

*Séminaire de Droit militaire
et de Droit de la Guerre*

Association sans but lucratif

*Studiecentrum voor Militair
Recht en Oorlogsrecht*

Vereniging zonder winstgevend doel



" Command Responsibility "

**Journée d'étude
du 20 novembre 2002**

**Studiedag
van 20 november 2002**

Session 2002 - 2003

Sessie 2002 - 2003

***Séminaire de Droit militaire
et de Droit de la Guerre***

Association sans but lucratif

***Studiecentrum voor Militair
Recht en Oorlogsrecht***

Vereniging zonder winstgevend doel



**Journée d'étude
du 20 novembre 2002**

**Studiedag
van 20 november 2002**

" Command Responsibility "

Session 2002 - 2003

Sessie 2002 - 2003

Editeur responsable - Verantwoordelijk uitgever : Colonel d'Avi BEM Hre / Ere Kol v/h Vlw SBH R. REMACLE

Séminaire de Droit militaire et de Droit de la Guerre a.s.b.l.

Auditorat général près la Cour militaire - Palais de Justice - Place Poelaert - B-1000 Bruxelles.

C.C.P. N° 000-0941070-73 de l'a.s.b.l. «Séminaire de droit pénal militaire» Palais de Justice - B-1000 Bruxelles.

Studiecentrum voor Militair Recht en Oorlogsrecht vzw

Auditoraat generaal bij het militair Gerechtshof - Justitiepaleis - Poelaertplein - B-1000 Brussel

P.C.R. N° 000-0941070-73 - van « Studiecentrum voor militair recht » - Justitiepaleis - B-1000 Brussel.

Tel.(02) 508 60 25 - 508 60 82 Fax : (02) 508 60 87 - E-Mail : Bureau.Seminaire@yucom.be

" Command Responsibility "

door Nico Keijzer ¹

De strafrechtelijke aansprakelijkheid van militaire bevelhebbers tijdens gewapende conflicten, voor ernstige inbreuken gepleegd door hun ondergeschikten.

La responsabilité pénale des autorités militaires pendant les conflits armés pour des infractions graves commises par leurs subordonnés.

¹ Raadsheer in buitengewone dienst, werkzaam als waarnemend advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden. Deze tekst is opgesteld in samenwerking met mr. drs. Elies van Sliedregt, assistent in opleiding, Universiteit van Tilburg.

Table des matières Inhoudstafel

A. De meerdere als mededader of medeplichtige	p. 1
Uitlokking	p. 1
Medplegen	p. 2
Mededaderschap of medeplichtigheid door nalaten	p. 3
B. De meerdere die verzuimt misdrijven te voorkomen <i>superior responsibility</i>	p. 4
Oude rechtspraak	p. 5
Codificatie	p. 6
Art 28 ICC	p. 7
Ad 1 (nalaten ophanden misdrijven nu enkele te voorkomen)	p. 7
Ad 2 (een positie waaruit de plicht tot voorkomen van misdrijven voortvloeit)	p. 7
Positie als commandant	p. 9
Stafofficieren	p. 10
Effective control	p. 11
Delegatie	p. 11
De Belgische Xet van 1993/1999	p. 12
Wetenschap	p. 12
Had moeten weten ?	p. 13
Vergelijkingen	p. 14
Praktische toepassing	p. 16
Slot	p. 16

COMMAND RESPONSIBILITY

door Nico Keijzer

Bij de vraag naar de aansprakelijkheid van meerderen in verband met misdaden gepleegd door hun ondergeschikten² kan onderscheid worden gemaakt tussen twee situaties:

A: De meerdere is mededader van of medeplichtig aan de strafbare feiten;

B: De meerdere heeft verzuimd de misdrijven te voorkomen.

A De meerdere als mededader of medeplichtige

Onder omstandigheden kan een meerdere, hoewel hij in fysieke zin het strafbare feit niet heeft verricht, toch als (mede)pleger daarvan worden aangemerkt.

Illustratief is een arrest uit 1994 van het Duitse *Bundesgerichtshof*, dat veel aandacht heeft getrokken. Enkele leden van de *Nationale Verteidigungsrat* van de voormalige D.D.R. - het hoogste defensieorgaan, onder voorzitterschap van Erich Honecker, hetwelk als beleid had vastgesteld en volgehouden dat men ieder die de D.D.R. zou trachten te ontvluchten diende *festzunehmen bzw. zu vernichten* - werden om die reden zelf als *Schreibtischtäter* schuldig bevonden aan doodslag met betrekking tot diverse D.D.R.-burgers die bij pogingen om naar het Westen te vluchten bij 'de Muur' de dood hadden gevonden doordat zij hetzij op mijnen waren gelopen hetzij door grensbewakers waren neergeschoten³.

Uitlokking

Het meest voor de hand liggende geval waarbij een meerdere als mededader kan worden aangemerkt is echter dat de meerdere een bevel heeft gegeven dat door ondergeschikten wordt uitgevoerd. Indien dat bevel een strafbare handeling betreft, bijvoorbeeld het gericht schieten op burgers, en zijn ondergeschikten voeren dat bevel uit, dan is de meerdere als uitlokker mede aansprakelijk voor dat in fysieke zin door die ondergeschikten gepleegde feit.

² Recente literatuur: T. Wu & Y. Kang, Criminal Liability for the Actions of Subordinates – the Doctrine of Command Responsibility and its Analogues in United States Law, *Harvard International Law Journal* 1997, blz. 272-297; I. Bantekas, The Contemporary Law of Superior Responsibility, *American Journal of International Law*, 1999, blz. 573-595; H.G. van der Wilt, The Duty to Know: Enkele beschouwingen over het leerstuk van command responsibility, in: G.J.M. Corstens & M.S. Groenhuijsen (red.), *Rede en Recht*, Deventer, 2000, blz. 123-135; M. Lippman, The Evolution and Scope of Command Responsibility, *13 Leiden Journal of International Law*, 2000, blz. 139-170; M. Fera Tinta, Commander on Trial : The Blaškić Case and the Doctrine of Command Responsibility under International Law, *Netherlands International Law Review* 2000, blz. 293-322; K.M.F. Keith, The Mens Rea of Superior Responsibility as Developed by ICTY Jurisprudence, *14 Leiden Journal of International Law*, 2001, blz. 617-634; Kai Ambos, Superior Responsibility, in: Antonio Cassese et al., eds., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2002, Vol. I, blz. 823-872; K. Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlin, 2002; I. Bantekas, *Principles of direct and superior responsibility in international humanitarian law*, Manchester, 2002.

³ BGH 26 juli 1994, BGHSt 40, blz. 218 e.v., NSTZ 1994, blz. 537 e.v. en blz. 586 e.v., NSTZ 1995, blz. 26 e.v. m.nt. Jacobs, *Juristen Zeitung* 1995, blz. 45 e.v. m.nt. Roxin.

Een voorwaarde voor aansprakelijkheid als uitlokker, als meerdere, is natuurlijk dat aan het bevel een gezagsverhouding ten grondslag ligt. Dat kan een formele gezagsverhouding zijn, maar ook een feitelijke. Ten aanzien van een aantal speciale eenheden die niet formeel onder generaal Blaškić's commando waren gesteld, waaronder militaire politietroepen, heeft de *Trial Chamber* het bestaan van een de facto gezagsverhouding aangenomen⁴.

