



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Judges and lawmaking at the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda

Swart, Mia

Citation

Swart, M. (2006, December 13). *Judges and lawmaking at the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/5434>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/5434>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

SAMENVATTING

Dit proefschrift betreft de vraag naar rechtsvorming door de rechterlijke macht bij het ad hoc Joegoslavië Tribunaal, International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia (ICTY) en Rwanda (ICTR). In de Nederlandse context wordt ook wel gesproken over de rechter als ‘wetgever-plaatsvervanger’.

Rechters van Tribunalen hebben zich vaak beroepen op het nieuwe en *rudimentaire* karakter van de Tribunalen om de behoefte te rechtvaardigen tot het maken van materiële en procesrechtelijke regels bij de Tribunalen. Het feit dat deze Tribunalen kunnen worden omschreven als op zich zelf staande systemen, zonder toezichthoudend orgaan met de bevoegdheid om de beslissingen van de Tribunalen te herzien, vraagt om strikt en nauwkeurig onderzoek, en zou kunnen pleiten tegen wetgevende activiteiten

Sommigen menen dat internationale strafhoven een inherente partijdigheid tegen gedaagden hebben. Zij uiten hun bezorgdheid over *het feit dat* er politieke druk op de Tribunalen wordt uitgeoefend om vonnissen uit te spreken waarin de gedaagden schuldig worden bevonden en dat bij veel zaken om politieke redenen en vanwege de zwaarte van de delicten de uitkomst van tevoren vastligt. De druk om te veroordelen zou de wetgevende activiteiten van de rechters verhogen, aangezien het bestaan van dergelijke druk het zeer onwaarschijnlijk maakt dat rechters het *non liquet* uitspreken.

Het is niet het doel van dit proefschrift om vast te stellen of wetgevende activiteiten door de rechterlijke macht al dan niet zou moeten zijn toegestaan. Het doel is eerder om de bijzonderheden van het internationaal strafrecht en de specifieke context van de ad hoc Tribunalen te overwegen en de vraag te stellen: wat zijn de argumenten voor en tegen wetgevende activiteiten door de Tribunalen?

De idee dat internationaal recht een humanitaire functie zou moeten hebben, zou kunnen dienen als een acceptabele rechtvaardiging voor de vergaande wetgevende activiteiten van het Joegoslavië Tribunaal. Theodor Meron heeft beargumenteerd dat de humanitaire principes, zoals neergelegd in de Martens Clausule, voorzien in een machtiging om het internationale humanitaire recht te interpreteren in overeenstemming met de humanitaire principes en hetgeen wordt “voorgescreven door het publieke geweten”. Sommigen, zoals Sassoli en Olson, hebben beargumenteerd dat de wetgevende activiteit van het Tribunaal gerechtvaardigd is vanwege het feit dat de bescherming van het humanitaire recht wordt uitgebreid ten aanzien van hen die voordien niet beschermd waren. Het Hof van Beroep in *Tadic* vertrouwdde op het doel van artikel 4 van de Vierde Geneefse Conventie, gericht op de bescherming van burgers tot het maximaal haalbare, om de bescherming van het humanitaire recht uit te breiden.

Hoe de voortgaande ontwikkeling van het internationale humanitaire recht plaatsvindt is belangrijk. Internationale advocaten wijzen er op dat de groei en interpretatie van internationaal-strafrechtelijke normen moeten worden verenigd met de eerlijke behandeling van de gedaagden, inclusief respect voor het legaliteitsbeginsel en het daarmee samenhangende verbod op de terugwerkende kracht van strafbepalingen (ten nadele). Volgens Alvarez is de spanning tussen de doelen van enerzijds een verdere ontwikkeling van het internationale humanitaire recht en anderzijds de plicht om zich te houden aan het legaliteitsbeginsel toegenomen vanwege het feit dat de internationale gemeenschap steeds vaker grijpt naar het politiek opportune middel van de instelling van *ad hoc* Tribunalen. De spanning is ook in zoverre vergroot dat men zich verlaat op wetgevende activiteiten van de rechters gedurende de looptijd van de strafzaken om het recht een duwtje in een nieuwe richting te geven of om leemten op te vullen.

