



**Advies inzake de mogelijke internationale strafrechtelijke
aansprakelijkheid van leden van de regering van Argentinië
in de periode 1976-1983**

1 augustus 2000

Hugo Bakker
Ward Ferdinandusse

AMSTERDAM INTERNATIONAL LAW CLINIC



Amsterdam International Law Clinic



INLEIDING	4
HOOFDSTUK 1 Internationale Misdrijven	7
1.1. Foltering	7
1.1.1. Foltering in het volkenrecht	7
1.1.2. De ontwikkeling van foltering in het volkenrechtelijk gewoonterecht	9
1.1.3. Definitie van foltering	12
1.1.4. Conclusie	13
1.2. Misdrijven tegen de menselijkheid	14
1.2.1. Status van het misdrijf in het gewoonterecht	14
1.2.2. Elementen van het begrip misdrijf tegen de menselijkheid	15
1.2.3. Misdrijf tegen de menselijkheid en oorlog	16
1.2.4. Conclusie	18
1.3. Oorlogsmisdrijven	19
1.3.1. Twee categorieën	19
1.3.2. Toepasselijke normen in interne conflicten	19
1.3.4. Het bestaan van een intern gewapend conflict	21
1.3.5. Conclusie	23
HOOFDSTUK 2 Vormen van aansprakelijkheid	24
2.1. Conspiracy	24
2.2. Complicity	27
2.3. Criminal negligence	29
HOOFDSTUK 3 Schuld- en strafuitsluitingsgronden	35
3.1. Immuniteit van regeringsleden	35
3.2. Ondergeschikte positie	36
3.3. Straffeloosheid onder nationaal recht	36
HOOFDSTUK 4 Conclusie	37
BIBLIOGRAFIE	38
BIJLAGE I - Definities 'crime against humanity'	40
BIJLAGE II - Definities 'war crimes'	42
BIJLAGE III - Individuele aansprakelijkheid voor internationale misdrijven	44



INLEIDING

Achtergrond

In de rechtspraak op nationaal niveau is de afgelopen jaren een tendens waar te nemen waarin leidinggevend en uit voormalige dictaturen voor nationale gerechten ter verantwoording worden geroepen.¹ Het uitgangspunt in dergelijke procedures is veelal dat de beklaagden normen van het internationaal strafrecht zouden hebben geschonden. Indien het gaat om een schending van algemeen aanvaarde normen wordt wel gesproken van internationale misdrijven.

Het kan daarbij gaan om een inbreuk op een verdrag, maar het kan ook gaan om een inbreuk op ongeschreven gewoonterecht. Alvorens een norm deel uit maakt van het gewoonterecht moet er eerst sprake zijn van een praktijk waarin de overgrote meerderheid van de staten conform deze norm handelt (*state practice*), en daarnaast moet deze norm door een evengrote meerderheid worden erkend als recht (*opinio juris*).

Het gevolg van de kwalificatie van een gedraging als internationaal misdrijf is onder meer dat de dader individueel aansprakelijk is en, in de meeste gevallen, dat iedere staat tot vervolging kan overgaan.²

Feiten

Dit advies is geschreven teneinde bij te dragen aan de beoordeling of Jorge Zorreguieta als lid van de regering van Videla individueel aansprakelijk zou kunnen zijn onder internationaal recht. Het advies gaat uit van de volgende feiten:

- Het militaire regime van de junta onder leiding van Videla heeft geduurd van 1976 tot 1983;
- Het bewind kenmerkte zich door een constante strijd tegen dissidente groeperingen en anderszins gevaarlijke, 'subversieve elementen';
- Een wet van 2 juni 1976 (nr.21.325) roept op tot de 'vernietiging van bepaalde organisaties middels de fysieke eliminatie van hun leden';

¹ Bijvoorbeeld de door een Spaanse onderzoeksrechter gevraagde uitlevering van voormalig Chileens dictator Pinochet vanuit Engeland.

² Zie bijlage III voor bepalingen met deze strekking uit de verschillende codificaties van volkenrechtelijk strafrecht.



- Tijdens het bewind van Videla zijn vele politieke vijanden gemarteld en vermoord;
- Zorreguieta heeft van 1976 tot 1983 deel uitgemaakt van de regering van Videla, eerst als ‘subsecretario’ van Landbouw (tot 1979), en daarna als staatssecretaris van ditzelfde departement;
- Bij zijn beëdiging tot staatssecretaris heeft Zorreguieta de eed afgelegd op de wetten van het land;
- De landbouw vertegenwoordigde in het toenmalige Argentinië een zeer belangrijke tak van de economie; het betreffende ministerie werd wel de ‘financiële ruggengraat van het dictatoriale bewind’ genoemd.³

Mede gezien het beperkte feitenmateriaal dat voor dit onderzoek beschikbaar was, beoogt dit advies geenszins een antwoord te geven op de vraag of Zorreguieta zich *in concreto* heeft schuldig gemaakt aan schending van internationale rechtsnormen. Het advies bespreekt in meer algemene zin onder welke voorwaarden leden van een regering aansprakelijk geweest kunnen zijn voor schending van internationaal recht. De omvang van deze bespreking, zowel wat betreft de temporele als de inhoudelijke afbakening, wordt echter beheerst door de hiervoor genoemde feiten.

Rechtsvraag

Tegen deze achtergrond bespreekt het advies derhalve de volgende rechtsvraag:

Wat zijn de voorwaarden waaronder een lid van een regering, zoals Jorge Zorreguieta in de regering-Videla, strafbaar is onder internationaal recht voor handelingen die leiders van de regering, dan wel de regering als geheel, hebben verricht?

Bij de beantwoording van deze vraag dient benadrukt te worden dat het volkenrecht aan constante verandering onderhevig is. Het is dan ook zeer goed mogelijk dat thans geldende normen van volkenrecht in de tweede helft van de zeventiger jaren nog niet bestonden, en dat derhalve een gedraging die naar de huidige stand van het volkenrecht strafbaar is, dat toen geenszins was. De juridische relevantie van dergelijke normen is voor de casus die tot dit

³ De Groene Amsterdammer, 29 april 2000, pag.12.



rapport aanleiding hebben gegeven beperkt. Desalniettemin zullen dergelijke ontwikkelingen in het recht worden aangegeven teneinde de strafbaarheid naar huidige maatstaven weer te geven.

Opzet van het advies

Het onderstaand advies bestrijkt twee onderdelen. In hoofdstuk 1 worden de relevante internationale misdrijven onderzocht op hun volkenrechtelijke status en inhoud in de periode 1976-1983. Achtereenvolgens zullen foltering, misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven worden besproken. Vervolgens wordt in hoofdstuk 2 onderzocht welke vormen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het volkenrecht zijn erkend. In dit hoofdstuk wordt een onderscheid gemaakt tussen strafbare samenspanning tot het begaan van een misdrijf (*conspiracy*), deelneming aan een misdrijf (*complicity*) en het nalaten handelend op te treden tegen een misdrijf (*criminal negligence*). Nadat in hoofdstuk 3 enkele korte beschouwingen worden gewijd aan mogelijke verweren, zullen ten slotte in hoofdstuk 4 enige tentatieve conclusies worden getrokken.



HOOFDSTUK 1 INTERNATIONALE MISDRIJVEN

In dit hoofdstuk worden drie internationale misdrijven besproken welke op het eerste oog relevant zouden kunnen zijn voor de juridische beoordeling van handelingen van de regering-Videla: foltering, misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven.

Geen afzonderlijke aandacht zal worden besteed aan het misdrijf ‘gedwongen verdwijningen’ (‘forced disappearances’). Vanaf 1978, toen de Algemene Vergadering van de VN een ‘draft resolution’ aannam met betrekking tot ‘forced disappearance’, is aan het verschijnsel van verdwijningen herhaaldelijk aandacht besteed, zonder dat echter consensus bestond met betrekking tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de individuele dader⁴ Overigens werden verdwijningen beschouwd als onderdeel van het begrip misdrijven tegen de menselijkheid. Aangezien verdere aanknopingspunten die erop wijzen dat verdwijningen in de jaren zeventig als zelfstandig internationaal misdrijf kunnen worden bestraft ontbreken, gaat dit advies ervan uit dat de individuele dader daarvan niet op basis van het volkenrecht kan worden bestraft, anders dan als dader van het afzonderlijk te bespreken misdrijf tegen de menselijkheid. De voorwaarden waaronder een misdrijf als misdrijf tegen de menselijkheid kan worden gekwalificeerd, zullen in paragraaf 1.2. nader worden besproken.

1.1. Foltering

1.1.1. Foltering in het volkenrecht

Foltering is als zelfstandig misdrijf strafbaar gesteld in het VN Folteringverdrag van 1984.⁵ Op basis van dit verdrag kunnen rechters van alle verdragsstaten tot vervolging overgaan wanneer de vermeende dader zich op het grondgebied van die staat bevindt.⁶ De toepasselijkheid van dit verdrag lijkt in casu echter uitgesloten, aangezien de vermeende

⁴ N. S. Rodley, ‘The Treatment of Prisoners Under International Law’, 2e druk, Oxford 1999, hoofdstuk 8.

⁵ ‘Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing’, Trb. 1985, 69.

⁶ Zie artikel 5(2) van dit verdrag.



feiten dateren van vóór de inwerkingtreding van het verdrag en het verdrag naar algemeen wordt aangenomen geen terugwerkende kracht toekomt.⁷

De wereldwijde verwerping van foltering heeft echter reeds eerder plaatsgevonden. Zij is gecodificeerd in verschillende mensenrechtenverdragen, op zowel regionaal⁸ als mondiaal niveau.⁹ Hoewel alle codificaties foltering ondubbelzinnig verbieden, richten ze zich primair tot staten, en behelzen een tot de staten gerichte verplichting om foltering in hun nationale wetgevingen strafbaar te stellen. Geen van de verdragen rept echter van strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de individuele dader.

Foltering is tevens strafbaar gesteld in de vier Geneefse Verdragen uit 1949.¹⁰ Deze verdragen, die door vrijwel alle staten van de internationale gemeenschap zijn bekrachtigd, geven een aantal regels met betrekking tot de behandeling burgers, gevangenen en gewonden in oorlogstijd of ten tijde van een intern gewapend conflict, en worden besproken in de paragraaf over oorlogsmisdrijven.

Tegen deze achtergrond is de bepalende vraag voor de juridische beoordeling van handelingen in de periode 1976-1983 of foltering in die periode als zelfstandig internationaal misdrijf in het volkenrechtelijk gewoonterecht kon worden beschouwd. Het lijkt onomstreden dat foltering naar de *huidige* stand van het volkenrecht kan worden gekwalificeerd als een internationaal misdrijf. Dit blijkt uit zowel de rechtspraak van de ad hoc tribunaal¹¹ als die van nationale rechters.¹² Ook in de literatuur bestaat weinig twijfel meer omtrent de

⁷ Zie voor relativiteit van dit uitgangspunt artikel van R. van Dongen in de NJB 9 juni 2000 met betrekking tot de vervolging van Bouterse voor de 'Decembermoorden', waarin hij stelt dat het VN Folteringverdrag, nu het in zijn werking naar *plaats* onbeperkt is, het ook in *tijd* onbeperkt zou moeten zijn. Zie tevens E.M.H. Hirsch Ballin in de *Ars Aequi*, AA 49 (2000) 6, p.488.