Of de onrechtmatigheid van het bevel duidelijk was of niet, en of de ondergeschikte die onrechtmatigheid beseftte of niet, doet aan de aansprakelijkheid van de meerdere voor de bevolen misdrijven niet af⁵.

De uitlokker is echter niet alleen aansprakelijk voor misdrijven die hij uitdrukkelijk heeft bevolen, maar ook voor misdrijven die voorzienbaar uit zijn bevel voortvloeien. Ook dit wordt gedemonstreerd door de zaak Blaškić.

Tihomir Blaškić was destijds (1992-1993) kolonel van de Bosnisch-Kroatische strijdkrachten, en commandant van het regionale hoofdkwartier van die strijdkrachten in Centraal-Bosnië.

Op bevel van Blaškić hadden Bosnisch-Kroatische strijdkrachten een aantal dorpen aangevallen. Moslimburgers werden uit hun huizen gedreven en gedood, woonhuizen werden in brand gestoken, en moskeeën werden opgeblazen. Geen militair doel kon deze aanvallen rechtvaardigen, en zij leverden derhalve een oorlogsmisdrijf op⁶. Weliswaar is niet komen vast te staan dat zijn bevelen om aan te vallen tevens inhielden dat misdrijven moesten worden gepleegd, maar wel dat Blaškić zijn bevelen op zodanige wijze heeft ingekleed dat daardoor haat en verbittering aangaande de Moslims werden opgewekt. Hij had namelijk medegedeeld dat de aanvallen ten doel hadden, terroristische acties tegen de Bosnisch-Kroatische strijdkrachten en etnische zuiveringen door extremistische Moslims te voorkomen.

Omtrent deze feiten overwoog de *Trial Chamber* als volgt⁷

Any person who, in ordering an act, knows that there is a risk of crimes being committed and accepts that risk, shows the degree of intention necessary (recklessness⁸) so as to incur responsibility for having ordered, planned or incited the commitment of the crimes.

Met andere woorden: een uitlokker is strafrechtelijk aansprakelijk voor uit zijn bevelen voortvloeiende misdrijven die in zijn voorwaardelijk opzet zijn begrepen.

Medeplegen

Voorts kunnen zich situaties voordoen waarin de meerdere weliswaar niet zelf bevelen heeft gegeven die tot de misdrijven hebben geleid, maar wel aan het begaan van die misdrijven heeft meegewerkt.

⁴ Vgl. Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Trial Chamber ICTY, IT-95-14-T, 3 maart 2000, § 466; zie ook § 521 e.v.

⁵ L.c., § 282.

⁶ Vgl. art. 3 sub (b) van het Statuut van het Joegoslaviëtribunaal.

⁷ (8) L.c., § 474.

⁸ Volgens de Franse tekst: le dol éventuel.

Een voorbeeld hiervan levert de zaak Krstić⁹.

Generaal Krstić is door Joegoslaviëtribunaal veroordeeld tot een gevangenisstraf van 46 jaar voor zijn betroukkende id bij de genocide onder leiding van generaal Mladić na de inneming van Srebrenica, in juli 1995. Hij was eerst chef-staf en later commandant van het zogenaamde Drina-korps, dat speciaal in het leven was geroepen voor het realiseren van Bosnisch-Servische territoriale claims.

Het plan om de manlijke Moslim-bevolking van Srebrenica uit te roeien kwam van Generaal Mladić en werd onder diens leiding uitgevoerd. Het werd echter uitgevoerd in het aan het Drina-korps toegewezen gebied Generaal Kistić– zelf bezig met een operatie tegen de naburige Moslim- enclave Zepa- moet hebben begrepen wat er gaande was, maar Op aandringen van een stafofficier van Mladić heeft hij voor het deelnemen aan de executie van de Moslim-mannen troepen van zijn korps ter beschikking gesteld.

De Trial Chamber van het Tribunaal heeft op die grond, en in aanmerking genoem zijn Hoge positie, geoordeeld dat Krstić heeft *participated in a joint criminal enterprise* om de Moslim-mannen te doden. Daarbij werd hij tevens verantwoordelijk gehouden voor het lichamelijk en geestelijk leed, toegebracht aan de enkele overlevenden van de moordpartij, omdat dit daarvan een voorzienbaar gevolg was.

Het Tribunaal heeft vastgesteld dat Krstić bij het verlenen van medewerking aan de executies deelde in het speciale opzet dat een bestanddeel vormt van het misdrijf genocide, te weten: *intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group*¹⁰, en heeft op die basis Krstić strafbaar geoordeeld wegens het medeplegen van genocide.

Het is goed, hier even bij stil te staan. Om iemand te veroordelen wegens medeplegen van een misdrijf (*participation in a joint criminal enterprise*) is vereist dat komt vast te staan dat de beschuldigde zelf het voor dat misdrijf vereiste opzet had.

Mededaderschap of medeplichtigheid door nalaten

Ook opzettelijk nalaten in te grijpen kan mededaderschap of medeplichtigheid opleveren, namelijk indien men tot ingrijpen verplicht was.

De Nederlandse rechtspraak kent bijvoorbeeld een geval van een moeder die toekeek terwijl haar driejarig kind door haar vriend werd mishandeld; zij werd aangemerkt als medeplichtig aan dat misdrijf.¹¹

Het Belgische Hof van Cassatie heeft in 1999 geoordeeld dat een eindredactrice die had verzuimd de publicatie van pornografisch materiaal te verhinderen, hetgeen een aanmoediging tot het plegen van dat misdrijf uitmaakte, daarvoor strafrechtelijk aansprakelijk was als mededader¹².

Reeds in 1950 heeft het Militair Gerechtshof te Brussel Schmitt, commandant van het concentratiekamp Breendonck, nabij Boom in België, veroordeeld als medeschuldige aan het opzettelijk doden van 75 gevangenen, onder meer omdat hij opzettelijk had verzuimd te verhinderen dat deze door zijn ondergeschikten werden afgebeuld en uitgehongerd¹³.

⁹ Prosecutor v. Radislav Krstić, Trial Chamber ICTY, IT-98-33-T, 2 augustus 2001.

¹⁰ Art. 4, Statuut van het Joegoslaviëtribunaal.

¹¹ Hof Den Haag 9 augustus 1988, NJ 1988, 979.

¹² Hof van Cassatie 23 november 1999, Arr. Cass. 2000, 624.

¹³ P. Speyer, Les crimes de guerre par omission, Revue de Droit Pénal et de criminologie 1949-1950, blz. 903-943 (935 e.v.).

Eenvoorbeeld uit rechtspraak van het Joegoslaviëtribunaal is de zaak Furundžija¹⁴. Furundžija commandant van een eenheid van de militaire politie. Terwijl hij bezig was een bepaalde persoon te ondervragen werd deze door zijn ondergeschikten verkracht. Hoewel Furundžija zelf aan de verkrachting niet lijfelijk heeft deelgenomen heeft het Tribunaal vastgesteld dat hij door zijn aanwezigheid en zijn voortgaan met de ondervraging het begaan van dat feit heeft aangemoedigd. Op die grond is hij veroordeeld wegens *aiding and abetting* van verkrachting¹⁵.