Dit proefschrift houdt zich met name bezig met de vraag naar de rechtmatigheid en *verantwoordelijkheid* van de ICTY en de ICTR. De ICTY moet, terwijl zij haar rechterlijke functies uitoefent, bijdragen aan het vastleggen van de grotere vraagstukken betreffende de *toerekenbaarheid*, verzoening en het vaststellen van de waarheid met betrekking tot de gebeurtenissen in het voormalige Joegoslavië. Er zal worden beargumenteerd dat door de vragen omtrent de rechtmatigheid van de oprichting van de Tribunalen, de rechters bijzondere terughoudendheid zouden moeten betrachten bij het maken van nieuwe rechtsregels. De onafhankelijkheid van de rechters van de Tribunalen is in dit opzicht ook van belang. Rechterlijke onafhankelijkheid speelt een grote rol bij het in stand houden van de geloofwaardigheid en van de onafhankelijkheid van internationale tribunalen. De kosten van het opzetten van internationale tribunalen zorgen voorts voor een verhoging van de behoefte aan rechterlijke *verantwoordelijkheid*.

Nollkaemper heeft zelfs gesuggereerd dat het Tribunaal, in plaats van kunstmatig te steunen op internationaal gewoonterecht om de gaten op te vullen, eenvoudigweg zou moeten erkennen dat de internationale gemeenschap nog niet in staat is om alle noodzakelijke regels *aan te nemen* om bepaalde gedragingen strafbaar te stellen.

Als men accepteert dat rechters van Tribunalen geen andere keuze hebben dan het nieuwe rechtsregels te ontwerpen, dan is het belangrijk dat deze wetgevende activiteiten worden onderworpen aan beperkingen, waarvan dan het legaliteitsbeginsel de belangrijkste beperking is. In het Rapport van de Secretaris Generaal over de oprichting van de ICTY is het belang benadrukt dat het Tribunaal zich houdt aan de vereisten van het legaliteitsbeginsel. Het Rapport zegt dat: “het internationale tribunaal regels moet toepassen van het internationale humanitaire recht die zonder enige twijfel onderdeel zijn van het gewoonterecht, zodat problemen doordat sommige maar niet alle Staten zich houden aan de specifieke conventies niet kunnen ontstaan”. De Secretaris Generaal legt uit dat

“bij het opdragen aan het Internationale Tribunaal van de taak om personen te vervolgen, die verantwoordelijk zijn voor ernstige schendingen van het internationale humanitaire recht, de Veiligheidsraad *niet wil dat nieuwe rechtsregels worden gevormd of de indruk gewekt wordt dat nieuwe rechtsregels worden gevormd*. De Tribunalen zouden eerder de taak hebben om het bestaande internationale humanitaire recht toe te passen.” Het recht dat wordt toegepast door de Tribunalen moet afkomstig zijn van bestaand internationaal strafrecht of het nationale recht van de plaats waar de handelingen hebben plaatsgevonden waarvan wordt beweerd dat deze strafbaar zijn.

Dit proefschrift houdt zich voorts bezig met zowel het maken van materieelrechtelijke als procesrechtelijke rechtsregels door de rechters. Het maken van materieelrechtelijke rechtsregels is problematischer en moeilijker te definiëren dan procesrechtelijke rechtsregels. Het maken van materieelrechtelijke rechtsregels heeft immers betrekking op de ontwikkeling van het recht dat behoort tot de jurisdictie van de Tribunalen (strafbare feiten die zijn opgenomen in de Statuten van de Tribunalen). Het maken van materieelrechtelijke rechtsregels heeft ook betrekking op de interpretatie en definitie van de bestanddelen van de strafbare feiten en de interpretatie en de definitie van (wijzen van) aansprakelijkheid voor strafbare feiten. Het maken van procesrechtelijke regels daarentegen heeft betrekking op het maken en aanpassen van de rechtsregels met betrekking tot procedure en bewijsmateriaal. Het verschil tussen materieel recht en procesrecht is niet altijd duidelijk. Wijzigingen in het procesrecht kunnen tot gevolg hebben dat de materiële rechten van de gedaagde worden aangetast. Dit is eens te meer een reden waarom de macht van de rechters om met nieuwe regels te komen zeer zorgvuldig moet worden onderzocht.