⁸ 1966 Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke rechten (art.7), 1969 American Convention on Human Rights (art.2), 1950 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (art.3).

⁹ 1948 Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens, art.5.

¹⁰ *Infra*, noot 49.

¹¹ Joegoslavië Tribunaal in *Furundzija* (IT-95-17/1), 10 december 1998, §137: "In any case, the proposition is warranted that a general prohibition against torture has evolved in customary international law".

¹² Zie bijvoorbeeld House of Lords in de Pinochet case, bij monde van L. Browne-Wilkinson: "Torture and various other crimes against humanity were linked to war or at least to hostilities of some kind. But in the course of time this linkage with war fell away and torture, divorced from war or hostilities, became an international crime on its own"; "In the light of the authorities to which I have referred (and there were many others) I have no doubt that long before the Torture Convention of 1984 state torture was an international crime in the highest sense". (*R v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, 24 maart 1999).



volkenrechtelijke status van foltering.¹³ Derhalve kan met voldoende zekerheid worden gesteld dat de internationale rechtsnorm die foltering verbiedt en die strafrechtelijke aansprakelijkheid voor de individuele dader met zich meebrengt, thans deel uitmaakt van het volkenrechtelijk gewoonterecht. Het is zelfs zeer aannemelijk dat deze norm de status van *jus cogens* heeft bereikt, zodat staten er op geen enkele manier van kunnen afwijken.¹⁴

In dit deel van het onderzoek staat echter centraal de vraag of het verbod op foltering deel uitmaakte van het volkenrechtelijke gewoonterecht ten tijde van het lidmaatschap van Zorreguieta aan de regering van Videla. Aan de hand van het VN Folteringverdrag 1984, nationale en internationale jurisprudentie en verhandelingen van de Verenigde Naties, zal getracht worden de volkenrechtelijke status van foltering in de tweede helft van de jaren zeventig weer te geven.

1.1.2. De ontwikkeling van foltering in het volkenrechtelijk gewoonterecht

De ontwikkeling van foltering als zelfstandig internationaal misdrijf moet los worden gezien van foltering in de vorm van een misdrijf tegen de menselijkheid.¹⁵ Het concept van misdrijven tegen de menselijkheid wordt besproken in de volgende paragraaf. Daar zal blijken dat een daad van foltering pas als misdrijf tegen de menselijkheid kan worden gekwalificeerd wanneer de foltering plaats heeft als deel van een systematisch plan of op grote schaal, en gericht tegen een bepaalde bevolkingsgroep. Hier is de vraag aan de orde wanneer foltering ook zelfstandig als internationaal misdrijf kon worden beschouwd.

¹³ Zie bijvoorbeeld J.H. Burgers, H. Danelius, 'The United Nations Convention against Torture: a Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment', Dordrecht 1988, p.12: "Nowadays it is the generally accepted view among international lawyers that the prohibition of torture has developed into a rule of customary international law applying equally to states which are not parties to any of these conventions. This universally valid rule can be considered a peremptory norm as defined in article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969"; M. Cherif Bassiouni, 'Crimes Against Humanity in International Criminal Law', Dordrecht 1992: "Thus, there is no doubt that torture is an international crime, and that it was a war crime before 1945". Zie tevens het rapport van Kooijmans als 'Special Rapporteur', 'Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment', Document E/CN.4/1986/15, p.1: "If ever a phenomenon was outlawed unreservedly and unequivocally it is torture".

¹⁴ *Jus cogens* wordt nader gedefinieerd in het 'Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht', (Trb. 1972, 51 E/F) art.53. Zie voor een bevestiging van de stelling dat het verbod op foltering deze status heeft verworven: Joegoslavië Tribunaal in *Furundzija* (IT-95-17/1-T), 10 december 1998, §154: "Clearly, the *jus cogens* nature of the prohibition against torture articulates the notion that the prohibition has now become one of the most fundamental standards of the internationale community".

¹⁵ Zie voor een van de vele aanwijzingen in die richting: Engelse House of Lords in de zaak Pinochet, L. Browne-Wilkinson: "Ever since 1945, torture on a large scale has featured as one of the crimes against humanity", *supra* noot 12.



De ontwikkeling van foltering als zelfstandig internationaal misdrijf is op gang gekomen in de zeventiger jaren, toen een serie resoluties in de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties unaniem en derhalve met instemming van Argentinië werd aangenomen. De belangrijkste van deze resoluties is UNGA resolution 3452(XXX) uit 1975. Deze resolutie, waar algemeen naar verwezen wordt als de ‘Torture Declaration’, legt op staten een verplichting om foltering in hun nationale recht strafbaar te stellen. De (gedeeltelijke) tekst van deze resolutie luidt als volgt:

“Declaration on the Protection of All Persons from being subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment

(...)

Article 2: Any act of torture (...) is an offence to human dignity and shall be condemned as a denial of the purposes of the UN Charter and as a violation of the human rights and fundamental freedoms proclaimed in the Universal Declaration of Human Rights.

(...)

Article 7: Each State shall ensure that all acts of torture as defined in article 1 are offences under its criminal law. The same shall apply in regard to acts which constitute participation in, complicity in, incitement to or attempt to commit torture.”

Een tweede resolutie van dezelfde datum (UNGA resolution 3453(XXX)) luidt:

“The Assembly requests the Commission on Human Rights to study the question of torture and any necessary steps for (a) ensuring the effective observance of the Declaration, and (b) the formulation of a body of principles for the protection of all detainees and prisoners.”

Deze resolutie heeft geleid tot de ontwikkeling van de procedure die uiteindelijk heeft geculmineerd in het VN Folteringverdrag 1984 (de eerste ‘draft codes’ zijn van 1977).¹⁶ Daarnaast is door de ‘Human Rights Committee’ een ‘Special Rapporteur’ aangesteld die de wereldwijde situatie met betrekking tot foltering in kaart moest gaan brengen.¹⁷

Voorafgaand aan de aanneming van de ‘Torture Declaration’ in 1975 zijn in de Algemene Vergadering van de VN nog twee resoluties betreffende foltering aangenomen, eveneens

¹⁶ *Supra*, noot 5.

¹⁷ Resolutie 1985/33. Het rapport dat daaruit is voortgevloeid is van de hand van P. Kooijmans(E/CN.4/1986/15).



zonder tegenstemmen.¹⁸ Deze twee resoluties bevatten een minder krachtige doch ondubbelzinnige veroordeling van de praktijk van foltering. Gegeven het feit dat resoluties van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties de mening van de internationale gemeenschap als geheel weergeven (zeker nu ze alle met unanimititeit zijn aangenomen), kan een zeker juridisch belang hieraan niet worden ontzegd.

In de aanloop naar de uiteindelijke versie van het VN Folteringverdrag 1984 is door zowel de 'International Association of Penal Law' (1978) als door de 'Human Rights Committee' van de VN een ontwerptekst van de uiteindelijke tekst van het huidige verdrag opgesteld.¹⁹ Hierin staat foltering ondubbelzinnig beschreven als een internationaal misdrijf.²⁰ Daarnaast is in 1978 door de 'General Assembly' van de 'Organization of American States' (OAS) een soortgelijke verklaring uitgebracht.²¹

Opgemerkt moet voorts worden dat in de periode tussen de aanneming van de resoluties (1973-1975) en de inwerkingtreding van het VN Folteringverdrag (1984) de houding van de internationale gemeenschap ten aanzien van foltering niet wezenlijk is veranderd. De enige van belang zijnde ontwikkelingen in die periode betreffen de ontwerpteksten van het uiteindelijke verdrag, en die hebben de verwerping van foltering door de gemeenschap veeleer versterkt. De stelling dat foltering als zelfstandig internationaal misdrijf tot het volkenrechtelijk gewoonterecht is toegetreden vanaf de aanneming van de VN resoluties in het begin van de jaren zeventig, lijkt dan ook weinig gewaagd. Daarnaast wordt er ook in rechtspraak en literatuur zonder uitzondering vanuit gegaan dat foltering thans als een internationaal misdrijf moet worden beschouwd, waarbij ter staving van deze stelling stevast wordt verwezen naar voornoemde VN resoluties.

Op grond van de hiervoor genoemde en andere praktijk concludeerde ook prof. Dugard in zijn advies voor het Gerechtshof Amsterdam dat het verbod van foltering in 1982 reeds tot het

¹⁸ 1973 - UNGA resolution 3059(XXVIII): "The Assembly would reject all forms of torture and would urge all governments to become parties to existing international instruments which contain provisions relating to the prohibition of these practices"; 1974 - UNGA resolution 3218(XXIX): "The Assembly would request to give urgent attention to include [...] rules for the protection of all persons subjected to any form of detention or imprisonment against torture and other cruel treatment".

¹⁹ 'Draft Convention for the Prevention and Suppression of Torture'.

²⁰ Zie artikel 1 van deze ontwerptekst: "Torture is a crime under international law".

²¹ 'Draft Convention Defining Torture as an International Crime', artikel 1: "Torture is an international crime".



internationale gewoonterecht kon worden gerekend.²² Er lijkt geen reden te zijn een cesuur aan te brengen tussen de periode van het bewind van Videla en 1982. Op deze gronden kan derhalve de voorzichtige conclusie worden getrokken dat het aannemelijk is dat foltering in de jaren zeventig als zelfstandig misdrijf reeds deel uitmaakte van het internationale gewoonterecht.

1.1.3. Definitie van foltering

De definitie van foltering is in de loop van deze ontwikkelingen niet ongewijzigd is gebleven. Voor zover aangenomen wordt dat foltering ook in de jaren zeventig strafbaar was onder het internationale recht, dient te worden vastgesteld hoe dit misdrijf destijds was gedefinieerd.

In artikel 1(1) van het VN Folteringverdrag 1984 wordt foltering als volgt omschreven:

“Any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or any other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.”²³

In de *Delalic* zaak concludeert het Joegoslavië Tribunaal dat foltering zoals beschreven in het VN Folteringverdrag 1984 de inhoud van het gewoonterecht exact weergeeft.²⁴ Ook in de *Furundzija* zaak geeft het Tribunaal aan dat er weinig onduidelijkheid kan bestaan over het gewoonterechtelijke begrip foltering, en dat de definitie van het VN Folteringverdrag 1984 de gezaghebbende tekst bevat.²⁵

²² Opinion of C.J.R: Dugard in: RE BOUTERSE (7 July 2000), § 11.1.2.

²³ *Supra* noot 5.

²⁴ IT-96-21-T, 16 november 1998, §459.