Met het oog op commandoverhoudingen is van belang de uitspraak van een Amerikaans militair tribunaal, na de Tweede Wereldoorlog optredende in Duitsland op grond van *Control Council Law No. 10*, in de zogenaamde *High Command Case*, inzake onder anderen Wilhelm Von Leeb. Deze Duitse generaal werd veroordeeld wegens het niet tegenhouden van het van hogerhand gegeven bevel dat in bezet gebied verdachte burgers zonder vorm van proces dienden te worden geëxecuteerd¹⁶.

B De meerdere die verzuimt misdrijven te voorkomen: *superior responsibility*

In Nederland wordt vooral in verband met het economische strafrecht de leer van het zogenaamde functioneel daderschap toegepast, waarbij onder bepaalde voorwaarden een bedrijfshoofd strafrechtelijk aansprakelijk wordt gehouden voor door zijn werknemers begane strafbare feiten. Die voorwaarden (neergelegd in onder andere het zogenoemde IJzerdraad-arrest¹⁷) zijn dat het bedrijfshoofd, hoewel hij het in zijn macht had ze te voorkomen, het begaan van zodanige misdrijven placht te aanvaarden. Ook is het mogelijk, langs de weg van het daderschap van rechtspersonen, dat bijvoorbeeld een bankdirecteur wordt gestraft voor zijn verzuim te voorkomen dat door zijn personeel wordt gefraudeerd¹⁸.

Naar ik meen kent het Belgische strafrecht een hiermee vergelijkbare figuur. In 1958 heeft Uw Hof van Cassatie een bedrijfshoofd strafrechtelijk verantwoordelijk gehouden voor de door zijn bedrijf begane misdrijven (bouwen zonder vergunning, en plaatsen van affiches waar zulks verboden was) hoewel het bedrijfshoofd aan die werkzaamheden niet zelf had deelgenomen¹⁹.

Het zijn echter vooral de ontwikkelingen met betrekking tot de aansprakelijkheid van militaire meerderen voor hun verzuim het plegen van misdrijven door hun troepen te voorkomen, die de laatste tijd de aandacht hebben getrokken.

Deze ontwikkelingen hebben zich vooral voorgedaan op het gebied van het internationale strafrecht. Tussen het internationale en het nationale strafrecht bestaat echter wederzijdse beïnvloeding, zodat deze ontwikkelingen ook op nationaal niveau van belang zijn.

¹⁴ Prosecutor v. Furundžija, Trial Chamber ICTY, IT-95-17/1-T, 10 december 1998

¹⁵ Dienovereenkomstig ten aanzien van verkrachting in aanwezigheid van een burgemeester oordeelde reeds het Rwandatribunaal in Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR-96-4-T, 2 september 1998, § 693.

¹⁶ Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol. XI, (High Command zaak), blz. 510.

¹⁷ HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378, m.nt. BVAR. Recentelijk nog HR 13 november 2001, NJ 2002, 219 m.b.t. werkzaamheden, door een ander bedrijf verricht voor rekening van en in opdracht van de verdachte.

¹⁸ HR 16 December 1986, NJ 1987, 321 en 322 m.nt. 'tH.

¹⁹ Cass. 17 maart 1958, Pas. I, 778.

Alvorens over te gaan tot een schets van het huidig recht dienaangaande geef ik eerst een kort overzicht van die ontwikkelingen.

Oude rechtspraak

Bekend is het geval van de Japanse generaal Yamashita. Gedurende de tweede wereldoorlog, toen de Japanse troepen op de Filippijnen door de Amerikanen in het nauw waren gedreven, zakten hun moreel en discipline in, en vervielen zij tot het op grote schaal begaan van misdrijven als doodslag, plundering en verkrachting tegen de burgerbevolking. Yamashita, commandant van die troepen, werd door een Amerikaans militair gerecht ter dood veroordeeld omdat hij deze misdragingen had toegelaten. Hoewel Yamashita ontkende dat hij van de misdragingen op de hoogte was, werd door de aanklager het standpunt ingenomen dat deze zo talrijk waren dat hij er wel van moet hebben geweten. Het gerecht was het daar vermoedelijk mee eens, gelet op zijn volgende overweging²⁰

“(...) where murder and rape and vicious, revengeful actions are widespread offenses, and there is no effective attempt by a commander to discover and control the criminal acts, such a commander may be held responsible, even criminally liable, for the lawless acts of his troops, depending upon their nature and the circumstances surrounding them.”

Voorts is er de uitspraak van een Amerikaans militair tribunaal in de zogenaamde *Hostages Case*, tegen onder anderen de Duitse generaal Wilhelm List, die werd veroordeeld onder meer in verband met het door zijn ondergeschikten in groten getale doden van gijzelaars²¹.

Vermeldenswaard is ook nog het Israëliëse commissierapport (commissie Kahan) aangaande de verantwoordelijkheid van o.a. de toenmalige minister van defensie van Israël, Sharon, en zijn chef-staf, generaal Eitan, voor de dood van honderden Palestijnse burgers als gevolg van het optreden van een plaatselijke strijdgroep in de vluchtelingenkampen te Shatilla en Sabra, in Libanon, in 1982. Aan minister Sharon verweet de Commissie dat hij het gevaar van een bloedbad had veronachtzaamd. Ook zijn chef-staf had, volgens de Commissie, op grond van de beschikbare informatie dat gevaar moeten onderkennen²².

²⁰ Law Reports of Trials of War Criminals, selected and prepared by the United Nations War Crimes Commission, Vol. IV (Londen, 1948) blz. 1-96; L. Friedman, *The Law of War, a documentary history*, New York, 1972, blz. 1596 e.v. Na een vergeefs beroep op het Amerikaanse Hooggerechtshof is Yamashita inderdaad geëxecuteerd. Uitvoerig omtrent deze zaak: R.L. Lael, *The Yamashita Precedent; War Crimes and Command Responsibility*, Wilmington, Del., 1982. Het vonnis is zeer omstrepen. De aangehaalde overweging, op zichzelf genomen, laat zich immers zeer wel lezen alsof de commandant absoluut verantwoordelijk wordt gesteld, ongeacht of hij van de feiten op de hoogte was.

²¹ “Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol. XI, Washington, 1950, blz. 1230 e.v.

²² Het rapport is gepubliceerd in *International Legal Materials*, Vol. XXII (1983), blz. 473-520, en besproken door L.C. Green, *War crimes, extradition and command responsibility*, *Israel Yearbook on Human Rights*, 1984, blz. 17-53.

Codificatie

In het laatste kwart van de twintigste eeuw is een aantal pogingen ondernomen om de voorwaarden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van meerderen met betrekking tot door hun ondergeschikten begane misdrijven op internationaal niveau te codificeren.

De eerste poging daartoe is gelegen in art. 86, tweede lid, van het Eerste Aanvullende Protocol (1977) bij de Conventies van Genève²³. De Statuten van het Joegoslaviëtribunaal (1993) en van het Rwandatribunaal (1994) bevatten een op kleine punten afwijkende formulering²⁴. Dat geldt ook voor de Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (1996), opgesteld door de *International Law Commission* van de Verenigde Naties²⁵. De laatste loot aan deze stam is art. 28 van het Statuut (1998) van het Internationale Strafgerechtshof (*International Criminal Court, ICC*)²⁶, dat op 1 april 2002 in werking is getreden.