De Tribunalen zijn ook betrokken bij indirect wetgevende activiteiten. De “Dissenting Opinion” van rechter Cassese in de *Erdemovic* zaak over de plaats die de nationale jurisprudentie zou moeten innemen in het internationale strafrecht, is daar een goed voorbeeld van. Indirecte wetgevende activiteiten vinden plaats wanneer de rechters verklaringen afgeven over zaken die niet de centrale juridische vraag die voor hen ligt betreffen. Deze vorm van wetgevende activiteiten vindt incidenteel plaats als onderdeel van een “obiter”- verklaring.

Eén van de meest interessante kenmerken van de *ad hoc* Tribunalen is de samenstelling en combinatie van de groep rechters. De rechters van de Tribunalen worden beroepen vanuit zowel “*common law*” als “*civil law*” systemen en, alhoewel het recht en de procedures van de ICTY en ICTR voornamelijk “*adversarial*” zijn, hebben veel invloeden van “*civil law*” hun weg gevonden naar de jurisprudentie van het tribunaal. Het verschil tussen *civil en common law* lijkt beslissend voor de houding van de rechters en de publieke acceptatie van wetgevende activiteiten. In *common law* systemen is het geaccepteerd dat *hogere rechters*, binnen zekere grenzen, niet alleen het recht toepassen, maar ook vormen. De implicaties voor het domein van het strafrecht in het bijzonder zullen worden onderzocht. De vraag hoe de *civil*

of *common law* achtergrond van de rechters hun houding ten opzichte van wetgevende activiteiten beïnvloedt, zal worden behandeld.

Rechters die niet bang zijn of zich verontschuldigen over hun rechtsvorming kunnen worden omschreven als actief. In de context van de Tribunalen kan men steun vinden voor zowel rechterlijke terughoudendheid als rechterlijk activisme. Het kan beargumenteerd worden dat zowel het fragiele karakter van de Tribunalen, hun nieuwe en *sui generis* karakter, als het *rudimentaire* karakter van het internationale strafrecht in het algemeen vragen om juridische terughoudendheid. Maar degenen die voor juridisch activisme zijn, hebben zich ook verlaten op de nieuwigheid en het fragiele karakter van de Tribunalen, om hun argumenten voor activisme te ondersteunen. Gedurfde wetgevende activiteiten worden gerechtvaardigd door de wijzen op het *sui generis* karakter van het rechtssysteem van het Tribunaal.⁸⁴ In verband hiermee zullen de handelingen van de rechters van het Internationaal Gerechtshof, the International Court of Justice (ICJ) in de praktijk en hun visie worden besproken. Ondanks het feit dat er een sterke traditie van rechterlijke terughoudendheid is bij de ICJ, zijn er toch een aantal belangrijk voorbeelden van rechterlijk activisme.

Naast de bovengenoemde reden voor rechterlijke terughoudendheid is ook de instutionele competentie van de internationale tribunalen om rechtsregels te maken in twijfel getrokken. Een belangrijke reden waarom internationale rechters terughoudend zouden moeten zijn om nieuwe rechtsregels te maken is dat, in tegenstelling tot de binnenlandse sfeer, er geen mogelijkheid is om de rechtsregel die door de rechters is gevormd te corrigeren door de wetgever, als later de rechtsregel onbevredigend blijkt te zijn. Degenen die beargumenteren dat internationaal recht geen recht is, hebben zich traditiegetrouw beroepen op de afwezigheid van een internationale wetgevende macht en een handhavende macht binnen het internationale recht. Dit betekent dat het leerstuk van de scheiding der machten niet van toepassing is, in elk geval niet zoals deze in eerste instantie is geformuleerd. De afwezigheid van een centrale wetgevende macht of van een vergelijkbaar toezichthoudend orgaan in het opkomende systeem van het internationaal strafrecht plaatst de rechters in de positie van de ultieme wetgevers – een positie die om terughoudendheid vraagt.

Internationaal strafrecht is een *rudimentair* rechtssysteem. Lauterpacht, een groot aanhanger van een volledig internationaal recht en van de ontoelaatbaarheid van *non liquet*, heeft beargumenteerd dat het “gebrekkige” karakter van internationaal recht vraagt om rechterlijke terughoudendheid en zelfs de verklaring van een *non liquet*.