²⁵ IT-95-17/1, 10 december 1998, §160: De definitie van foltering in het Folteringverdrag 1984 geeft de exacte inhoud van het internationaal gewoonterecht volgens het Tribunaal om de volgende redenen weer:

- Ondanks dat de definitie in het Verdrag uitsluitend en uitdrukkelijk slechts geldt voor de toepassing van het Verdrag, behelst het alle voorwaarden in het internationale recht;
- De inhoud verschilt niet van de definitie die werd opgesteld in de Foltering resolutie van 1975, aangenomen door de voltallige Algemene Vergadering van de VN;
- Evenmin verschilt de definitie van die in de Inter-American Convention;
- De definitie komt overeen met de opvattingen hieromtrent van de Speciale Rapporteur, en met de opvattingen van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en het European Rights Committee.



Waar het VN Folteringverdrag vereist dat de foltering is gepleegd met een bepaald doel, maakt dit vereiste geen deel uit van de eerste teksten vanaf 1977.²⁶ De vraag welke definitie nu representatief is voor het begrip ‘foltering’ in het gewoonterecht lijkt echter niet moeilijk te beantwoorden. Zowel de ‘OAS Inter-American Convention on Torture’ (artikel 2) als de ‘Torture Declaration’ verbinden de eigenlijke mishandeling aan het doel zoals dit later in het VN Folterverdrag werd neergelegd.

Resumerend kan foltering, zoals het onder de hierboven aangegeven kwalificaties in de periode 1976-1983 deel uitmaakte van het gewoonterecht, worden gedefinieerd als het opzettelijk toebrengen van zwaar letsel, lichamelijk dan wel geestelijk, door of in opdracht van een figuur met enig openbaar gezag, ter verkrijging van informatie, ter bestraffing, ter intimidering of met een ander doel van discriminatoire aard.²⁷

1.1.4. Conclusie

Over de volkenrechtelijke status van foltering in de zeventiger jaren kan in het kader van dit advies geen absoluut uitsluitel worden gegeven. De uitspraken van de beide ad hoc tribunalen dateren alle uit de negentiger jaren, en betreffen alle gevallen van foltering vanaf 1991, zodat ze op zichzelf van weinig waarde zijn voor de beantwoording van de vraag of foltering in de zeventiger jaren reeds strafbaar was in het gewoonterecht. Desalniettemin zijn er, zoals hiervoor aangegeven, goede gronden aan te nemen dat foltering toentertijd in het volkenrecht werd beschouwd als internationaal misdrijf. Dit wordt het duidelijkst geïllustreerd door de aanneming van een viertal VN resoluties tussen 1973 en 1975, en is vervolgens bevestigd in verscheidene regionale en universele folteringverdragen. De conclusie dat foltering in ieder geval begin jaren tachtig kan worden beschouwd als

Zie tevens Rwanda Tribunaal in *Akayesu*, (96-4-T), 2 september 1998, §593.

²⁶ “...any act by which severe pain or suffering (...) is inflicted...”

²⁷ Joegoslavië Tribunaal in *Furundzija* (IT-95-17/1), 10 december 1998, §162: “The Trial Chamber considers that the elements of torture in an armed conflict require that torture:

- (i) consists of the infliction, by act or omission, of severe pain or suffering, whether physical or mental; in addition
- (ii) this act or omission must be intentional;
- (iii) it must aim at obtaining information or a confession, or at punishing, intimidating, humiliating, or coercing the victim or a third person, or at discriminating, on any ground, against the victim or a third person;
- (iv) at least one of the persons involved in the torture process must be a public official or must at any rate act in a non-private capacity, eg as a de facto organ of a State or any other authority-wielding entity”.



internationaal misdrijf wordt gedeeld door prof. Dugard in zijn advies aan het Amsterdamse Gerechtshof in de zaak Bouterse.²⁸

Hoewel op basis van de voor dit advies gebruikte gegevens niet kan worden geconcludeerd dat er in Argentinië inderdaad sprake van daden van foltering, lijkt dit niet uitgesloten. Deel 2 van het advies bespreekt op basis van de aanname dat dergelijke daden inderdaad plaats hebben gevonden, onder welke voorwaarden individuen aansprakelijk zijn voor deelname aan daden van foltering.

1.2. Misdrijven tegen de menselijkheid

1.2.1. Status van het misdrijf in het gewoonterecht

Deze categorie van misdrijven kenmerkt zich door hun onmenselijke karakter en de massale schaal dan wel de systematische wijze waarop ze zijn begaan, en heeft zich voornamelijk ontwikkeld in het volkenrechtelijk gewoonterecht. De enige verdragsrechtelijke codificaties betreffen twee bijzondere vormen van deze categorie, te weten genocide en apartheid.²⁹ Het begrip ‘misdrijf tegen de menselijkheid’ is als zelfstandig juridisch concept voor het eerst erkend in het Handvest van het Neurenberg Tribunaal uit 1945. Het gaf het Tribunaal de bevoegdheid om de individuele daders van deze misdrijven te vervolgen. Hoewel de term reeds vanaf het begin van de 20^e eeuw werd gebruikt, met name in de verschillende verklaringen over de Eerste Wereldoorlog,³⁰ kan toch worden gesteld dat door de codificatie in het Handvest en kort daarna de bevestiging van de Nuremberg Principles door de Verenigde Naties ‘misdrijven tegen de menselijkheid’ als internationaal misdrijf in het volkenrechtelijk gewoonterecht is geboren.³¹

Het begrip ‘misdrijf tegen de menselijkheid’ in het Handvest van 1945 behelsde een uitbreiding van het traditionele begrip ‘oorlogsmisdrijf’, zoals neergelegd in de Haagse

²⁸ *Supra*, noot 22.

²⁹ Zie ‘Verdrag inzake de voorkoming en de bestraffing van genocide’ uit 1948 (Trb. 1960, 32), en Apartheidverdrag uit 1973 (VN Treaties Series, Volume 1015, p.243).

³⁰ Daarnaast in de preambule van het Haags Verdrag van 1907, in de zogenoemde ‘Martens clause’.

³¹ Joegoslavië Tribunaal in *Tadic* (IT-94-1), 7 mei 1997, §618. De Nuremberg Principles werden unaniem bevestigd in de Algemene Vergadering in resolutie 95 (I) op 11 december 1946. Argentinië was reeds daarvoor, op 25 oktober 1945, toegetreten tot de VN.



conventies uit 1899 en 1907.³² Een oorlogsmisdrijf kon volgens deze laatste definitie slechts worden begaan tegen onderdanen van een andere, vijandige staat. Buiten het bereik van deze definitie vielen derhalve de misdrijven begaan tegen eigen onderdanen, staatlozen en onderdanen van een geallieerde natie. Artikel 6(c) van het Handvest maakte het door de toevoeging van de categorie ‘crimes against humanity’ dus mogelijk om ook de daders van deze misdrijven als daders van een internationaal misdrijf te vervolgen.³³

Naast deze codificatie in het Handvest van Neurenberg werden misdrijven tegen de menselijkheid ook strafbaar gesteld in het Handvest van Tokyo (art.5(c), International Military Tribunal for the Far East) en de Control Council Law No 10 (een wet die door de geallieerden na de onvoorwaardelijke overgave van nazi-Duitsland werd ingevoerd). Beide dienden hetzelfde doel als het Handvest van het Neurenberg Tribunaal: het bestraffen van individuele oorlogsmisdadigers die zich tijdens WO II hadden schuldig gemaakt aan oorlogsmisdrijven in de traditionele betekenis, maar dan gericht tegen staatlozen, eigen onderdanen of onderdanen van bevriende naties.

De status van misdrijven tegen de menselijkheid als volkenrechtelijk gewoonterecht is erkend in een resolutie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties,³⁴ in de Nuremberg Principles van 1950,³⁵ in een rapport van de Secretaris-Generaal van de VN en in verschillende andere documenten.³⁶ Het is derhalve zeer aannemelijk dat misdrijven tegen de menselijkheid in de zeventiger jaren als internationale misdrijven konden worden beschouwd.

1.2.2. Elementen van het begrip misdrijf tegen de menselijkheid

Uit de verschillende definities, opgenomen in bijlage I, valt op te maken dat dié misdrijven tot de categorie misdrijven tegen de menselijkheid worden gerekend die op systematische wijze

³² Cherif Bassiouni, *supra* noot 12, p.185: “The conclusion is clear that ‘crimes against humanity’ are analogous to war crimes and are an extension thereof, and that they are based on the same moral and legal principles which have long existed and which are the underpinning of principles, norms and rules of the humanization and regulation of armed conflicts”.

³³ Zie Cherif Bassiouni, *supra* noot 13, p.177-179, en Joegoslavië Tribunaal in *Tadic* (IT-94-1), 7 mei 1997, § 619.

³⁴ ‘Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal’, U.N.G.A. res 95 (I), 11 December 1946.

³⁵ Principle VI (c).

³⁶ ILC Draft Articles, artikel 18 (1996), Rome Statute, artikel 20 (1998), Genocideverdrag, artikel 1 (1948), Apartheidverdrag, art.I (1973). Zie voor een opsomming Joegoslavië Tribunaal in *Tadic* (IT-94-1) 7 mei 1997, § 622, voetnoot 104.



of op massale schaal begaan zijn, gericht tegen een bepaalde groep van de bevolking.³⁷ Ieder van de omschrijvingen bevat een niet-limitatieve opsomming van delicten die onder bepaalde omstandigheden als een misdrijf tegen de menselijkheid kunnen worden beschouwd. De voor dit onderzoek relevante delicten zijn: ‘murder’, ‘extermination’, ‘imprisonment’, ‘torture’, ‘forced disappearance of persons’ en ‘persecutions on racial, political or religious grounds’.

Van bepalend belang voor het kwalificeren van één van deze delicten als misdrijf tegen de menselijkheid is de vraag of ze begaan zijn ‘*on a widespread scale or in a systematic manner*’. De termen ‘widespread’ en ‘systematic’ kunnen volgens het Rwanda Tribunaal als volgt worden gedefinieerd:

“The concept of “widespread” may be defined as massive, frequent, large scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims. The concept of “systematic” may be defined as thoroughly organized and following a regular pattern on the basis of a common policy involving substantial public or private resources.”³⁸

Volgens de Hoge Raad is van een misdrijf tegen de menselijkheid sprake wanneer deze misdrijven:

“...deel uitmaken van een systeem van terreurhandelingen of een schakel vormen in een doelbewust gevolgde politiek, gericht tegen bepaalde bevolkingsgroepen.”³⁹

Opgemerkt dient te worden dat een delict als misdrijf tegen de menselijkheid kan worden gekwalificeerd wanneer het ófwel op een massale schaal is gepleegd, ófwel op een systematische wijze, en gericht tegen een bepaald deel van de bevolking.⁴⁰ Deze voorwaarden zijn dus alternatief, niet cumulatief.

1.2.3. Misdrijf tegen de menselijkheid en oorlog

Een afzonderlijke vraag is of misdrijven tegen de menselijkheid slechts gepleegd kunnen worden ten tijde van een gewapend conflict. Dit is in het verleden wel aangenomen. Zoals

³⁷ Joegoslavië Tribunaal in *Tadic* (IT-94-1), 7 mei 1997, §646: “While this issue has been the subject of considerable debate, it is now well established that the acts be directed against a civilian “population” can be fulfilled if the acts occur on either a widespread basis or in a systematic manner”.