Het is aan de hand van die laatste bepaling dat wij thans de voorwaarden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de meerdere zullen analyseren. Daarbij zullen wij in het bijzonder refereren aan de rechtspraak van het Joegoslaviëtribunaal en van het Rwandatribunaal. Weliswaar komt de desbetreffende bepaling van de statuten van die tribunalen met die van art. 28 ICC niet precies overeen, en is de rechtspraak van de Tribunalen niet bindend voor het Internationale Strafgerechtshof²⁷, maar wanneer het mocht komen tot praktische toepassing van art. 28 ICC dan zal de rechtspraak van de Tribunalen daarbij ongetwijfeld tot inspiratie dienen.

Verscheidene staten kennen trouwens reeds een wettelijke regeling die in, kort gezegd, *command responsibility* voorziet. Ik behoef slechts in herinnering te brengen dat art 4 van de Belgische Wet betreffende de bestraffing van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht (1993/1999)²⁸ onder meer strafbaar stelt degene die, *kennis hebbende* van bevelen, gegeven met het oog op de uitvoering van een dergelijk misdrijf – te weten genocide, een misdaad tegen de mensheid of een oorlogsmisdrijf - of van feiten die een begin van uitvoering hiervan vormen, verzuimt gebruik te maken van de mogelijkheid tot handelen ofschoon hij de voltooiing van die misdrijven kan verhinderen

²³ “The fact that a breach of the Conventions or of this Protocol was committed by a subordinate does not absolve his superiors from penal or disciplinary responsibility, as the case may be, if they knew, or had information which should have enabled them to conclude in the circumstances at the time, that he was committing or was going to commit such a breach and if they did not take all feasible measures within their power to prevent or repress the breach.”

²⁴ Art. 7, derde lid, Statuut Joegoslaviëtribunaal / art. 6, derde lid, Statuut Rwandatribunaal: “The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.”

²⁵ U.N. Document A/51/10 (1996), art. 6: “The fact that a crime against the peace and security of mankind was committed by a subordinate does not relieve his superiors of criminal responsibility, if they knew or had reason to know, in the circumstances at the time, that the subordinate was committing or was going to commit such a crime and if they did not take all necessary measures within their power to prevent or repress the crime.”

²⁶ U.N. Document A/CONF. 183/9, gepubliceerd in *International Legal Materials* 1998, 999.

²⁷ Vgl. art. 21, Statuut van het ICC.

²⁸ Uitvoerig daarover: A. Andries, C. Van den Wijngaert, E. David en J. Verhaegen, *Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire*, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie* 1994, blz. 1114-1184.

of kan doen ophouden²⁹. Het Nederlandse Wetboek van Militair Strafrecht stelt niet alleen strafbaar het opzettelijk toelaten van misdrijven door ondergeschikten maar ook het verzuim maatregelen te nemen tegen misdrijven die de meerdere redelijkerwijs moet vermoeden dat worden gepleegd³⁰. Hier betreft het niet slechts genocide, *crimes against humanity* of oorlogsmisdrijven, maar alle misdrijven die ondergeschikten zouden kunnen plegen, al dan niet in het kader van een gewapend conflict. Ook het Duitse Militärstrafgesetzbuch bevat een bepaling van die strekking³¹

Art. 28 ICC luidt:

In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court:

- (a) A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:
 - (i) That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and
 - (ii) That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.

- (b) With respect to superior and subordinate relationships not described in paragraph (a), a superior shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by subordinates under his or her effective authority and control, as a result of his or her failure to exercise control properly over such subordinates, where:
 - (i) The superior either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes;
 - (ii) The crimes concerned activities that were within the effective responsibility and control of the superior; and
 - (iii) The superior failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.

De inhoud van deze bepaling komt erop neer dat een meerdere strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld in verband met misdrijven – te weten: misdrijven tegen de menselijkheid, genocide of oorlogsmisdrijven - begaan door zijn ondergeschikten, indien aan drie voorwaarden is voldaan, die als volgt kort kunnen worden aangeduid:

²⁹ Een overeenkomstige bepaling is thans nog vervat in art. 9 van de Nederlandse Wet oorlogssstrafrecht: “Met gelijke straf als gesteld op de in het voorgaande artikel bedoelde feiten wordt gestraft hij die opzettelijk toelaat, dat een aan hem ondergeschikte een zodanig feit begaat.” Dit artikel zal komen te vervallen als het thans aanhangige wetsvoorstel inzake een Wet internationale misdrijven (Kamerstuk II, 2001-2002, 28337, nrs. 1 en 2) kracht van wet krijgt.

³⁰ Art. 148 en 149 Wetboek van Militair Strafrecht.

³¹ § 147: Wer es unterläßt, Untergebene pflichtgemäß zu beaufsichtigen oder beaufsichtigen zu lassen, und dadurch wenigstens fahrlässig eine schwerwiegende Folge (...) verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.

- 1) (het operationele aspect): hij moet hebben nagelaten de misdrijven te voorkomen;
- 2) (het functionele aspect): hij moet een positie hebben bekleed waaruit de plicht tot voorkómen van misdrijven voortvloeit; en
- 3) (het cognitieve aspect): hij moet hebben geweten (of: had moeten weten?) dat zulke misdrijven ophanden waren.

Omtrent ieder van die vereisten volgen nu enkele opmerkingen.

Ad 1 (nalaten de ophanden misdrijven te voorkómen)

Anders dan voor aansprakelijkheid als medeplichtige is voor *command responsibility* niet vereist dat de meerdere opzettelijk heeft nagelaten in te grijpen; voor zijn strafbaarheid is voldoende dat de misdrijven door zijn onzorgvuldigheid niet zijn voorkómen.

Bijvoorbeeld heeft het Joegoslaviëtribunaal in de Čelebići-zaak een gevangenkamp-commandant veroordeeld wegens zijn verzuim te voorkomen dat zijn ondergeschikten zich schuldig maakten aan moord en foltering, hoewel deze commandant, volgens in het vonnis vermeld bewijsmateriaal, had te kennen gegeven dat de gedetineerden niet mochten worden mishandeld³². Kennelijk heeft die commandant verwijtbaar nagelaten te controleren of dienovereenkomstig werd gehandeld.

Anderzijds wordt van de betrokkene niet het onmogelijke verlangd. Welke maatregelen ter voorkoming van het begaan van misdrijven redelijkerwijze van hem kunnen worden geveerd hangt af van de omstandigheden³³. Hij zal zich echter niet kunnen verschuilen achter gebrek aan formele bevoegdheden; ook zijn informele gezag zal hij moeten aanwenden³⁴.

Art. 28 ICC lijkt, naar de letter genomen, de meerdere de vrije keus te laten om hetzij tijdig in te grijpen hetzij achteraf de zaak voor te leggen aan de justitiële autoriteiten. Dat kan echter niet de bedoeling zijn. Zoals het Joegoslaviëtribunaal heeft opgemerkt kan een meerdere die heeft verzuimd tijdig de maatregelen ter voorkoming te nemen die van hem konden worden geveerd niet aan zijn aansprakelijkheid daarvoor ontkomen door later de justitiële autoriteiten in te schakelen³⁵. Datzelfde geldt voor de meerdere die wordt geconfronteerd met misdrijven die door zijn ondergeschikten zijn begaan voordat hij het bevel over hen heeft opgenomen³⁶.

