



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Neurenberg en het legaliteitsbeginsel: enkele overdenkingen bij een 75e verjaardag

Wilt, H.G. van der; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

Citation

Wilt, H. G. van der. (2021). Neurenberg en het legaliteitsbeginsel: enkele overdenkingen bij een 75e verjaardag. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 129-141). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464071>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464071>

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

NEURENBERG EN HET LEGALITEITSBEGINSEL

Enkele overdenkingen bij een 75^e verjaardag

Harmen van der Wilt

1 INLEIDING

Het zal ergens in 1995 zijn geweest dat Tineke en ik elkaar voor het eerst ontmoetten. Tineke was ontsteld over de massale verkrachtingen die tijdens de oorlog in het verbrokelende Joegoslavië plaatsvonden en dacht na over adequate strafrechtelijke vervolging en berechting van de daders.¹ Ik had net een stukje geschreven over het Joegoslaviëtribunaal en de wankelende status van internationale strafbepalingen in *Recht en Kritiek*, een tijdschrift voor de liefhebber van het diepere rechtstheoretische debat, dat al lang ter ziele is.² Pas later ontdekte ik dat Tineke zich uitvoerig verdiept had in de strafvorderlijke en strafrechtelijke aspecten van het legaliteitsbeginsel en op dat terrein gold als gezaghebbend deskundige.³ Het feit dat ik me destijds meer bezig hield met internationaal recht dan met strafrecht mag als verzachtende omstandigheid gelden, maar toch ...

Om deze ongehoorde onwetendheid enigszins goed te maken, lijkt het me dan ook niet meer dan passend en gepast dat ik deze bijdrage aan het Liber voor Tineke wijd aan een onderwerp dat op het snijpunt ligt van onze juridische interesses. De 75-jarige herdenking van het Neurenbergtribunaal biedt bovendien een mooie gelegenheid om nog weer eens even stil te staan bij de worsteling van het tribunaal met de legaliteitskwestie. Het probleem is overbekend en ik schroom dan ook om het opnieuw onder woorden te brengen: hoe kon de berechting en veroordeling van de kopstukken van het Nazi-regime die zich schuldig hadden gemaakt aan de meest gruwelijke wandaden worden gerechtvaardigd in het licht van een gebrek aan heldere strafbepalingen die voorzagen in individuele strafrecht-

1 Vgl. C.P.M. Cleiren & M.E.M. Thijssen, 'Rape and other forms of sexual assault in the armed conflict in the Former Yugoslavia. Legal, procedural and evidentiary issues', *Criminal Law Forum* 1994(5), p. 471-506.

2 H. van der Wilt, 'Een internationaal straftribunaal voor ex-Joegoslavië: de spanning tussen legaliteit en effectiviteit', *Recht en Kritiek* 1994(20), p. 8-26.

3 Ik volsta in dit verband met te verwijzen naar haar eerste oratie: C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992, haar analyse van art. 1 Sr. In *Tekst en Commentaar* en haar annotaties bij rechterlijke uitspraken over het legaliteitsbeginsel in C.P.M. Cleiren, Th. A. de Roos & M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie Strafrecht Select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005 en 2008.