³⁸ Rwanda Tribunaal in *Akayesu* (96-4-T), 2 september 1998.

³⁹ HR 17-01-1981, NJ 1981, 79 (Menten).



echter uit de rechtspraak van met name het Joegoslavië Tribunaal blijkt, behoeven misdrijven tegen de menselijkheid (naar de huidige stand van het gewoonterecht) niet noodzakelijkerwijs te worden begaan ten tijde van een gewapend conflict.

“It is by now a settled rule of customary international law that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict. Indeed, (...) it may not require a connection between crimes against humanity and any conflict at all.”⁴¹

Het is niet duidelijk per wanneer dit verband tussen het bestaan van een oorlog en het begaan van het misdrijf heeft opgehouden te bestaan.⁴² Het Neurenberg Tribunaal heeft misdrijven tegen de menselijkheid immers altijd uitgelegd als verband houdend met oorlog.⁴³ Ook in de Nuremberg Principles worden misdrijven tegen de menselijkheid in verband gebracht met een oorlogssituatie.⁴⁴

Verscheidene documenten geven steun aan de gedachte dat misdrijven tegen de menselijkheid ook buiten een gewapend conflict kunnen worden begaan. De eerste stap naar een loskoppeling van misdrijven tegen de menselijkheid met een oorlogssituatie, komt in 1942 van de United Nations War Crimes Commission wanneer deze commissie stelt dat:

“There exists a system of international law under which individuals are responsible to the community of nations for violations of rules of international criminal law, and according to which attacks on the fundamental liberties and constitutional rights of people and individual persons, that is inhuman acts, constitute international crimes not only in time of war, but also, in certain circumstances, in time of peace.”⁴⁵

Van belang is voorts dat zowel het Genocide Verdrag uit 1948 als het Apartheid Verdrag uit 1973 genocide respectievelijk apartheid strafbaar stellen buiten het geval van oorlog. Per

⁴⁰ Rwanda Tribunaal in *Akayesu*, (96-4-T), 2 september 1998: “Since Customary International Law requires only that the attack be either widespread or systematic (...)”.

⁴¹ Joegoslavië Tribunaal in *Tadic* (IT-94-1), 2 oktober 1995, §141.

⁴² *Idem*, §140: “Although the nexus requirement in the Nuremberg Charter was carried over to the 1948 General Assembly resolution affirming the Nuremberg principles, there is no logical or legal basis for this requirement and it has been abandoned in subsequent State practice with respect to crimes against humanity. Most notably, the nexus requirement was eliminated from the definition of crimes against humanity contained in Article II (1)(c) of Control Council Law No. 10 of 20 December 1945”.

⁴³ Cherif Bassiouni, *supra* noot 13, p.189.

⁴⁴ Principle VI (c): “(...) in execution of or in connection with any crime against peace or any war crime”.

⁴⁵ UNWCC pag. 191. Zie ook ‘Allied Declaration of December 1942’ en ‘Moscow Declaration 1943’, Cherif Bassiouni, *supra* noot 13, p.180.



analogiam kan derhalve worden beredeneerd dat waar de internationale misdrijven genocide en apartheid zich hebben losgemaakt van het bestaan van een oorlogssituatie, deze ontwikkeling zich tevens heeft voltrokken met betrekking tot de overige misdrijven tegen de menselijkheid. Immers, genocide en apartheid kunnen historisch worden beschouwd als misdrijven tegen de menselijkheid, want worden per definitie uitgevoerd ‘as part of a systematic or widespread attack, directed against any civilian population’.⁴⁶

Ter ondersteuning van de conclusie dat een misdrijf tegen de menselijkheid ook in vreedstijd kan worden begaan, kunnen de beide Draft Articles van de ILC uit 1954 (artikel 2) en 1996 (artikel 18) worden genoemd. Geen van beide stukken maakt melding van een noodzakelijk verband tussen een gewapend conflict en het misdrijf tegen de menselijkheid.⁴⁷

Het moge duidelijk zijn dat aan de hand van de aangehaalde bronnen niet eenvoudig kan worden vastgesteld per wanneer het bestaan van een gewapend conflict heeft opgehouden te bestaan als onontbeerlijke voorwaarde voor de kwalificatie van een misdrijf tegen de menselijkheid. Het is echter aannemelijk dat deze voorwaarde niet meer heeft gegolden aan het einde van de zeventiger jaren. In zijn voornoemde advies in de zaak *Bouterse* concludeert ook Dugard dat zekerheid op dit punt niet te geven is, maar hij acht het aannemelijk dat in 1982 misdrijven tegen de menselijkheid niet meer noodzakelijkerwijs verbonden waren aan een situatie van gewapend conflict: ‘The crime against humanity had probably been unlinked from war and armed conflict in 1982 and could be committed in time of peace’.⁴⁸ Ook hier geldt dat er geen reden is een cesuur aan te brengen tussen 1976 en 1982.

1.2.4. Conclusie

Het is niet uitgesloten dat er tijdens het bewind van Videla delicten zijn begaan die kunnen worden gekwalificeerd als misdrijven tegen de menselijkheid. Het vereiste dat er een noodzakelijk verband tussen het misdrijf en een gewapend conflict bestond, heeft in het gewoonterecht van de jaren zeventig waarschijnlijk niet meer gegolden. Daden als

⁴⁶ Zie tevens Apartheidverdrag, art.1: “The State parties to the present Convention declare that Apartheid is a crime against humanity...”.

⁴⁷ Zie tevens het commentaar van de International Law Commission bij de Draft Code of Crimes 1996, Note 6: “The autonomy of crimes against humanity was recognized in subsequent legal instruments which did not include this [connection with hostilities] requirement”.

⁴⁸ *Supra* noot 22.



bijvoorbeeld marteling, moord of verkrachting kunnen als misdrijf tegen de menselijkheid worden bestempeld wanneer ze op een massale schaal of als deel van een vooropgezet plan zijn begaan. Hoewel op basis van de voor dit advies gebruikte gegevens niet kan worden geconcludeerd dat er in Argentinië inderdaad sprake van een dergelijke systematische liquidatie van personen en groepen, lijkt dit niet uitgesloten.

1.3. Oorlogsmisdrijven

1.3.1. Twee categorieën

Oorlogsmisdrijven vormen een zelfstandige categorie internationale misdrijven, gescheiden van foltering en misdrijven tegen de menselijkheid. Het internationale recht onderscheidt twee categorieën oorlogsmisdrijven: misdrijven begaan in internationale oorlogen en misdrijven begaan in zogenaamde ‘interne gewapende conflicten’. De eerste categorie is voor het onderhavige onderzoek niet van belang nu Argentinië immers niet verwickeld was in een interstatelijke oorlog. Hieronder wordt de tweede categorie besproken, en wordt ingegaan op de volgende vragen. Welke normen van oorlogsrecht zijn van toepassing op de situatie van een ‘intern gewapend conflict’ en wanneer is er sprake van een dergelijk conflict?

1.3.2. Toepasselijke normen in interne conflicten

Vanaf de dertiger jaren is een ontwikkeling te bespeuren die het onderscheid tussen internationale en interne gewapende conflicten voor de toepassing van het humanitair oorlogsrecht doet vervallen.⁴⁹ Deze ontwikkeling hangt samen met een aantal factoren, waarbij de opkomst van de mensenrechten een belangrijke rol speelt.⁵⁰

Een belangrijke verdragsrechtelijke bron van humanitair oorlogsrecht in interne conflicten vormen het gemeenschappelijk artikel 3 van de vier Geneefse Verdragen uit 1949 en het tweede Additionele Protocol bij dit verdrag uit 1977.⁵¹ Gemeenschappelijk Artikel 3 geeft een reeks geboden die zien op de bescherming van gevangenen, gewonden, zieken en de niet-actieve burgerbevolking in een intern gewapend conflict. Argentinië was in de jaren zeventig

⁴⁹ Joegoslavië Tribunaal in *Furundzija* (IT-95-17/1), 10 december 1998, §132: “It is immaterial whether the breach occurs within the context of an international or an internal context”.

⁵⁰ Zie voor andere factoren die hieraan ten grondslag hebben gelegen: Joegoslavië Tribunaal in *Tadic* (IT-94-1), 2 oktober 1995, § 97.



partij bij dit verdrag, en was derhalve als staat gebonden aan deze normen. Dit zegt echter nog niets over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van individuen voor schending van Gemeenschappelijk Artikel 3. De Verdragen van 1949 zwijgen daarover. Deze aansprakelijkheid kan echter ook voortvloeien uit het volkenrechtelijk gewoonterecht.⁵²

Het Internationaal Gerechtshof heeft in de Nicaragua zaak ondubbelzinnig bepaald dat het Gemeenschappelijk Artikel 3 de status van volkenrechtelijk gewoonterecht bezit.⁵³ Het Joegoslavië Tribunaal heeft voorts vastgesteld in de zaak *Tadic* dat internationaal gewoonterecht individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid voor ernstige schendingen van Gemeenschappelijk Artikel 3 met zich mee brengt.⁵⁴

Van belang voor dit onderzoek is echter de vraag of dit ook reeds het geval was aan het eind van de zeventiger jaren.

Het Joegoslavië Tribunaal baseerde de hiervoor vermelde conclusie voornamelijk op een analyse van de statenpraktijk en *opinio iuris*.⁵⁵ De door het Tribunaal aangehaalde praktijk stamt voor een groot deel uit het begin van de jaren '90, maar bevat ook voorbeelden uit de jaren zeventig. Hierbij dient echter te worden aangetekend dat, gegeven de recente praktijk, het voor het Tribunaal niet nodig was oudere praktijk te onderzoeken. Opgemerkt dient voorts te worden dat de conclusie van het Tribunaal mede werd gegrond op de overweging dat de beginselen van het internationale humanitaire recht 'elementary considerations of humanity' weerspiegelen⁵⁶ - een overweging die in 1976 even veel gelding had.

Tegen deze achtergrond kan de voorzichtige conclusie worden getrokken dat enkele regels van het humanitair oorlogsrecht hoogstwaarschijnlijk deel uit hebben gemaakt van het volkenrechtelijke gewoonterecht in de late jaren zeventig. Het betreft normen die in het Gemeenschappelijk Artikel 3 van de Geneefse Verdragen en het tweede Additionele Protocol

⁵¹ Trb.1951, 72, Trb.1954, 247, 248, 249 (Verdragen); Trb.1978, 42; Trb.1980, 88 (Additionele Protocolen).

⁵² Zie H. McCoubrey, 'International Humanitarian Law', hoofdstuk 9 en essay van M. Bothe ('War Crimes in Non-International Armed Conflicts') in Y. Dinstein, M. Tabory (eds), 'War Crimes in International Law', Den Haag 1996.

⁵³ 'Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua', [1986] I.C.J. Rep. 14.

⁵⁴ (IT-94-1), 2 October 1995, § 134.

⁵⁵ *Idem*, § 130-133, § 134.

⁵⁶ *Idem*, § 130.



zijn gecodificeerd, en die strekken ter bescherming van de niet-actieve burgerbevolking en gevangenen, zieken en gewonden in een intern gewapend conflict.