Ad 2 (een positie waaruit de plicht tot voorkómen van misdrijven voortvloeit)

Een belangrijke voorwaarde voor strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het niet voorkómen van het plegen van misdrijven door ondergeschikten is het bestaan van een verplichting om die misdrijven te voorkomen. Zonder het bestaan van die verplichting kan van verzuim geen sprake zijn.

³² Prosecutor v. Delalić e.a. Čelebići-zaak), Trial Chamber ICTY, IT-96-21-T, 16 november 1998, § 773.

³³ Vgl. Sandoz/Swinarski/Zimmermann, Commentary on the Additional Protocols, Geneva 1987, p. 1015 (§ 3548).

³⁴ Prosecutor v. Delalić e.a. (Čelebići-zaak), Trial Chamber ICTY, IT-96-21-T, 16 november 1998, § 354, 395; Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Trial Chamber ICTY, IT-95-14/2-T, 26 February 2001, § 443.

³⁵ Prosecutor v. Blaškić, ICTY Trial Chamber, IT-95-14-T, 3 maart 2000, § 336.

³⁶ Prosecutor v. Enver Hadžihanović, ICTY Trial Chamber, IT-01-47-PT, 12 november 2002, § 201.

Die verplichting kan voortkomen uit de gezagspositie van een burger of uit die van een militair. Onder de burgers die op grond van *superior responsibility* aansprakelijk zijn gehouden zijn civiele autoriteiten zoals burgemeesters, maar ook is een directeur van een theefabriek veroordeeld wegens zijn verzuim het plegen van genocide door ondergeschikten te voorkomen³⁷. In het bijzonder ten aanzien van een burger is het soms niet eenvoudig, vast te stellen wat de omvang van zijn verplichtingen is. Kan bijvoorbeeld van de directeur van een theefabriek worden gevergd dat hij zich bemoeit met het gedrag van zijn werknemers buiten werkuren en buiten de fabriek? En hoever reikt de verplichting van een staatshoofd om maatregelen te nemen tegen het begaan van ernstige misdrijven door zijn onderdanen?

In het navolgende zullen wij ons in het bijzonder bezig houden met de strafrechtelijke aansprakelijkheid van militaire meerderen.

In art. 28 sub (a) ICC is het vereiste van het verkeren in een positie waaruit een verplichting tot ingrijpen voortkomt geformuleerd als een dubbele voorwaarde.

In de eerste plaats moet de meerdere een positie bekleden als commandant, of daadwerkelijk als zodanig optreden.

- Bovendien geldt zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid slechts met betrekking tot misdrijven begaan door ondergeschikten onder zijn *effective command and control*.

Positie als commandant

De strafrechtelijke aansprakelijkheid van een militaire bevelhebber betreft natuurlijk in de eerste plaats misdrijven die zijn gepleegd door personen die rechtstreeks onder zijn bevelen zijn gesteld. De aansprakelijkheid van de bevelhebber van een bezettingsmacht strekt zich echter, in beginsel, ook uit tot misdrijven begaan door anderen die opereren binnen het door zijn troepen bezette territorium.

De veroordeling van Generaal Von List, wegens het niet tegengaan van het nemen en doden van gijzelaars uit de burgerbevolking, berustte op dit beginsel.

Dat beginsel kwam eveneens ter sprake de reeds genoemde *High Command* zaak. Von Leeb, een Duitse generaal die gedurende de veldtocht tegen Rusland in een groot gebied het operationele bevel had, werd onder meer beschuldigd van het niet hebben belet dat Russische politieke functionarissen, krijgsgevangenen en burgers in zijn gebied systematisch werden gedood. In die zaak heeft het Amerikaanse Militaire Tribunaal overwogen³⁸:

“One of the functions of an occupational commander endowed with executive power was to maintain order and protect the civilian population against illegal acts. In the absence of any official directives limiting his executive powers as to these illegal acts within his area, he had the right and duty to take action for their suppression.”

³⁷ Prosecutor v. Musema, Trial Chamber ICTR, ICTR-96-13-T, 27 januari 2000.

³⁸ Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol. XI, (High Command zaak), blz. 462.

Dat die beschuldiging niet tot een veroordeling heeft geleid vindt zijn grond slechts daarin dat niet was gebleken dat Van Leeb bij die feiten betrokken was of ervan op de hoogte was geweest.

De strafrechtelijke aansprakelijkheid voor misdrijven begaan door ondergeschikten geldt niet alleen voor formeel als zodanig benoemde commandanten, maar ook voor diegenen die informeel een positie hebben verworven als waren zij commandant³⁹. Het kan bijvoorbeeld vóórkomen dat iemand, in afwachting van zijn formele benoeming, alvast de functies van zijn nieuwe commando vervult. We spreken dan van een *de facto* commandant⁴⁰.

Ook is denkbaar dat een commandant niet alleen gezag uitoefent over troepen die formeel onder hem zijn gesteld maar daarnaast ook over andere. We noemden reeds het voorbeeld van Generaal Blaškić, die informeel gezag uitoefende over speciale eenheden die niet formeel onder Blaškić's commando waren gesteld.

Als voorbeeld kan ook worden genoemd de informele gezagsverhouding tussen de Israëlische autoriteiten en de Libanese Christelijke strijdgroep de Phalangisten, in door Israël beheerst gebied in 1982⁴¹.

Het kan zich voordoen dat er sprake is van parallelle commandolijnen. In het bijzonder bij vredesoperaties en andere vormen van internationale samenwerking doet zich het verschijnsel voor dat het operationele commando en het administratieve commando niet in dezelfde hand zijn. Het feit dat er naast de zijne nog een andere commandolijn is ontheft een militaire meerdere echter niet van zijn verplichting om het begaan van ernstige misdrijven naar vermogen tegen te gaan. Het is niet uitgesloten dat méér dan één meerdere strafrechtelijk verantwoordelijk zijn voor het verzuim het plegen van éénzelfde misdrijf door een ondergeschikte te voorkómen⁴².

Een voorbeeld biedt wederom de zaak Krstić. De *Trial Chamber* in die zaak heeft vastgesteld dat eenheden van het Drina-korps na de inname van Srebrenica bevelen kregen zowel van generaal Mladić, die ten aanzien van de massa-executies het operationele commando op zich had genomen, als vanwege de korpscommandant Krstić⁴³. Noch die omstandigheid, noch het feit dat Mladić zijn superieur was, onthief Krstić van zijn strafrechtelijke medeaansprakelijkheid voor die executies.

Stafofficieren

Stafofficieren hebben als zodanig niet de positie van commandant. Weliswaar kunnen stafofficieren vaak veel invloed uitoefenen, maar dat is niet voldoende grond om *command responsibility* aan te nemen⁴⁴. Om die reden heeft het Joegoslaviëtribunaal geen *command*

³⁹ Prosecutor v. Delalić e.a. (Čelebići-zaak), Trial Chamber ICTY, IT-96-21-T, 16 november 1998, § 370-377.

⁴⁰ Prosecutor v. Radislav Krstić, Trial Chamber ICTY, IT-98-33-T, 2 augustus 2001, § 328, 330, 625.

⁴¹ Rapport van de eerdergenoemde commissie Kahan (zie noot 23).

⁴² Vgl. Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Trial Chamber ICTY, IT-95-14-T, 3 maart 2000, § 303.

