hoven bestaat een soortgelijke tweedeling. De *ad hoc* Tribunalen hanteren als uitgangspunt dat genocide geen contextueel element kent en dus in theorie kan worden gepleegd door een *lone génocidaire*. Wel achten zij het bestaan van een grootschalige, collectieve geweldscampagne bewijsrechtelijk relevant voor het vaststellen van het genocidaal opzet van de verdachte. Daarentegen vereisen de *Elements of Crimes* van het Internationaal Strafhof expliciet dat de verdachte 'handelde in de context van een manifest patroon van soortgelijke gedragingen'. Hier geldt het bestaan van een genocidale context dus als een noodzakelijk element dat in iedere genocide-zaak moet worden bewezen.

In hoofdstuk IV wordt bekeken of, en zo ja in hoeverre, de verschillende waardering van de genocidale context door de internationale strafhoven gevolgen heeft voor hun toepassing van genocide in individuele gevallen. Hiervoor wordt de rechtspraak van de *ad hoc* Tribunalen en het Internationaal Strafhof bestudeerd volgens de casuïstische methode van *factor-based reasoning*. De rechtspraakanalyse maakt duidelijk dat het van de omstandigheden van het geval afhangt of de hoven voor het vaststellen van genocide de nadruk leggen op het opzet van de verdachte of op de context waarin hij handelde. De mate waarin en de wijze waarop de gedragingen van individuele verdachten worden ingebed in een collectieve genocidale campagne verschilt dus per zaak. Gezien deze differentiatie is het niet mogelijk om de praktijk van de internationale strafhoven in een eenduidige *goal-oriented* of *structure-based approach* te vatten.

De gedifferentieerde praktijk van de *ad hoc* Tribunalen en het Internationaal Strafhof is te verklaren en te rechtvaardigen in het licht van de *open texture* van het genocide concept. Deze *open texture* biedt de hoven een zekere ruimte om de betekenis van genocide af te stemmen op de specifieke omstandigheden van individuele gevallen. De hoven moeten er echter voor waken dat differentiatie resulteert in een ongecontroleerde en irreguliere rechtspraktijk waarin vergelijkbare feiten en gevallen verschillend worden gewaardeerd. Het is daarom van belang dat zij iedere zaak beoordelen volgens de methode van de casuïstiek. Dit betekent onder andere dat de hoven moeten expliciteren op welke feiten hun oordeel is gebaseerd en moeten uitleggen hoe dit oordeel zich verhoudt tot de beslissingen in eerdere vergelijkbare gevallen. Wetenschappers kunnen hier een belangrijke ondersteunde rol bij spelen door zaken te ordenen op basis van hun gemeenschappelijke kenmerken.

De *case-studies* uit hoofdstuk II, III en IV laten zien dat verschillen in de algemene regels van het materiële internationaal strafrecht in de rechtspraak van de *ad hoc* Tribunalen en het Internationaal Strafhof kunnen vervagen. Hoofdstuk V – de concluderende epiloog van het onderzoek – neemt deze bevinding als uitgangspunt voor een kritische reflectie op de internationale rechtsvindingspraktijk. In de epiloog wordt vastgesteld dat deze rechtsvindingspraktijk casuïstische trekken vertoont. De *ad hoc* Tribunalen en het Internationaal Strafhof ontwikkelen het materiële internationaal strafrecht op een *case-by-case basis*, dat wil zeggen in het licht van de feiten van individuele gevallen en de vragen en problemen die deze feiten oproepen. Om deze rechtsontwikkeling te structureren, passen zij verschillende rechtsvindingstechnieken toe die goed aansluiten bij de methode van de casuïstiek en *factor-based reasoning*. Zo hebben de hoven criteria geformuleerd waarin de elementen van internationale misdrijven en aansprakelijkheidsvormen in feitelijke termen worden uitgelegd en ingekaderd. Tevens hebben zij lijsten van feiten opgesteld die relevant of juist onvoldoende zijn in het licht van de bestaande criteria. Door het recht aldus aan specifieke feiten te koppelen,

geven de hoven nadere betekenis aan de voorwaarden en grenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor internationale misdrijven.

Tegelijkertijd wordt in de epiloog vastgesteld dat de *ad hoc* Tribunalen en het Internationaal Strafhof moeite hebben om de koppeling tussen recht en feit expliciet tot uitdrukking te brengen in hun beoordeling van individuele gevallen. Hun vonnissen maken onvoldoende duidelijk welke feiten aan een beslissing ten grondslag liggen, welk gewicht aan deze feiten is gehecht en hoe de waardering van de feiten zich verhoudt tot het juridisch kader van regels en precedentes. Daardoor kunnen onduidelijkheden over de betekenis van het recht rijzen en ontstaat het risico dat regels op inconsistente wijze worden toegepast. Dit is problematisch in het licht van de aan het legaliteitsbeginsel ten grondslag liggende waarden van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Om deze problemen te ondervangen is het zaak om de methode van de casuïstiek en *factor-based reasoning* explicieter in de internationale strafrechtspraktijk en -wetenschap te implementeren. Daarbij kan lering worden getrokken uit de ervaring van nationale rechtsstelsels met casuïstische rechtsvinding. In het bijzonder lijkt het zinvol om aansluiting te zoeken bij de wijze waarop nationale gerechten gebruik maken van precedentes.

In de epiloog worden tegen deze achtergrond het *rule-* en *reason-*model van precedenteswerking geanalyseerd. Met name het *reason-*model vormt een belangrijke toevoeging op de huidige internationale rechtsvindingspraktijk. Dit model maakt duidelijk dat het van belang is dat de internationale strafhoven expliciteren welke factoren relevant zijn voor het vaststellen van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor internationale misdrijven. De relevante factoren moeten ook duidelijk worden gekoppeld aan de feiten van individuele gevallen om vervolgens op basis van deze koppeling gevalsvergelijkingen te kunnen maken. Strafrechtswetenschappers hebben een belangrijke ondersteunende taak bij het implementeren van deze meer feitgerichte rechtsvindingsprocedure in de strafrechtspraktijk. Zo kunnen zij de internationale strafhoven vooruit helpen door methodologisch onderzoek te doen naar de werking van de casuïstiek en *factor-based reasoning*. Op basis van de aldus verkregen methodologische inzichten kunnen wetenschappers het verband tussen recht en feit nader preciseren en normeren. Op die manier dragen zij bij aan de conceptuele verduidelijking van het materiële internationaal strafrecht en zorgen zij ervoor dat de praktische toepassing van internationale misdrijven en aansprakelijkheidsvormen verder wordt ingekaderd. Aldus wordt uitdrukking gegeven aan de legaliteitsgedachte zonder de ontwikkeling van het recht tot stilstand te brengen.