1.3.4. Het bestaan van een intern gewapend conflict

Van bepalend belang voor de toepasselijkheid van de voorafgaande conclusie is de vraag of er sprake is van een dergelijk intern gewapend conflict. Het Joegoslavië Tribunaal interpreteert de term ‘armed conflict’ als volgt:

“We find that an armed conflict exists whenever there is resort to armed force between states or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a state”.⁵⁷

Het tweede Additionele Protocol bij de Geneefse Verdragen bepaalt in art.1(1) dat onder interne gewapende conflicten verstaan moeten worden:

“all armed conflicts...[not covered by art. 1 of the First Additional Protocol...relating to... International Armed conflicts]...which take place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement [Protocol II]”.

Dat de dissidente groep ‘under responsible command’ moet zijn betekent volgens McCoubrey dat er sprake moet zijn van een “hierarchical chain of command responsibility under some ultimate directing authority”.⁵⁸ Buiten het bereik van het Protocol zijn volgens artikel 1(2) “situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature”.

De interpretatie van een ‘intern gewapend conflict’ door het Joegoslavië Tribunaal impliceert een ruimer toepassingsbereik dan de omschrijving daarvan in het tweede Additionele Protocol. Vast lijkt te staan dat voor zover in het gewoonterecht individuele aansprakelijkheid wordt aangenomen voor schendingen van humanitair recht, dit normen betreft welke geen

⁵⁷ *Tadic* (IT-94-1), 2 oktober 1995, §70. Zie tevens Joegoslavië Tribunaal in *Furundzija* (IT-95-17/1), 10 december 1998, §59.

⁵⁸ McCoubrey, *supra* noot 52, p.254.



deel uitmaken van Protocol II. De relevante drempel lijkt derhalve die van Gemeenschappelijk Artikel 3 te zijn, dan wel de drempel zoals geformuleerd door het Joegoslavië Tribunaal.

Het is echter zeer de vraag of de situatie tijdens het bewind van Videla beantwoordt aan zelfs de beschrijving van het Joegoslavië Tribunaal. Hoewel het gewapend conflict volgens het Tribunaal niet per se tussen de staat en één georganiseerde groep moet plaatshebben, moet er toch sprake zijn van een langdurige strijd. Het is niet erg waarschijnlijk dat de situatie tijdens het bewind van Videla als geheel als een dergelijke strijd kan worden gekwalificeerd.

Het is nog minder waarschijnlijk dat de situatie kan worden gekwalificeerd als een intern gewapend conflict in de zin van het tweede Additionele Protocol, aangezien er volgens die omschrijving sprake moet zijn van één professioneel georganiseerde en bewapende groep die een langdurige strijd tegen de staat levert. Uit het beperkt beschikbare feitenmateriaal moet worden afgeleid dat het doel van de Argentijnse regering niet zozeer was gericht op de bestrijding van één bepaalde dissidente groepering, als wel op de liquidatie van ‘alle gevaarlijke elementen, niet slechts communisten, maar ook linkse peronisten, anarchisten, studentenleiders en vakbondsleiders’.⁵⁹ Met andere woorden, alle lieden die in de ogen van de regering een potentieel gevaar voor de staat opleverden.⁶⁰

Toch kan niet worden uitgesloten dat bepaalde momenten tijdens dit regime wél als een intern gewapend conflict kunnen worden aangemerkt. De periode kort na de staatsgreep, die niet zonder geweld gepaard is gegaan, komt hiervoor mogelijk in aanmerking. Kort na deze staatsgreep werd de staat van Beleg afgekondigd. Dit geldt mogelijk ook voor momenten tijdens het regime waarin de zittende regering werd geteisterd door aanslagen. Bovendien heeft de regering zélf altijd beweerd dat het een oorlog voerde tegen de ‘subversieve elementen’. Deze factoren maken dat de categorie oorlogsmisdrijven niet zonder meer kan worden uitgesloten voor de kwalificatie van handelingen die door of namens de regering-Videla zijn begaan.

⁵⁹ Mies Bouwhuis, ‘Voorspel’, ongepubliceerd.

⁶⁰ “...de ‘gevaarlijke’ categorieën (...): de gehele rechterlijke macht, advocaten, journalisten, psycho-analytici, studenten, kunstenaars, leiders van groepen die streven naar sociale veranderingen”., idem.



1.3.5. Conclusie

Op grond van de hiervoor vermelde overwegingen is het niet uitgesloten dat er tijdens het bewind van Videla delicten zijn begaan die kunnen worden gekwalificeerd als oorlogsmisdrijven. Veel hangt af van de vraag of de situatie in die jaren kan worden gekwalificeerd als een 'intern gewapend conflict' en of individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid voor schendingen van het humanitair oorlogsrecht in die periode reeds deel uitmaakte van het gewoonterecht.



HOOFDSTUK 2 VORMEN VAN AANSPRAKELIJKHEID

De positie van lid van een regering die verantwoordelijk was voor misdrijven kan aanleiding geven tot verschillende strafrechtelijke verwijten aangaande die misdrijven. Hieronder zullen drie vormen van aansprakelijkheid worden besproken: samenspanning (*conspiracy*), waarbij het om de overeenkomst tot een misdrijf gaat; deelneming aan een misdrijf (*complicity*), dat zowel door handelen als door nalaten kan geschieden en strafbare nalatigheid (*criminal negligence*), waarvan sprake is indien geen gevolg wordt gegeven aan een plicht om handelend op te treden die vanwege de positie op iemand rust.

Deze ‘secundaire’ vormen van strafrechtelijke aansprakelijkheid zijn alle een afgeleide van het gewone daderschap: het feitelijke plegen van het misdrijf. Aangezien er geen aanwijzingen zijn dat Zorreguieta zich aan het plegen van één van de misdrijven heeft schuldig gemaakt, wordt deze vorm van strafrechtelijke aansprakelijkheid in dit advies niet afzonderlijk besproken. Er wordt slechts naar verwezen in het kader van de bespreking van de drie afgeleide vormen van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Van iedere aansprakelijkheidsvorm zal niet alleen de inhoud van het concept behandeld worden, maar tevens de status die deze vorm in het internationaal recht had in de periode waarop dit advies ziet (1976-1983). Het verdient hierbij opmerking dat de scheidslijnen tussen deze verschillende figuren moeilijk te trekken zijn: veelal is het niet direct duidelijk onder welke van de verschillende vormen van aansprakelijkheid een gedraging geschaard moet worden. Een zekere overlapping tussen deze drie figuren lijkt vaak aanwezig.

2.1. Conspiracy

De van oorsprong Angelsaksische strafbaarstelling van *conspiracy* (samenspanning) ziet op de overeenkomst tussen verschillende personen om een strafbaar feit te plegen. In tegenstelling tot deelneming (*complicity*), is de strafbaarheid van samenspanning in beginsel



niet gebonden aan de uitvoering van het plan: de samenspanning zelf is een afzonderlijk misdrijf.⁶¹

Dit karakter van de samenspanning komt tot uiting in het Handvest van het Neurenberg Tribunaal, dat eveneens duidelijk maakt dat samenspanning verregaande aansprakelijkheid met zich meebrengt:

“Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such a plan”.⁶²

Het is zeer twijfelachtig of samenspanning in het internationale recht ook bestraft kan worden als aan de overeenkomst tot misdrijf verder geen gevolg wordt gegeven. In het nationale recht van de Angelsaksische landen is dit wel het geval. In het internationale recht lijkt de strafbaarheid van samenspanning gebonden te zijn aan (tenminste een begin van) uitvoering van het overeengekomen misdrijf. Dit idee ligt althans ten grondslag aan de uitspraak van het Neurenberg Tribunaal en is eveneens terug te vinden in de ‘ILC Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind’ uit 1996.⁶³

Om strafbaar te zijn wegens samenspanning is niet vereist dat de betrokkene een actieve rol is toebedacht bij het plegen van het misdrijf, noch hoeft hij vanaf het begin van de samenspanning erbij betrokken te zijn. Evenmin is het nodig dat alle betrokkenen elkaar kennen, de overeenkomst tot samenspanning uitdrukkelijk tot stand komt of deze gedetailleerd is uitgewerkt. Het gaat om de overeengekomen intentie tot het plegen van strafbare feiten.

Typerend is deze uitspraak in de Amerikaanse rechtszaak *United States v. Black*:

⁶¹ Zie over de rechtsfiguur van conspiracy: M.J.H.J. De Vries-Leemans, ‘Art. 140 Wetboek van Strafrecht, een onderzoek naar de strafbaarstelling van deelneming aan misdaadorganisaties’, Arnhem 1995, § 7.3; G.P.M.F. Mols, ‘Strafbare samenspanning, een rechtshistorisch en rechtsvergelijkend onderzoek’, Arnhem 1982, hoofdstuk V.

⁶² Artikel 6 van het Handvest.

⁶³ Artikel 2 van deze Draft Code, die werd opgesteld door de International Law Commission, behelst onder andere strafbaarheid voor “planning or conspiring to commit such a crime which in fact occurs”.



“The conspirators need not know each other nor be privy to the details of each enterprise comprising the conspiracy... as long as the evidence is sufficient to show that each defendant possessed full knowledge of the conspiracy’s general purpose and scope”.⁶⁴

Na afloop van de Tweede Wereldoorlog werden de belangrijkste Nazi’s door het Neurenberg Tribunaal berecht, onder andere omdat zij samen met organisaties als de S.S. en de Gestapo betrokken waren bij een ‘common plan or conspiracy to commit Crimes against Humanity’.⁶⁵ Hierbij dient echter bedacht te worden dat deelname aan een dergelijk plan op zichzelf niet voldoende grond voor strafbaarheid is, zelfs niet als dat gebeurt middels lidmaatschap van een crimineel verklaarde organisatie zoals de S.S.. Om vervolgd te kunnen worden zal de betrokkene tenminste op de hoogte moeten zijn van de strafbaarheid van het overeengekomen plan.⁶⁶

De strafbaarheid van samenspanning is niet alleen geformuleerd in het Handvest van het Neurenberg Tribunaal en in de versie uit 1954 van de ‘ILC Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind’, maar tevens in Nuremberg Principle VI en het Genocideverdrag uit 1948.⁶⁷ Er lijkt dan ook in belangrijke mate steun aanwezig voor de stelling dat deze aansprakelijkheidsvorm voldoende tot ontwikkeling was gekomen om in de besproken periode van toepassing te zijn.

Of leden van de regering-Videla wegens samenspanning strafbaar kunnen worden geacht wordt zoals gezegd in dit advies niet vastgesteld. In algemene zin kan echter worden opgemerkt dat een lid als regeringsfunctionaris strafbaar bevonden kan worden aan samenspanning tot misdrijf indien hij zich willens en wetens heeft aangesloten bij een plan waarvan hij wist dat de algemene strekking ervan onder internationaal recht strafbaar was, zelfs als dit plan al veel eerder tot stand was gekomen en de te plegen misdrijven niet specifiek waren uitgewerkt. Aan dit plan moet vervolgens wel gevolg zijn gegeven.