⁴³ Prosecutor v. Radislav Krstić, Trial Chamber ICTY, IT-98-33-T, 2 augustus 2001, § 276, 456, 625.

⁴⁴ Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol. XI, (High Command zaak) blz. 513-514; Prosecutor v. Delalić a.o. (Čelebići-zaak), Appeals Chamber ICTY, IT-96-21-A, 20 februari 2001, § 266.

responsibility aangenomen in het geval van Delalić, die was opgetreden als logistiek coördinator maar geen bevoegdheid uitoefende als commandant.

Dat neemt echter niet weg dat een stafofficier wel strafrechtelijk aansprakelijk kan zijn als mededader van misdrijven die door anderen in fysieke zin zijn begaan, bijvoorbeeld door daartoe plannen te maken of er anderszins aan mee te werken.

Een stafofficier die opzettelijk nalaat zijn bevelhebber ervan op de hoogte te stellen dat diens ondergeschikten het voornemen hebben om misdrijven te plegen kan, indien die misdrijven inderdaad plaatsvinden, wellicht worden aangemerkt als medeplichtige aan die misdrijven.

Bovendien is niet ondenkbaar dat een stafofficier ‘buiten zijn boekje’ gaat en zich niet beperkt tot het doorgeven van bevelen van zijn commandant maar ook eigen bevelen geeft. Het standpunt valt te verdedigen dat hij daarmee de rol van *de facto commander* op zich neemt, zodat art. 28 ICC dan ook op hem van toepassing wordt. Hij wordt dan strafrechtelijk aansprakelijk voor misdrijven van zijn ondergeschikten, ook al heeft hij tot het plegen van die misdrijven geen bevel gegeven.

Effective control

Zoals gezegd kan ook van een militaire meerdere niet het onmogelijke worden verlangd. Daarom kan van een verzuim in te grijpen slechts sprake zijn met betrekking tot militairen die de meerdere onder zijn *effective control* heeft.

In het algemeen kan onder *effective control* de normale situatie worden verstaan dat een commandant in staat is om de hem toekomende bevoegdheden daadwerkelijk uit te oefenen⁴⁵.

Dat een commandant *effective control* over zijn ondergeschikten kan uitoefenen kan mijns inziens – behoudens verweer dienaangaande - zonder nader bewijs worden verondersteld. Uitzonderingen kunnen zich echter voordoen. Bijvoorbeeld kunnen verbindingsmogelijkheden zijn verbroken, hetzij door een technisch mankement hetzij door opgelegde radiostilte. Ook in geval van muiterij is er wel sprake van *command* maar ontbreekt *effective control*.

In verband met de aansprakelijkheid van meerderen voor misdrijven van ondergeschikten heeft het Joegoslaviëtribunaal de betekenis van de term *effective control* in het bijzonder toegespitst op de mogelijkheid om het begaan van misdrijven te voorkomen of te bestraffen⁴⁶. Het is echter niet zo dat alleen commandanten met strafbevoegdheid *effective control* hebben. Art. 28 ICC spreekt – benevens voorkomen en tegengaan van de misdrijven - niet van bestraffen maar van het voorleggen van de zaak aan de met betrekking tot onderzoek en vervolging bevoegde autoriteiten.

Delegatie

Aandacht verdient het verschijnsel delegatie. Veronderstel dat een commandant een van zijn ondercommandanten belast met de taak, te voorkomen dat oorlogsmisdrijven worden gepleegd. Zelf heeft hij het te druk met andere zaken. Kan de commandant dan niettemin,

⁴⁵ Volgens NATO Glossary AJP-01(A) wordt met de term control bedoeld op: the authority exercised by a commander over part of the activities of subordinate organisation, or other organisations not normally under his command, which encompasses the responsibility for implementing orders or directives.

⁴⁶ Prosecutor v. Delalić a.o. (Čelebići-zaak), Appeals Chamber ICTY, IT-96-21-A, 20 februari 2001, § 256; Prosecutor v. Alexovski, Appeals Chamber ICTY, IT-95-14/1-A, 24 maart 2000, § 76.

als er zich toch oorlogsmisdrijven voordoen, aansprakelijk worden gesteld voor het niet hebben voorkómen daarvan? Dat komt mij voor inderdaad het geval te zijn. De commandant kan zich niet door delegatie aan die plicht onttrekken⁴⁷; hij verliest daardoor immers noch *command* noch *control*. Wel kan hij beweren zijn plicht op die wijze goed te hebben vervuld. Het staat dan aan de rechter, te beoordelen of hij aldus inderdaad alles heeft gedaan wat redelijkerwijze van hem kon worden gevergd⁴⁸.

De Belgische Wet van 1993/1999

Interessant is dat de Belgische Wet van 1993/1999, betreffende de bestraffing van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht, het bestaan van *command and control* niet uitdrukkelijk noemt als voorwaarden voor de strafbaarheid van het verzuim. Ieder die de mogelijkheid heeft om het misdrijf te verhinderen is strafbaar indien hij dat verzuimt, volgens art. 4 van die wet. Zoals gezegd kan van verzuim echter eerst sprake zijn indien er een verplichting tot ingrijpen bestaat. Art. 28 ICC koppelt die verplichting aan het hebben van *command and control* - voor wat betreft niet-militaire meerderen *authority and control* – terwijl de Belgische Wet er kennelijk vanuit gaat dat *ieder*, die het in zijn macht heeft het plegen van genocide, een misdaad tegen de mensheid of een oorlogsmisdrijf te verhinderen, dat ook moet doen, en strafbaar is als hij dat nalaat.

Dat gaat misschien wat ver. Zou het inderdaad de bedoeling zijn dat ieder die door het venster van zijn woonhuis waarneemt dat op straat door onbekenden een genocidehandeling dreigt te worden begaan, en dan niet onmiddellijk naar buiten snelt om in te grijpen, voor dat nalaten strafrechtelijk aansprakelijk moet worden gehouden? In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel dat tot deze wet heeft geleid wordt op dit punt verwezen naar art. 87, derde lid, van Aanvullend Protocol I. Die bepaling luidt:

The High Contracting Parties and Parties to the conflict shall require any commander who is aware that subordinates or other persons under his control are going to commit or have committed a breach of the Conventions or of this Protocol, to initiate such steps as are necessary to prevent such violations of the Conventions or this Protocol, and, where appropriate, to initiate disciplinary or penal action against the violators thereof.

Op grond van die verwijzing komt het mij, zij het als buitenstaander, gerechtvaardigd voor, genoemd artikel 4 in beperkte zin uit te leggen, zodat het alleen van toepassing is op meerderen met betrekking tot de onder hun effectieve controle staande ondergeschikten.

Ad 3 (hij moet hebben geweten (of: had moeten weten?) dat misdrijven ophanden zijn)

Wetenschap

Dat een meerdere verantwoordelijk is voor het verzuim ernstige misdrijven van zijn ondergeschikten te voorkomen indien hij positief *weet* dat die ophanden zijn, is buiten discussie. In zo'n geval zal de meerdere trouwens, indien hij dan opzettelijk nalaat in te grijpen, reeds als mededader of als medeplichtige aansprakelijk zijn.

⁴⁷ Vgl. Landmacht Militaire Doctrine, Den Haag, 1996, blz. 108 (§ 0549).