⁸⁴ Zie de mening van Cassese over de amendementen op de Rules of Procedure and Evidence, Adress of Antonio Cassese, President van het ICTY aan de *Verzamelde Vergadering* van de Verenigde Naties, 4 november 1997.

Bij de tribunalen lijkt het erop dat overwegingen als het politieke karakter van de procedure voor benoemingen en de internationale politiek, de benoemingen van rechters beïnvloeden. Er is gezegd dat de politiek de nominatie en de procedure voor de verkiezingen bij het ICTY heeft beïnvloed en dat de rechters die zijn gekozen niet eenvoudigweg zijn gekozen op basis van hun geschiktheid voor de baan.

Bij de bespreking van het verschijnsel van de wetgevende activiteiten van de Tribunalen kijkt dit proefschrift zowel naar de toekomst als naar het verleden. Vergelijkingen worden getrokken met de wetgevende activiteiten en het procesrecht van de Tribunalen van Nürnberg en Tokyo, evenals met de wetgevende activiteiten van de ontwerpers van het statuut en de regels voor het Statuut van Rome van het Internationaal Strafhof.(ICC). The ICTR en de ICTY zijn ook beschreven als modellen of als mogelijke blauwdrukken voor the ICC. Sommigen hebben gesteld dat de Tribunalen de weg hebben vrijgemaakt voor de ICC en dat er bij de ICC minder noodzaak zal zijn voor wetgevende activiteiten.

In hoofdstuk 1 wordt de oprichting en organisatie van de *ad hoc* Tribunalen besproken. De geschiedenis van de pogingen om een internationaal strafhof op te richten zal worden getraceerd vanaf de eerste voorzichtige wortels tot de oprichting van de ICTY, ICTR en ICC. Het is belangrijk dat de Tribunalen worden gezien als legitiem opgerichte Tribunalen. De uitdaging om tot legitimiteit van de oprichting van Tribunalen te komen zal daarom worden besproken.

In hoofdstuk 2 worden het concept en de theorie van de wetgevende activiteiten beschreven, de invloed van het *rudimentaire* karakter van het internationale strafrecht op de wetgevende activiteiten van de rechters van de Tribunalen wordt bediscussieerd en het verschil tussen rechterlijke wetgeving en de ontwikkeling van internationaal recht wordt belicht. De betekenis van het "gat" of *lacuna* in het recht zal worden onderzocht. De vraag of een vonnis van *non liquet* kan worden gezien als een alternatief voor wetgevende activiteiten zal worden onderzocht. Omdat rechters terughoudend zijn in het toegeven dat zij nieuwe rechtsregels schrijven, is het moeilijk om te analyseren wat zij doen. Rechter Cassese lijkt de enige rechter te zijn die zich niet verontschuldigd heeft en die open is over rechtsvorming bij de ICTY.

Omdat de statuten van de ICTY en ICTR geen rechtskeuze bevatten of in bronnen voorziet die lijken op artikel 38 van het statuut van ICJ, zal worden onderzocht op welke bronnen rechters zich kunnen beroepen als zij nieuw recht vormen voor het internationale strafrecht. Bijzondere aandacht zal worden gegeven aan het gewoonterecht en algemene rechtsbeginselen als methodes om nieuw recht te vormen. De rechters van Tribunalen hebben gekeken naar het gewoonterecht om vast te stellen wat de bestanddelen zijn van misdrijven die worden vermeld in de Statuten. Cassese stelt dat *usus* en *opinion juris*, als bestanddelen van het gewoonterecht, een andere rol spelen in het humanitaire

recht dan in het internationale recht in het algemeen onder invloed van de Martens clause. De rechters van de Tribunalen hebben ook vaak hun toevlucht genomen tot algemene rechtsbeginselen als methode om rechtsregels te maken. Er is gesteld dat het steunen op algemene rechtsbeginselen, voor zover dit wordt gebruikt om gaten op te vullen in de toepassing van de bestaande rechtsregels, de vraag op kan roepen van legitimiteit aangezien de waarschijnlijkheid groot is dat de toepassing van “algemene rechtsbeginselen” resulteert in algemeenheid in plaats van in specificiteit.