In concreto zou het Decreet van 2 juni 1976 om verschillende organisaties te vernietigen door de fysieke eliminatie van hun leden een dergelijke samenspanning op kunnen leveren, in het

⁶⁴ United States v. Black (685 F.2d 132, 134 - 5th Cir. 1982). Geciteerd in: Paust e.a., ‘International Criminal Law - Cases and Materials’, Durham 1996, p.878.

⁶⁵ International Military Tribunal at Nuremberg, Indictment Number 1: zie Paust e.a., *supra* noot 64, p.1028.

⁶⁶ Paust, ‘My Lai and Vietnam’, 57 Mil. L. Rev. 99, 165 (1972). Uit: Paust e.a., *supra* noot 64, p.26.

⁶⁷ Artikel III, § (b).



bijzonder samenspanning tot het plegen van een misdrijf tegen de menselijkheid. Indien een lid van de regering zich tijdens het uitvaardigen van dit decreet daarbij niet betrokken kan worden geacht, kan hem toch samenspanning tot het begaan van een misdrijf tegen de menselijkheid, dan wel samenspanning tot foltering, verweten worden als hij zich later als minister of staatssecretaris met dit plan verenigd heeft, bijvoorbeeld door de eed als minister af te leggen op de wetten van het land of de suprematie van het militaire gezag in de wetenschap dat hij daarmee dit decreet steunde.

2.2. *Complicity*

Op basis van een lange reeks precedents vanaf de Tweede Wereldoorlog werd *complicity* door het Joegoslavië Tribunaal uitgelegd als ‘supporting the actual commission before, during, or after the incident’. Aanwezigheid bij het daadwerkelijke begaan van de daad is niet vereist. Wel moet er volgens het Tribunaal sprake zijn van een direct en substantieel effect op de voltrekking van het misdrijf. Een direct en substantieel effect kan ook uitgaan van een ogenschijnlijk minimale bijdrage.⁶⁸ Als hieraan voldaan is, zal de betrokkene verantwoordelijk worden gehouden voor alles wat normaal gesproken voortvloeit uit de daad (‘all that naturally results’).⁶⁹

Actieve betrokkenheid is niet noodzakelijk. Van een direct en substantieel effect is ook sprake als de betrokkene door zijn gedrag of aanwezigheid (zelfs achteraf) de anderen extra vertrouwen inboezemt, of door zijn nalaten in te grijpen een rol heeft gespeeld in de

⁶⁸ Zie Joegoslavië Tribunaal in *Blaskic* (IT-95-14), 3 maart 2000, § 271: “The aiding and abetting need not have been a *conditio sine qua non* for the actual perpetration of the offence. Nor is a pre-existing plan between the aider and abettor and the perpetrator required. The assistance may be provided before, after (even without prior agreement) or during the commission of the crime. Proof is not required that the aider and abettor actually participated in or that he was present during the physical perpetration of the crime. Both acts and omissions may constitute a form of aiding and abetting, at least in circumstances where the omission is in breach of a duty to act. The aiding and abetting need not assume the provision of tangible or practical assistance but may also consist in giving encouragement or moral or psychological support to the perpetrator of the crime through words or attitude or even by merely being present at the crime scene”.

⁶⁹ Zie Joegoslavië Tribunaal in *Tadic* (IT-94-1), 7 mei 1997, § 691 en 692: “However, actual physical presence when the crime is committed is not necessary; just as with the defendants who only drove victims to the woods to be killed, an accused can be considered to have participated in the commission of a crime based on the precedent of the Nuremberg war crimes trials if he is found to be “concerned with the killing”. However, the acts of the accused must be direct and substantial. In sum, the accused will be found criminally culpable for any conduct where it is determined that he knowingly participated in the commission of an offence that violates international humanitarian law and his participation directly and substantially affected the commission of that offence through supporting the actual commission before, during, or after the incident. He will also be responsible for all that naturally results from the commission of the act in question”.



verwezenlijking van het misdrijf.⁷⁰ De autoriteit van de betrokkene is daarbij een factor van belang.⁷¹

Het internationaal recht kent immers niet alleen verantwoordelijkheid voor misdrijven toe aan daders die actief handelen, maar ook aan betrokkenen die hadden moeten ingrijpen en dit nalieten. Dit principe van *guilt by omission* gaat terug tot de Tweede Wereldoorlog en was naar alle waarschijnlijkheid al voldoende tot ontwikkeling gekomen om op het Argentijnse regime van toepassing verklaard te kunnen worden. De praktijk met betrekking tot de figuur van *complicity* door handelen kent overigens een dermate lange geschiedenis dat er geen reden is aan de toepasselijkheid van deze vorm te twijfelen.⁷²

Het antwoord op de vraag of een nalaten tot strafbaarheid leidt, is sterk afhankelijk van de hoedanigheid van de persoon in kwestie. Wie een leidinggevende positie bekleedt - *de iure* of *de facto* - zal zich eerder verplicht moeten voelen om in te grijpen dan degenen die onderaan de ladder staan. Het is echter ook niet zo dat alleen leidinggevendens bestraft kunnen worden voor hetgeen zij nalaten.⁷³

Ook betrokkenen die geen leidinggevende functie vervullen kunnen vervolgd worden voor passieve betrokkenheid bij misdrijven - eveneens een vorm van *complicity*. Zo werd in de *Borkum Island* zaak niet alleen een Duitse commandant veroordeeld maar ook zijn ondergeschikten, omdat zij in 1944 hadden nagelaten in te grijpen toen krijgsgevangenen in hun aanwezigheid werden aangevallen en gedood door de burgerbevolking.⁷⁴

⁷⁰ Zie Joegoslavië Tribunaal in *Furundzija*, 10 december 1998 (IT-95-17/1), § 202 e.v.

⁷¹ Zie bijvoorbeeld de uitspraak in de zaak *Akayesu*, een *bourgmestre* die berecht werd door het Rwanda-tribunaal (96-4-T, § 692): “The Tribunal finds, under Article 6(1) of its Statute, that the Accused, having had reason to know that sexual violence was occurring, aided and abetted the following acts of sexual violence, by allowing them to take place on or near the premises of the bureau communal and by facilitating the commission of such sexual violence through his words of encouragement in other acts of sexual violence which, by virtue of his authority, sent a clear signal of official tolerance for sexual violence, without which these acts would not have taken place”.

⁷² In het VN Folteringverdrag wordt *complicity* uitdrukkelijk als strafbare vorm van foltering genoemd, zie artikel 4(2) van dit verdrag.

⁷³ Zie Paust e.a., *supra* noot 64, p.29: “Past cases clearly demonstrate that one need not have command authority to violate standards of criminal complicity” - in reactie op het argument dat Amerikaanse adviseurs die nalieten hun Vietnamese bondgenoten aan te spreken op schendingen van oorlogsrecht niet strafbaar waren omdat zij geen hogere positie bekleedden.

⁷⁴ *USA vs Kurt Goebell et al*, zaak nr. 12-489. Uit: Paust e.a., *supra* noot 64, p.27.



Wanneer er precies een plicht bestaat om in te grijpen is niet eenduidig vast te stellen. Aanwezigheid bij een misdrijf of lidmaatschap van een betrokken groep kan op zichzelf in ieder geval nooit voldoende zijn om strafbaarheid vast te stellen. Paust e.a. stellen echter: “nonetheless, a person may be guilty of international crime for such person’s failure properly to supervise the conduct of others or to take reasonable action to prevent violations of international law”.⁷⁵ Daarvoor zal wel bewezen moeten worden dat de betrokkene wetenschap van en opzet op de misdrijven had, en er van zijn rol in het geheel enig effect op de voltrekking van de misdrijven uitging.

Op grond van voorgaande bevindingen is het niet uitgesloten dat een lid van de regering kan worden aangemerkt als deelnemer aan gepleegde misdrijven als foltering en misdrijven tegen de menselijkheid. Door in de regering zitting te nemen en het beleid van de junta te ondersteunen en verdedigen raakte hij betrokken bij de misdrijven die als gevolg van dit beleid gepleegd werden. Bovendien kan hij ook betrokken zijn geraakt door bewust geen actie te ondernemen. In beide gevallen is wel vereist dat hij van de misdrijven op de hoogte was en er van zijn betrokkenheid enig effect uitging. Of daarvan in casu sprake was kan in het kader van dit advies niet worden vastgesteld.

2.3. Criminal negligence

Voor leiders geldt zoals gezegd een lagere aansprakelijkheidsdrempel dan voor personen die geen leidinggevende functie bekleden. Ook voor gedrag dat niet te kenschetsen is als *complicity*, waarvoor tenminste wetenschap van en effect op de begane misdrijven bewezen moet worden, kunnen zij vervolgd worden. Leiders kunnen namelijk tevens aansprakelijk gesteld worden voor *criminal negligence* of *dereliction of duty*.⁷⁶ Bij deze vorm van strafbare nalatigheid, die een lange historie kent,⁷⁷ hoeft vaak niet eens bewezen te worden dat de leider van de misdrijven op de hoogte was.

⁷⁵ Paust e.a., *supra* noot 64, 30.

⁷⁶ Het Statuut voor het Joegoslavië Tribunaal bevat een expliciete bepaling over strafbaarheid door nalaten voor leidinggevend. Dit Statuut wordt doorgaans beschouwd als een weergave van het bestaande internationale recht, zij het dat het op sommige punten terughoudender is dan nodig lijkt. Zie hierover: M. Cherif Bassiouni en P. Manikas, ‘The law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia’, p.252 (1996).

⁷⁷ Op dit punt heeft zich sinds de Tweede Wereldoorlog een omvangrijke praktijk ontwikkeld. Zie: W.A. Schabas, ‘General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute (Part III)’ in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, volume 6, issue 4, 1998: p.400, 416.



Het is met betrekking tot een *militaire* leidinggever afdoende als bewezen wordt dat voldaan is aan wat bekend staat als het gewoonterechtelijke ‘should have known’-vereiste. Dit betekent dat een leidinggevende strafrechtelijke verantwoordelijkheid draagt als hij (1) op enig moment kennis had of had moeten hebben van het gepleegde misdrijf van een ondergeschikte, (2) de gelegenheid had om stappen te ondernemen en (3) naliet om in actie te komen ter voorkoming van het misdrijf of bestraffing van de daders.⁷⁸

De praktijk met betrekking tot *civiele* leiders is nauwelijks minder stevig gefundeerd. Dat het leerstuk van *criminal negligence* ook op hen van toepassing is, kan met enige zekerheid worden aangenomen.⁷⁹ Dit is een ontwikkeling die met name de laatste jaren vaste vorm heeft aangenomen, onder andere door de aandacht van de ad hoc tribunalen voor dit punt.⁸⁰ Ook het statuut van het Permanente Strafhof (1998), dat kan worden beschouwd als codificatie van gewoonterecht, maakt een onderscheid tussen civiele en militaire leiders met betrekking tot aansprakelijkheid als gevolg van *criminal negligence*.⁸¹ Het bewijs voor de strafbaarheid van een civiele leider moet echter aan hogere eisen voldoen dan voor een militaire leider. Er moet niet alleen worden aangetoond dat een redelijk mens in zijn positie op de hoogte zou zijn geweest van de begane misdrijven, maar tevens moet worden bewezen dat de beschuldigde er daadwerkelijk vanaf wist of bewust duidelijke aanwijzingen van strafbaar gedrag negeerde.