⁴⁸ Vgl. T. Wu & Y. Kang, Criminal Liability for the Actions of Subordinates – the Doctrine of Command Responsibility and its Analogues in United States Law, Harvard International Law Journal 1997, blz. 272-297 (293-295); K. Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Berlin, 2002, blz. 681.

Het zal echter zelden vóórkomen dat ondergeschikten hun misdadige plannen tevoren aan hun meerdere melden. Dat een meerdere positief wist dat misdrijven ophanden waren, pleegt in de praktijk dan ook veelal te worden afgeleid uit de veelvuldigheid waarmee soortgelijke delicten reeds plaatsvonden. De redenering is dan dat het niet anders kan dan dat de meerdere ervan op de hoogte is geweest, hij *moet* ervan hebben geweten. Een voorbeeld daarvan is de reeds genoemde zaak Yamashita. Ook het Joegoslaviëtribunaal heeft deze redenering toegepast, met betrekking tot de gevangenkamp-commandant Musić. In diens zaak werd overwogen dat de misdrijven die in zijn kamp werden begaan *were so frequent and notorious that there is no way that Mr. Musić could not have known or heard about them*⁴⁹.

Tot bewijs dat een meerdere ervan op de hoogte was dat door zijn ondergeschikten misdrijven werden gepleegd vormt zijn positie als bevelhebber een aanwijzing, maar niet meer dan dat; een rechtsvermoeden van wetenschap vloeit daar niet uit voort⁵⁰.

In het geval van een andere gevangenkamp-commandant viel het oordeel anders uit. De zaak Krnojelac betreft de directeur van een gevangenis in Foča in Bosnië-Herzegovina, en onder meer de vraag of deze als zodanig strafrechtelijk aansprakelijk was voor door zijn bewaarders begane foltering. Foltering, volgens de rechtspraak van het Joegoslaviëtribunaal, is mishandeling met het oogmerk informatie of een bekentenis te verkrijgen, of om te bestraffen of vrees aan te jagen, of om te dwingen iets te doen of te dulden, of om te discrimineren.

Toen één van de gevangenen was ontsnapt, werden de overigen, als straf daarvoor, door de bewaarders mishandeld. Het Tribunaal heeft vastgesteld dat Krnojelac van die mishandelingen op de hoogte was, en niet heeft ingegrepen. Niet is echter komen vast te staan dat Krnojelac wist dat die mishandelingen waren bedoeld als straf, voor de ontsnapping. Krnojelac is daarom op grond van zijn *command responsibility* uitsluitend aansprakelijk gesteld voor zijn verzuim met betrekking tot die gepleegde mishandelingen, niet met betrekking tot foltering⁵¹.

Had moeten weten?

De vraag in hoeverre een meerdere strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor het niet voorkomen van misdrijven waarvan hij *niet* positief wist dat ze ophanden waren, beantwoordt art. 28 ICC, zoals we hebben gezien, voor militaire en voor niet-militaire meerderen op verschillende wijze.

De strafrechtelijke aansprakelijkheid van militaire meerderen voor misdrijven begaan door hun ondergeschikten betreft volgens art. 28 ICC de misdrijven waarvan de meerdere, gelet op de omstandigheden, had moeten beseffen (*owing to the circumstances at the time, should have known*) dat ze ophanden waren.

Voor zodanige strafrechtelijke aansprakelijkheid van een *niet*-militaire meerdere is vereist dat hij bewust geen acht heeft geslagen op informatie die daarop duidelijk wees (*consciously disregarded information which clearly indicated that the subordinates were committing or about to commit such crimes*). Dat laatste criterium komt er in strafrechtelijk Nederlands op neer dat de niet-militaire meerdere eerst aansprakelijk is in geval van voorwaardelijk opzet.

⁴⁹ Prosecutor v. Delalić e.a. Čelebići-zaak), Trial Chamber ICTY, IT-96-21-T, 16 november 1998, § 770.

⁵⁰ Prosecutor v. Aleksovski, ICTY Trial Chamber, IT-95-14/1-T, 25 juni 1999, § 80. Aleksovski was commandant van een militaire gevangenis.

⁵¹ Prosecutor v. Milorad Krnojelac, ICTY Trial Chamber II, IT-97-25-T, 15 maart 2002, § 313-318.

Het *should have known* criterium is volgens art. 28 ICC alleen van toepassing op militaire meerderen. Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van niet-militaire meerderen moet zijn voldaan aan het zwaardere vereiste van voorwaardelijk opzet. Men kan zich afvragen of dit een eerlijk onderscheid is.

In het krijgsbedrijf is niet altijd gelegenheid voor rijp beraad en geniet de meerdere die de leiding heeft noodzakelijkerwijs een groot vertrouwen. Daarbij legt de voor militaire ondergeschikten bovendien geldende gehoorzaamheidplicht op militaire meerderen een zwaardere verantwoordelijkheid dan op civiele. Dat verschil dient mijns inziens echter tot uitdrukking te komen in de strafmaat bij plichtsverzuim, niet in het oordeel of er van plichtsverzuim sprake is.

Weliswaar geldt voor een militaire commandant in sterker mate dan voor een niet-militaire dat hij zich zo goed mogelijk op de hoogte moet houden van het handelen van zijn ondergeschikten. Daarom zal in het algemeen met betrekking tot het begaan van ernstige misdrijven door ondergeschikten aan het *should have known* criterium eerder zijn voldaan indien het een militaire commandant betreft, dan met betrekking tot een niet-militaire meerdere. Maar daarin zie ik geen reden om bij de niet-militaire meerdere een minder strenge maatstaf aan te leggen. Ik zie niet in waarom in gelijke gevallen, te weten bij onbekendheid door onachtzaamheid, een militair wel strafrechtelijk aansprakelijk moet zijn en een burger niet. Op dit punt hebben de opstellers van het Statuut van het ICC mijns inziens een verkeerd uitgangspunt gekozen. Het in art. 28 Statuut ICC gemaakte verschil nodigt de civiele autoriteiten uit, in de woorden van Lippman, *to refrain from scrutinizing the activities of the armed forces*⁵².

In het thans voorliggende Nederlandse wetsvoorstel tot implementatie van het Statuut van het ICC⁵³ wordt tussen militaire en niet-militaire meerderen dan ook geen onderscheid gemaakt. Voor elk van beiden kan de aansprakelijkheid intreden indien hij redelijkerwijs moet vermoeden dat de ondergeschikte een ‘zodanig feit’ begaat.

Vergelijkingen

Opmerking verdient dat volgens de Belgische Wet van 1993/1999 het verzuim het misdrijf te verhinderen, ongeacht of het een militair of een niet-militair betreft, slechts strafbaar is indien deze van het ophanden zijn van het misdrijf *kennis heeft*. Die strafbaarstelling is dus minder ruim dan het volgens art. 28 van het Statuut van het ICC voor militaire commandanten geldende *should have known* criterium.

De met de inwerkingtreding van het Statuut van het Internationale Strafgerechtshof met betrekking tot militaire commandanten ingevoerde maatstaf (“either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known”) lijkt jegens hen strenger te zijn dan die welke geldt onder de Statuten van de beide Ad Hoc Tribunalen (“knew or had reason to know”). Maar laten we nader bezien of dat werkelijk zo is.