Hoofdstuk 3 gaat over degenen die de rechtsregels maken: de rechters als een groep van individuen. Frank schrijft dat elke rechtbank zijn eigen “culturele omgeving” schept. Verschillende aspecten van de culturele omgeving van de ICTY en de ICTR krijgen in het boek aandacht. Vragen over onder andere het ontwerpen van het proces en het belang van “dissenting opinions” worden besproken. Het argument dat juridische realisten gebruiken is dat, omdat dat rechters geen automaten zijn, het onvermijdelijk is dat zij worden beïnvloed door hun persoonlijke en professionele achtergronden.

De onafhankelijkheid van de rechters van de Tribunalen is het onderwerp van hoofdstuk 4. Dit hoofdstuk behandelt de vraag wat impact heeft op de onafhankelijkheid van de rechters van de ICTY en de ICTR, zoals bijvoorbeeld de manier waarop de rechters worden gekozen. De vraag of de rechters Odio Benito, Florence Mumba en Richard May zich hadden moeten terugtrekken in specifieke zaken vanwege beweerde vooroordelen zal eveneens aandacht krijgen.

Hoofdstuk 5 spitst zich toe op het belang van het legaliteitsbeginsel binnen de context van het internationale strafrecht in het algemeen en in het bijzonder binnen de context van de Tribunalen. Er wordt gesteld dat binnen de context van het internationale strafrecht, het legaliteitsbeginsel zich opwerpt als de belangrijkste beperking van de rechterlijke wetgevende activiteiten door de rechters. Omdat Duits recht de oudste traditie heeft voor wat betreft het erkennen en de toepassing van het legaliteitsbeginsel, zal de wijze waarop dit beginsel is toegepast binnen het Duitse recht uitgebreid aandacht krijgen. De status van het legaliteitsbeginsel in *common law* jurisdicties zoals de Verenigde Staten, wordt ook besproken. Het schijnt dat er een algemene consensus is dat de context van het internationale strafrecht vraagt om een meer toegevende en flexibele aanpak met betrekking tot de toepassing van dit legaliteitsbeginsel dan wanneer dit wordt toegepast in systemen *binnen een staat*.

In hoofdstuk 6 wordt een aantal gevallen van het maken van rechtsregels in de jurisprudentie van de ICTY en de ICTR besproken. Het maken van rechtsregels moet worden gezien als het ontwikkelen van het recht en het uitbreiden van het recht naar nieuwe gebieden. Verschillende methodes van rechtsvorming zullen worden beschouwd. De geselecteerde jurisprudentie laat onder andere zien hoe de tribunalen definities formuleerden en uitbreidden, telologisch interpreteren en

gaten opvulden in de Statuten. Dit hoofdstuk laat zien hoe de Tribunalen zowel het concept van interne tegenover internationale conflicten heeft ontwikkeld als het concept van *gemeenschappelijke doelen*, vergelding en beschermde personen heeft uitgebreid en ontwikkeld. Aandacht zal worden gegeven aan het indirecte of *obiter* rechtsvorming Cassese in *Erdemovic*. De rechters hebben ook misdrijven zoals foltering en verkrachting gedefinieerd en geherdefinieerd. Deze gevallen van rechtsvorming hebben aanleiding gegeven tot veel academisch debat. Dit hoofdstuk onderzoekt de vraag of dat tot gevolg heeft dat het maken van rechtsregels legitiem of niet legitiem is.

De rechters hebben bij verschillende gelegenheden de procedureregels aangepast en nieuwe regels gevormd. De rechtsvorming wordt besproken in hoofdstuk 7. Het maken van procesrecht door de tribunalen heeft de vorm aangenomen van het maken en aanpassen van de regels van het procesrecht en het bewijsrecht. Het is de opvatting dat de rechters niet de bevoegdheid hebben om nieuwe materiële rechtsregels te ontwerpen of om nieuwe verplichtingen op te leggen op staten onder de dekmantel van het procesrecht. Er kan worden gesteld dat de frequente aanpassingen het legaliteitsbeginsel schenden. Alternatieve oplossingen worden voorgesteld.