Voorts is kennis alleen voor strafbaarheid niet voldoende: ook een civiele leider moet in de gelegenheid zijn geweest de misdrijven te voorkomen of bestraffen om er medeverantwoordelijk voor te worden. Dit vereist echter niet per definitie een formeel superieure positie. Het Joegoslavië Tribunaal oordeelde na bestudering van het internationale gewoonterecht dat feitelijke invloed, zelfs informeel, voldoende kan zijn om verantwoordelijkheid met zich mee te brengen.⁸²

⁷⁸ Zie Paust e.a., *supra* noot 64, p.30. Gelijke bewoordingen zijn te vinden in artikel 7 van het Statuut voor het Joegoslavië Tribunaal en in de aanklacht tegen Karadzic en Mladic van 24 juli 1995 (zie bijvoorbeeld § 32, 35, 36 en 39).

⁷⁹ Zie Schabas, *supra* noot 77, p.416.

⁸⁰ Joegoslavië Tribunaal in *Celebici* (IT-96-21), §377: “...the Trial Chamber accordingly shares the view expressed by the International Law Commission that the doctrine of superior responsibility extends to civilian superiors only to the extent that they exercise a degree of control over their subordinates which is similar to that of military commanders”.

⁸¹ Zie C. Kress, ‘Die Kristallisation eines Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts: Die Allgemeinen Prinzipien des Strafrechts im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs’, 12 *Humanitäres Völkerrecht* p.4, 9 (1999).

⁸² *Celebici*, 16 november 1998 (IT-96-21), § 376 e.v.: “The cases imposing responsibility for failure to act on civilians occupying positions of authority, also indicate that such persons may be held liable for crimes committed by persons over whom their formal authority under national law is limited or non-existent”.



In tegenstelling tot het korte bestaan van de codificatie loopt de jurisprudentie over de strafbaarheid van civiele leiders terug tot tenminste de Tweede Wereldoorlog. Vooral van belang zijn enkele uitspraken van het ‘International Military Tribunal for the Far East’ (Tokyo Tribunaal). In *Trial of Koiso* werd de voormalige Premier van Japan Koiso veroordeeld wegens ‘deliberate disregard of his duty’, omdat het gezien zijn positie zeer onwaarschijnlijk was dat hij niet op de hoogte was van de slechte behandeling van krijgsgevangenen, en hij weliswaar om een onderzoek had gevraagd maar verder geen actie had ondernomen en ook niet was teruggetreden.⁸³

De vraag in hoeverre ‘passieve’ leden van de regering strafbaar kunnen worden geacht, wanneer gevangenen tijdens die regeringsperiode op grote schaal hebben blootgestaan aan ‘ill-treatment’, is door dit Tribunaal in 1948 als volgt beantwoord:

“A member of a cabinet which collectively, as one of the principal organs of the Government, is responsible for the care of prisoners is not absolved from responsibility if, having knowledge of the commission of the crimes in the sense already discussed, and omitting or failing to secure the taking of measures to prevent the commission of such crimes in the future, he elects to continue as a member of the Cabinet. This is the position even though the Department of which he has the charge is not directly concerned with the care of prisoners. A Cabinet member may resign. If he has knowledge of ill-treatment of prisoners, is powerless to prevent future ill-treatment, but elects to remain in the Cabinet thereby continuing to participate in its collective responsibility for protection of prisoners he willingly assumes responsibility for any ill-treatment in the future.”⁸⁴

Hoewel deze uitspraak op ondubbelzinnige wijze de strafbaarheid van een minister impliceert, is zij niet zonder meer van toepassing op een casus uit de jaren zeventig. Zo is het zeer de vraag of dit vonnis een weergave van het toenmalige gewoonterecht inhield.⁸⁵ Hoewel uitspraken van het Tokyo Tribunaal een belangrijke rechtsbron vormen, zijn in de internationale noch nationale jurisprudentie zaken bekend waarin een lid van een regering op

⁸³ II Judgment of the International Military Tribunal for the Far East op 1778 (1948), geciteerd in: Paust e.a., *supra* noot 64, p.41.

⁸⁴ Geciteerd in: Paust e.a., *supra* noot 64, p.33.

⁸⁵ Eén van de zittende rechters in dezelfde zaak kon zich niet verenigen met de meerderheidsopvatting, en stelde in een ‘dissenting opinion’: “It must be stated, however, that it seems that the judgment goes too far where it assumes the responsibility of every member of the government for the atrocities committed in the field...” Zie Paust e.a., *supra* noot 64, p.34.



dergelijke gronden is veroordeeld. Daarnaast dient te worden opgemerkt dat bovenstaande zaken steeds handelden om de verantwoordelijkheid van leden van een regering ten tijde van oorlog. Het is aannemelijk dat de verantwoordelijkheden van een regering in oorlogstijd anders liggen dan in vreedstijd, temeer daar een regering in oorlogstijd doorgaans het hoogste bevel over de strijdkrachten voert.

Desalniettemin lijkt deze jurisprudentie relevant. In de eerste plaats is het niet uitgesloten dat het principe dat men door niet terug te treden verantwoordelijkheid aanvaardt voor te verwachten (voortdurende van) misstanden - zelfs als de betrokkene niet bij machte is deze te voorkomen - ook buiten oorlogssituaties toepassing vindt. Hetzelfde geldt voor het principe dat geen beroep kan worden gedaan op de 'onschuldige' taak van het departement om verantwoordelijkheid als lid van de regering af te wijzen.⁸⁶

In de tweede plaats is het mogelijk dat de regering van Argentinië ten tijde van de junta bijzondere verantwoordelijkheden had die sterke parallellen vertonen met de positie van een oorlogskabinet. Immers, bij het aantreden van Zorreguieta verkeerde Argentinië al in de Staat van Beleg en was het recht om het land te verlaten opgeschort. Snel na zijn beëdiging werden alle politieke activiteiten verboden.

Indien de situatie in Argentinië gedurende de gehele periode dan wel gedurende afzonderlijke perioden gekwalificeerd kon worden als een intern gewapend conflict in de zin van Gemeenschappelijk Artikel 3 van de Geneefse Verdragen van 1949⁸⁷ vloeit een dergelijke verplichting voort uit het humanitair recht.⁸⁸

Maar ook als er geen sprake is van een intern gewapend conflict kan het nalaten in te grijpen ter voorkoming van internationale misdrijven door of namens de regering leiden tot individuele aansprakelijkheid. De vraag wanneer deze aansprakelijkheid ontstaat, is echter niet eenduidig vast te stellen.

⁸⁶ Zie citaat International Military Tribunal for the Far East, p.31. Met betrekking tot de strafbaarheid van de rol die Zorreguieta had als staatssecretaris ten tijde van de regering-Videla is relevant dat Zorreguieta als bestuurder uit de Landbouwsector een invloedrijk persoon was, mede gezien de cruciale positie die deze bedrijfstak in Argentinië innam.

⁸⁷ *Supra*, noot 51.

⁸⁸ Zie bijvoorbeeld: L. Zegveld, 'Armed Opposition Groups in International Law: The Quest for Accountability', Rotterdam 2000; Michael Bothe e.a., 'New Rules for Victims of Armed Conflicts', Den Haag/Boston/Londen 1982.



Het Tokyo Tribunaal gaat hierin het verst wanneer het stelt dat leden van de regering van een staat in welks naam internationale misdrijven worden gepleegd individueel aansprakelijk zijn, zelfs als ze niet op de hoogte waren van de misdrijven. Het Joegoslavië Tribunaal komt in de zaak *Celebici* na een uitvoerige bespreking van de jurisprudentie met een ietwat terughoudender oordeel.⁸⁹ In deze uitspraak wordt een overzicht gegeven van de ontstaansgeschiedenis van individuele aansprakelijkheid in het kader van het leerstuk van de *command responsibility*, een geschiedenis die teruggaat tot de Haagse Conventies van 1907.⁹⁰ Het Joegoslavië Tribunaal bevestigt in deze uitspraak de toepasselijkheid van dit leerstuk met betrekking tot de aansprakelijkheid voor civiele leiders in het algemeen. Het Tribunaal laat zich echter in het geheel niet uit over de aansprakelijkheid van leden van de regering als zodanig. De voornaamste conclusie die het trekt is dat het leerstuk van *command responsibility* toepasselijk is op civiele leiders met een vergelijkbare macht als een militaire leider.

Een en ander leidt tot de conclusie dat alleen het Tokyo Tribunaal ertoe is overgegaan individuele aansprakelijkheid te aanvaarden voor een (ten aanzien van de gepleegde misdrijven) passief lid van de regering. Hoewel het Joegoslavië Tribunaal wel de toepasselijkheid van het leerstuk van de *command responsibility* heeft aanvaard met betrekking tot civiele leiders, acht het Tribunaal de voorwaarden waaronder een civiele leider individueel strafrechtelijk aansprakelijk is aanzienlijk stringenter dan die door het Tokyo Tribunaal gehanteerd worden. Zo moet de positie van de civiele leider volgens het Joegoslavië Tribunaal vergelijkbaar zijn met die van een militaire leider. Het Statuut voor het Permanente Strafhof (1998) bepaalt voorts dat een civiele leider eerst individueel

⁸⁹ *Celebici*, 16 november 1998 (IT-96-21), § 333 e.v., culminerend in de conclusie: “That military commanders and other persons occupying positions of superior authority may be held criminally responsible for the unlawful conduct of their subordinates is a well-established norm of customary and conventional international law”.

⁹⁰ Hierbij moet bedacht worden dat *criminal negligence* een vorm is van *command responsibility*. Deze laatste term verwijst naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een superieur voor daden van zijn ondergeschikten. Deze aansprakelijkheid kan ontstaan door handelen (geven van een bevel, aanmoedigen) of nalaten van de superieur. Waar over het ontstaan van *command responsibility* wordt gesproken, wordt dus tevens de ontstaansgeschiedenis van *criminal negligence* belicht. Later is men de actieve en passieve vorm van *command responsibility* meer gescheiden gaan behandelen. Zo bespreekt artikel 86 van het Eerste Protocol bij de Geneefse Conventies uit 1977, dat van toepassing is op internationale gewapende conflicten, uitsluitend de passieve vorm (*failure to act*). Ook in het Statuut van het Internationaal Strafhof worden de actieve en passieve vorm van elkaar gescheiden: het geven van opdrachten en aanmoedigingen is strafbaar onder artikel 25 van het Statuut, terwijl *criminal negligence* strafbaar is gesteld in het reeds genoemde artikel 28.



aansprakelijk is indien hij daadwerkelijke wetenschap had van de gepleegde misdrijven. Hiermee wordt de drempel nog iets hoger gelegd.

Buiten de rechtspraak van het Tokyo Tribunaal is er derhalve geen steun voor de stelling dat lidmaatschap aan een regering die zich schuldig maakt aan internationale misdrijven, op zichzelf strafbaarheid in het volkenrecht impliceert. De overige bronnen verbinden aan individuele aansprakelijkheid van een civiele leider tenminste de voorwaarde dat de positie van deze leider vergelijkbaar is met die van een militaire leider.