Eenzijds heeft de *Appeals Chamber* van het Joegoslaviëtribunaal het standpunt ingenomen dat volgens het in zijn Statuut neergelegde criterium *had reason to know* de meerdere alleen aansprakelijk is voor misdrijven van zijn ondergeschikten indien hem omtrent

⁵² M. Lippman, *The Evolution and Scope of Command Responsibility*, 13 *Leiden Journal of International Law* (2000), blz. 139-170 (165).

⁵³ Kamerstuk II, 2001-2002, 28337, nrs. 1 en 2.

mogelijk ophanden misdrijven informatie heeft bereikt die voor hem aanleiding had moeten zijn om zich nader op de hoogte te stellen⁵⁴.

Anderzijds brengt het *should have known* criterium, dat volgens art. 28 van het Statuut van het Internationale Strafgerechtshof voor militaire meerderen geldt, mee dat de militaire meerdere, als hij aan de mogelijkheid dat zich misdrijven zouden voordoen helemaal niet heeft gedacht, niettemin aansprakelijk is indien hij daaraan, in aanmerking genomen zijn verantwoordelijke positie en de omstandigheden van het geval, had *moeten* denken.

In de rechtspraak⁵⁵ en in de literatuur⁵⁶ wordt uitgegaan van de opvatting dat een militaire commandant verplicht is zich voortdurend op de hoogte te houden van de manier waarop zijn ondergeschikten hun taak uitvoeren. Dat kan echter slechts tot op zekere hoogte gelukken, de meerdere kan nu eenmaal niet alles weten. Als een admiraal een schip naar zee stuurt kan deze niet alles weten wat zich daar aan boord zal afspelen. Als een commandant een patrouille heeft uitgestuurd in een donker bos, kan hij niet alles weten wat er tijdens die patrouille gebeurt. Dat kan geen reden zijn om geen schepen naar zee te sturen en geen patrouilles uit te zenden. Het is wel een reden om een commandant niet op grond van iedere onwetendheid te straffen. Het kan nu eenmaal niet zo zijn dat de meerdere *altijd* aansprakelijk is, ook al valt hem niets te verwijten⁵⁷.

Maar als niet iedere onwetendheid verwijtbaar en strafwaardig is, wanneer geldt *should have known* dan wel?

Het beginsel geen straf zonder schuld brengt mee dat een commandant slechts aansprakelijk kan worden gehouden voorzover hij door zijn *onachtzaamheid* niet heeft begrepen dat misdrijven ophanden waren. In de High Command zaak is dat als volgt verwoord:

*“There must be a personal dereliction. That can occur only when the act is directly traceable to him or where his failure to properly supervise his subordinates constitutes negligence on his part. In the latter case it must be a personal neglect amounting to a wanton, immoral disregard of the action of his subordinates amounting to acquiescence.”*⁵⁸

Daarom kan *should have known* slechts betrekking hebben op wat een alerte commandant op grond van voorhanden informatie omtrent ophanden misdrijven had kunnen en behoren te weten⁵⁹. Fenrick schrijft hierover⁶⁰.

⁵⁴ Delalić e.a. (Čelebići-zaak), Appeals Chamber ICTY, IT-96-21-A, 20 februari 2001, § 238, 241: “A superior will be criminally responsible only if information was available to him, which would have put him on notice of offences committed by subordinates.”

⁵⁵ Hostages case (zie noot 11); Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Trial Chamber ICTY, IT-95-14-T, 3 maart 2000, § 329.

⁵⁶ Sandoz/Swinarski/Zimmermann, Commentary on the Additional Protocols, Geneva 1987, p. 1022 (§ 3560): “Their role obliges them to be constantly informed of the way in which their subordinates carry out the tasks entrusted to them, and to take the necessary measures for this purpose.”

⁵⁷ Prosecutor v. Delalić e.a. (Čelebići-zaak), Trial Chamber ICTY, IT-96-21-T, 16 november 1998, § 383; Appeals Chamber, IT-96-21-A, 20 februari 2001, § 239.

⁵⁸ Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol. XI, p. 543-544; Law Reports of the Trials of War Criminals, Vol. XII, 1949, p. 76.(60) Aldus ook K. Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Berlin, 2002, blz. 702-703.

⁵⁹ Aldus ook K. Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Berlin, 2002, bz. 702-703.

⁶⁰ W.L. Fenrick in: Otto Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Baden-Baden 1999, blz. 519.

“The commander has a duty to have relevant information gathered and to evaluate it. If he or she fails to obtain or wantonly disregards information of a general nature within his or her reasonable access indicating the likelihood of actual or prospective criminal conduct on the part of subordinates, he or she meets the “should have known” standard.”

Bij deze opvatting, die ik onderschrijf, komt het *should have known* criterium van art. 28 ICC wezenlijk overeen met het *had reason to know* criterium van de Statuten van de beide Ad Hoc Tribunalen. Een verzwaring van de aansprakelijkheid van militaire meerderen levert het Statuut van het ICC dus niet op⁶¹.

Praktische toepassing

Het voorgaande neemt niet weg dat het *should have known* criterium als grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid tamelijk vaag is. In de praktijk zal dit criterium niet altijd even gemakkelijk kunnen worden toegepast.

Veronderstel dat een oorlogsschip wordt belast met het uitvoeren van een kustbombardement ter voorbereiding van een landing door mariniers. Vanzelfsprekend mag daarbij alleen op militaire doelen worden gericht, maar wat als zodanig geldt is soms een kwestie van appreciatie. De commandant van het schip laat onder meer een dorpje platbombarderen, in de vrees dat zich daar sluipschutters ophouden die het de mariniers bij hun landing lastig zouden kunnen maken. Levert die handeling een oorlogsmisdrijf op⁶²? Over de hier te maken afweging zal, mede afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van het geval, verschillend kunnen worden gedacht. En indien moet worden geoordeeld dat de gemaakte afweging onjuist was en dat hier inderdaad een oorlogsmisdrijf plaatsvond, onder welke omstandigheden kan dan worden gezegd dat de admiraal die de opdracht tot het bombardement heeft gegeven, *owing to the circumstances at the time, should have known* dat dit oorlogsmisdrijf zich zou voordoen?

Slot

Ongeacht de vaagheid van het *should have known* criterium zullen militaire meerderen met hun ook strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor het doen en laten van hun ondergeschikten terdege rekening dienen te houden, en zullen zij er een extra aansporing in moeten zien om zich van het optreden van die ondergeschikten naar behoren op de hoogte te houden.



⁶¹ Aldus ook Kai Ambos in: Antonio Cassese et al., eds., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford, 2002), Vol. I, blz. 866.

⁶² Vgl. art. 48, 51, 52 en 57 van het Eerste Aanvullend Protocol bij de Conventies van Genève. Zie ook art. 8, lid 2(b), ICC, en tevens art. 1, § 3 sub 12°, van de Belgische Wet van 1993/1999. Zie omtrent bombardementen H. McCoubrey, *International Humanitarian Law*, 2nd, Aldershot, 1998, blz. 218-223.

Imprimerie Drukkerij
CTIDN CVILV
Martelarenstraat, 181
1800 Vilvoorde

Numéro de Dépôt Légal / Afdeling Wettelijk Depot : D001/2003/8547/5– 380 Ex

Imprimé en Belgique Gedrukt in België Printed in Belgium