HOOFDSTUK 3 SCHULD- EN STRAFUITSLUITINGSGRONDEN

In dit hoofdstuk wordt een aantal schuld- en strafuitsluitingsgronden besproken welke relevant kunnen zijn voor de beoordeling van de strafbaarheid van leden van een regering.

3.1. Immuniteit van regeringsleden

De positie van regeringsdeelnemer verschaft op zichzelf geen immuniteit tegen vervolging voor daden die in het internationale recht als strafbaar worden beschouwd. Dit werd in 1950 geformuleerd door de ILC en was daarvoor al bevestigd door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties in de Nuremberg Principles. Principle III luidt:

‘The fact that a person who committed an act which constitutes a crime under international law acted as Head of State or responsible Government official does not relieve him from responsibility under international law.’⁹¹

Sindsdien is dit principe meermalen bevestigd in verschillende bronnen. In 1995 oordeelde het Joegoslavië Tribunaal hierover:

“...the principle of individual criminal responsibility of persons in positions of authority has been reaffirmed in a number of decisions taken by national courts, and adopted in various national and international legal instruments. It follows from the above principle that the official capacity of an individual even de facto in a position of authority - whether as military commander, leader, or as one in government - does not exempt him from criminal responsibility and would tend to aggravate it; and, moreover, it is that position of authority which would have enabled the suspects to plan, instigate, or order the crimes in respect of which the above-mentioned investigations have been conducted, or given them the means to prevent said crimes, or at the least to punish their perpetrators.”⁹²

⁹¹ Verslag van de tweede sessie van de International Law Commission. GA/OR/5, Supplement 12 (A1316) - 1950, 12.

⁹² *Karadzic, Mladic* (IT-85-5), 16 mei 1995: Chapter 2, Section 1: Paust e.a., *supra* noot 64, p.811 e.v.



3.2. Ondergeschikte positie

Ook een verweer van leden van een regering dat zij ondergeschikt waren aan militairen of andere leidinggevendenden binnen de regering en hun bevelen moest opvolgen, zal in beginsel geen verdedigingsgrond kunnen vormen. Nuremberg Principle IV luidt:

“The fact that a person acted pursuant to order of his Government or of a superior does not relieve him from responsibility under international law, provided a moral choice was in fact possible to him.”

Het Tribunaal lichtte deze bepaling toe met de woorden:

“The true test, which is found in varying degrees in the criminal law of most nations, is not the existence of the order, but whether moral choice was in fact possible.”⁹³

3.3. Straffeloosheid onder nationaal recht

Het feit dat nationaal recht impliciet of expliciet (bijvoorbeeld door een amnestiebepaling) tot straffeloosheid leidt, doet geen afbreuk aan de strafbaarheid onder internationaal recht. Ook deze suprematie van het internationale recht werd al in de Nuremberg Principles geformuleerd. Zie Principle II:

“The fact that internal law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from responsibility under international law.”⁹⁴

Het Tribunaal liet over de reikwijdte van dit principe geen twijfel bestaan:

“...the very essence of the Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual State.”⁹⁵

⁹³ Verslag van de ILC, *supra* noot 91, p.12.

⁹⁴ Id, p.11.

⁹⁵ Id, p.12.



HOOFDSTUK 4 CONCLUSIE

In dit onderzoek is gebleken dat de in beginsel passieve rol die een regeringsfunctionaris inneemt ten aanzien van misdrijven gepleegd in naam van die regering, niet hoeft te betekenen dat hij gevrijwaard is van elke strafrechtelijke aansprakelijkheid in het volkenrecht. Gezien de invloedrijke en verantwoordelijke positie die een lid van de regering ten opzichte van zijn burgers bekleedt zou zelfs de enkele wetenschap al aanleiding kunnen geven tot een strafrechtelijk verwijt (*criminal negligence*). Waar hij doelbewust een plan heeft beraamd en/of heeft ondersteund dat strekt tot het begaan van een internationaal misdrijf is dit verwijt nog sterker (*conspiracy resp. complicity*).

Met betrekking tot de gronddelicten kan worden geconcludeerd dat het aannemelijk is dat alledrie de besproken vormen deel uitmaakten van het volkenrechtelijk gewoonterecht aan het einde van de jaren zeventig. Het kwalificeren van een daad als oorlogsmisdrijf hangt af van de vraag of de situatie in Argentinië de kenmerken draagt van een ‘intern gewapend conflict’, terwijl misdrijven tegen de menselijkheid slechts kunnen worden begaan op een systematische wijze of op grote schaal. Aan het internationale misdrijf foltering zijn de minste voorwaarden verbonden; ook een foltering die geen deel uitmaakt van een systematisch plan is in beginsel strafbaar in het volkenrecht.

Dit advies heeft niet beoogd antwoord te geven op vragen die de strafbaarheid van Zorreguieta in concreto betreffen. Het heeft in algemene zin de juridische voorwaarden geformuleerd waaronder een regeringsfunctionaris van een dictatoriaal regime strafbaar kan worden geacht naar normen uit het volkenrecht.



BIBLIOGRAFIE

Aangehaalde literatuur

- M. Cherif Bassiouni en P. Manikas, 'The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia', Dordrecht 1996;
- M. Cherif Bassiouni: 'Crimes Against Humanity in International Criminal Law', Dordrecht 1992;
- M. Bothe e.a., 'New Rules for Victims of Armed Conflicts', Den Haag/Boston/Londen 1982;
- Mies Bouwhuis, 'Voorspel', ongepubliceerd;
- J. Herman Burgers, H. Danelius: 'The United Nations Convention against Torture: a Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment', Dordrecht 1988;
- N. S. Rodley: 'The Treatment of Prisoners Under International Law', 2^e druk, Oxford 1999;
- E. Chadwick, 'Self-Determination, Terrorism and the International Humanitarian Law of Armed Conflict', 1996;
- Y. Dinstein, M. Tabory (eds): 'War Crimes in International Law', Den Haag 1996;
- C. Kress, 'Die Kristallisation eines Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts: die Allgemeinen Prinzipien des Strafrechts im Statut des Internationalen Strafgerichtshof', in 12 Humanitäres Völkerrecht 4 (1999);
- H. McCoubrey: 'International Humanitarian Law, Modern Developments in the Limitation of Warfare', 2^e druk, Ashgate 1998;
- G.P.M.F. Mols, 'Strafbare samenspanning, een rechtshistorisch en rechtsvergelijkend onderzoek', Arnhem 1982;
- Paust e.a., 'International Criminal Law, Cases and Materials', Durham 1996;
- W. A. Schabas, 'General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute (Part III)', in European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, volume 6, issue 4, 1998;
- M.J.H.J. De Vries-Leemans, 'Art.140 Wetboek van Strafrecht, een onderzoek naar de strafbaarstelling van deelneming aan misdaadorganisaties', Arnhem 1995;



- L. Zegveld, 'Armed Opposition Groups in International Law: The Quest for Accountability', Rotterdam 2000.

Aangehaalde rapporten

- Verslag van de tweede sessie van de International Law Commission. GA/OR/5, Supplement 12 (A1316) – 1950;
- 'Argentinië' - Verslag van een missie van Amnesty International van 6-15 november naar Argentinië, 1976.



BIJLAGE I - DEFINITIES ‘CRIME AGAINST HUMANITY’

- 1945 Handvest van het Neurenberg Tribunaal, artikel 6(c):

“Murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhuman acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated”.

- 1950 Nuremberg Principles, Principle VI(c):

“Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts done against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connection with any crime against peace or any war crime.”

- 1954 ILC Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, artikel 2:

“The following acts are offences against the peace and security of mankind:(11) Inhuman acts such as murder, extermination, enslavement deportation or persecutions, committed against any civilian population on social, political, racial, religious or cultural grounds by the authorities of a State or by private individuals acting at the instigation or with the toleration of such authorities”.

- 1993 Statuut Joegoslavië Tribunaal, artikel 5:

“...when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population:...”

- 1994 Statuut Rwanda Tribunaal, artikel 3:

“...when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds:...”



- 1996 ILC Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind, artikel 18:

“...any of the following acts, when committed in a systematic manner or on a large scale and instigated or directed by a government or by any organization or group:...”

- 1998 Statuut Permanent Strafhof (Rome), artikel 7:

“...any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack:...”



BIJLAGE II - DEFINITIES 'WAR CRIMES'

- 1954 ILC Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, art.2(12):

“Acts in violation of the laws or customs of war”.

- 1993 Statuut Joegoslavië Tribunaal:

Article 3: “The International Tribunal shall have the power to prosecute persons violating the laws or customs of war.”

Article 2: “Grave breaches of the 1949 Geneva Conventions, such as wilful killing, torture or other inhumane treatment, directed against prisoners of war or other persons provided for in the Geneva Conventions”. (vrije weergave)

- 1996 ILC Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, art.20:

“Any of the following war crimes constitutes a crime against the peace and security of mankind when committed in a systematic manner or on a large scale:

- a) any of the following acts committed in violation of international humanitarian law (...)
- b) any of the following acts committed wilfully in violation of international humanitarian law and causing death or serious injury to body or health (...)
- c) (...)
- d) outrages upon personal dignity in violation of i.h.l (...)
- e) any of the following acts committed in violation of the laws or customs of war (...)
- f) *any of the following acts committed in violation of international humanitarian law applicable in*
 - (i) *violence to the life,*
 - (...)
 - in particular murder as well as cruel treatment such as torture, mutilation or any form of corporal punishment;*
- g) in the case of armed conflict, using methods or means of warfare not justified by military necessity with the intent to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment and thereby gravely prejudice the health or survival of the population and such damage occurs.”



- 1998 Statuut Permanent Strafhof (Rome), art.8:

“The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes.

For the purpose of this Statute, “war crimes” means:

- a) Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949 (...);
- b) Other serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict, within the established framework of international law (...)
- c) In the case of an armed conflict not of an international character, serious violations of article 3 common to the four Geneva Conventions (...), namely, any of the following acts committed against persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention or any other cause (...).”



BIJLAGE III - INDIVIDUELE AANSPRAKELIJKHEID VOOR INTERNATIONALE MISDRIJVEN

- 1950 Nuremberg Principles, Principle I:

“Any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefor and liable to punishment.”

- 1954 ILC Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, artikel 1

“Offences against the peace and security of mankind, as defined in this Code, are crimes under international law, for which the responsible individuals shall be punished.”

- 1993 Statuut Joegoslavië Tribunaal, artikel 7 (1):

“A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime.”

- 1994 Statuut Rwanda Tribunaal, artikel 6 (1):

“A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 4 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime.”

- 1996 ILC Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, artikel 2 (1):

“A crime against the peace and security of mankind entails individual responsibility.”

- 1998 Statuut Permanent Strafhof (Rome), artikel 25 (2):

“A person who commits a crime within the jurisdiction of the Court shall be individually responsible and liable for punishment in accordance with this Statute.”



Amsterdam International Law Clinic



Amsterdam International Law Clinic