telijke aansprakelijkheid onder internationaal recht? Overtrad het tribunaal hiermee niet het verbod van toepassing van strafrecht met terugwerkende kracht, hetgeen een doodzonde is volgens het – materieelrechtelijke – legaliteitsbeginsel? In feite behelsde het vraagstuk twee componenten. Het ontluikende internationale strafrecht dat in wetstechnisch opzicht over twijfelachtige geloofsbrieven beschikte moest immers worden afgewogen tegen het nationale Nazi-strafrecht dat – althans gedeeltelijk – de formele toets van het legaliteitsbeginsel kon doorstaan.⁴ Laatstgenoemd aspect, inzake het ‘rechtskarakter’ van Naziwetgeving, heeft in rechtstheoretische kringen tot ongekende beroering geleid. Het heeft de Duitse rechtsgeleerde Gustav Radbruch ertoe gebracht zijn vooroorlogse geloof in rechtspositivisme deels af te zweren en in te ruilen voor een meer natuurrechtelijke oriëntatie.⁵ De bekende *Radbruch Formula* hebben op hun beurt weer de aanzet gegeven tot de wereldberoemde debatten tussen Hart enerzijds en Fuller en Dworkin anderzijds over de verhouding tussen recht en ethiek.⁶ Het is een *mer à boire* dat ik moet laten rusten. Hoewel ik onderken dat genoemde elementen in Neurenberg ten nauwste verweven waren, kunnen zij mijns inziens wel worden onderscheiden. Ik zal mij in deze bijdrage dan ook beperken tot de vraag hoe men in Neurenberg getracht heeft het verwijt dat het legaliteitsbeginsel ‘genuanceerd werd’ of zelfs met voeten werd getreden, te pareren. In paragraaf 2 inventariseer ik de rechtvaardigingen die zijn aangevoerd door het Neurenbertribunaal zelf en tijdens de processen tegen oorlogsmisdadigers die nadien zijn gevoerd onder vigeur van Control Council Law No. 10. Hier zal blijken dat de argumenten niet eenduidig waren en varieerden naar gelang de delictscategorie (misdrijven tegen de vrede, oorlogsmisdrijven of misdaden tegen de menselijkheid) die aan de orde werd gesteld. In paragraaf 3 zal ik vervolgens proberen de aangevoerde argumenten te duiden tegen de achtergrond van de stammenstrijd tussen rechtspositivisten en aanhangers van het natuurrecht. Tenslotte zal ik in paragraaf 4 kort reflecteren op de uitkomst van dit beknopte onderzoek. Daarbij zal ik er vooral op aandringen om de verschillende rechtvaardigingen voor een afwijking van het legaliteitsbeginsel goed uit elkaar te blijven houden. Weliswaar hadden zij de doelstelling gemeen de rechtspleging door het Neurenbergtribunaal en diens opvolgers in bescherming te nemen tegen vernietigende kritiek. Maar de argumenten zijn divers van aard, onthullen verschillen in opvatting over de verhouding tussen recht en moraal en bieden inzicht in de naoorlogse

4 Ik zeg nadrukkelijk: ‘althans gedeeltelijk’, want een open formulering in de trant van ‘strafwaardig volgens de het gezonde rechtsgevoel van het (Duitse) volk’ is natuurlijk in flagrante strijd met het *Bestimmtheitsgebot*. Zie hierover, kort maar krachtig: J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiele strafrecht* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 37.

5 Voor een genuanceerde analyse van de ontwikkeling in Radbruch’s opvattingen, zie B.H. Bix, ‘Radbruch’s Formula and Conceptual Analysis’, *The American Journal of Jurisprudence* 2011(56), p. 45-57. Bix bespeurt toch een zekere continuïteit in zijn gedachtengoed.

6 Zie voor een nuttige inleiding in het Hart-Dworkin debat, Scott J. Shapiro, ‘The “Hart-Dworkin” Debate: A Guide for the Perplexed’, *Michigan University School of Law Working Papers* maart 2007(77) (online beschikbaar).

pogingen een internationale rechtsorde in het leven te roepen waarin de bescherming van de individuele rechten van de mens en staatssoevereiniteit enigszins in balans is.

2 HET VERWIJLT VAN SCHENDING VAN HET LEGALITEITSBEGINSEL: EEN INVENTARISATIE VAN DE TEGENWERPINGEN

Een van de kernpunten in het verweer van de verdediging tijdens het Neurenberg-proces was dat de beschuldigten terecht stonden wegens het plegen van delicten die als zodanig niet strafbaar waren op grond van het internationale recht. De primaire en intuïtieve reactie van het Neurenbergtribunaal was het verwijt domweg te ontkennen. In relatie tot de tenlastelegging van het misdrijf tegen de vrede, waar het verweer waarschijnlijk het meest op zijn plaats was, overwoog het tribunaal als volgt:

‘In the opinion of the Tribunal, the solemn renunciation of war as an instrument of national policy involved the proposition that such a war was illegal in international law; and that those who planned and waged such war, with its inevitable and terrible consequences, were committing a crime in so doing.’⁷

Wat betreft de eerste premisse had het tribunaal het ongetwijfeld bij het rechte eind. Agressieve oorlogsvoering was als middel om internationale conflicten te beslechten in het Kellogg-Brian pact van 1928 in de ban gedaan.⁸ Maar het gemak waarmee vervolgens de staat en natuurlijke personen werden vereenzelvigd, ter onderbouwing van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van laatstgenoemde, stond wel op zeer gespannen voet met de rechtszekerheid, één van de belangrijkste grondslagen van het legaliteitsbeginsel.⁹ De onvoorspelbaarheid werd nog vergroot door het feit dat tot dan toe niemand ooit terecht had gestaan wegens een misdrijf tegen de vrede, noch voor een internationaal tribunaal, noch voor een nationale rechtbank.¹⁰ Wat dit laatste aspect betreft stond het Neurenberg-

7 IMT judgment (Duitsland) 1 oktober 1946 (*The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg*), Part 2, p. 445.

8 *Treaty Providing for the Renunciation of War as an Instrument of National Policy*, Parijs 27 augustus 1928.

9 Zie daarover uitvoerig H. Kelsen, ‘Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?’ *The International Law Quarterly* 1947(1), p. 153-171, met name p. 156. Zo ook C. Tomuschat, ‘The Legacy of Nuremberg’, *Journal of International Criminal Justice* 2006(4), p. 833 die erop wijst dat staatsaansprakelijkheid en individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid qua aard, functie en rechtsgevolgen sterk van elkaar verschillen.

10 De jammerlijke mislukking om de Duitse Keizer Willem II na de Eerste Wereldoorlog te berechten voor dat misdrijf is genoegzaam bekend. Artikel 227 van het Verdrag van Versailles dat de juridische grondslag voor die berechting vormde was uit wetstechnisch oogpunt een monstroom omdat het algemene geldigheid ontbeerde en slechts voorzag in een strafrechtelijke oplossing voor een individueel geval. Zie over de achtergronden uitvoerig W.A. Schabas, *The Trial of the Kaiser*, Oxford: Oxford University Press 2018.

tribunaal bij de berechting van oorlogsmisdrijven wat sterker in de schoenen. Niet alleen waren schendingen van het oorlogsrecht uitdrukkelijk verboden in de Haagse Conventies van 1899 en 1907, de bepalingen van deze verdragen hadden geleid tot strafbaarstelling van oorlogsmisdrijven in nationale wetgeving die de grondslag vormden voor de berechting van militaire tegenstanders. Men zou dan kunnen betogen dat de oprichters van het Neurenbergtribunaal de krachten hadden gebundeld en aan het nieuwe instituut de bevoegdheden hadden gedelegeerd die zij zelf afzonderlijk, via het passief nationaliteitsbeginsel, al hadden kunnen uitoefenen.¹¹

Kon het Neurenbergtribunaal bij misdrijven tegen de vrede en oorlogsmisdrijven in ieder geval nog terugvallen op internationale verbodsbepalingen die hun beslag hadden gekregen in verdragen, bij misdaden tegen de menselijkheid stond het tribunaal wat dat betreft met lege handen, aangezien verdragen geen regelingen bevatten omtrent de behandeling door de staat van diens eigen onderdanen. Het Neurenbergtribunaal had het *nullum crimen*-vraagstuk aan de orde gesteld bij misdrijven tegen de vrede, maar had de kwestie bij misdaden tegen de menselijkheid niet aangeroerd.¹² Ter gelegenheid van de berechting van Joseph Altstötter en anderen (*Justice Trial*), waarbij de vertegenwoordigers van de rechterlijke macht terecht stonden die gemene zaak hadden gemaakt met het Hitler-regime, besteedde de Amerikaanse militaire rechtbank wel uitvoerig aandacht aan de materie.¹³ De rechtbank omschreef de betekenis van het *nullum crimen* beginsel in het internationale recht als volgt:

‘As applied in the field of international law that principle requires proof before conviction that the accused knew or should have known that in matters of international concern he was guilty of participation in a nationally organised system of injustice and persecution shocking to the moral sense of mankind, and that he knew or should have known that he would be subject to punishment if caught.’¹⁴

11 Op die constructie wordt gezinspeeld door Tomuschat 2006, p. 841. Contra, Kelsen 1947, p. 160 die aanvoert dat ‘The jurisdiction of the military tribunals which for many years past have tried and punished individuals guilty of violating the rules of land warfare laid down by the Hague Conventions of 1907 is totally different from the jurisdiction conferred upon the International Military Tribunal by the London Agreement’.

12 S. Lamb, ‘*Nullum Crimen, Nulla Poena sine Lege* in International Criminal Law’, in: A. Cassese, P. Gaeta & J.R.W.D. Jones (red.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 737.

13 United States Military Tribunal (Nuremberg) 17 februari-4 december 1947 (*Trial of Josef Altstötter and others*).

14 United States Military Tribunal (Nuremberg) 17 februari-4 december 1947 (*Trial of Josef Altstötter and others*), p. 43.

Kennis van de morele verwerpelijkheid van het systeem lijkt hier het ultieme oriëntatiepunt voor de strafwaardigheid van het gedrag. In die optiek vervloeien recht en moraal volledig en domineert laatstgenoemde de eerste. Voor die consequentie deinst de rechtbank echter toch weer terug door een anker te zoeken in het positieve recht. Dat komt scherp tot uitdrukking in een citaat van de Britse Hoofdaanklager in Neurenberg, Sir David Maxwell Fyfe, dat de rechtbank met instemming aanhaalt:

‘The Nazis, when they persecuted and murdered countless Jews and political opponents in Germany, knew that what they were doing was wrong *and* that their actions were crimes which had been condemned by the criminal law of every civilised State.’¹⁵

De nevenschikking maakt duidelijk dat persoonlijke wetenschap omtrent moreel afkeurenswaardig gedrag niet volstaat, maar moet worden bevestigd door de beslissing van alle rechtsstelsels om zulk gedrag strafbaar te stellen. Die bevestiging behelst zowel een veralgemenisering als een – extern – bevel tot navolging, hetgeen beide kenmerken van (positief) recht zijn. In de volgende paragraaf kom ik hier nog op terug.

In het internationale (humanitaire) recht had men al eerder zijn toevlucht genomen tot ethische noties, met name ter fundering van het internationaal gewoonterecht. Zo verwijst de befaamde Martens clause die is opgenomen in de Preamble van de Vierde Haagse Conventie van 1907 naar de ‘laws of humanity and the dictates of public conscience’ als normatieve uitgangspunten voor de bescherming van burgers en het gedrag van combattanten in oorlogstijd. De poging om een universeel gedragen, granieten overtuiging te vinden met het oog op de afkeuring van de ergste wandaden is natuurlijk prijzenswaardig, maar schiet, in het licht van de onbepaaldheid en onkenbaarheid van een ‘wereldgeweten’, tekort als basis voor strafbaarstelling. Terecht merkt Werle dan ook op dat de Martens Clause niet de criminalisering van schending van de *laws of humanity and dictates of public conscience* beoogde.¹⁶ Dat het Neurenbergtribunaal zelf ook terughoudend was om de strafbaarheid van misdaden tegen de menselijkheid uitsluitend te grondvesten op morele overtuiging blijkt uit de koppeling van die misdaden aan andere internationale misdrijven als limitering van de rechtsmacht van het tribunaal. Na een opsomming van misdadige gedragingen die *crimes against humanity* constitueren, voegt art. 6, c van het Handvest van Neurenberg er aan toe: ‘when such acts are done or such persecutions are carried out in execution of or in connection with any crime against peace or any war crime.’ Aangenomen

15 United States Military Tribunal (Nuremberg) 17 februari - 4 december 1947 (*Trial of Josef Altstötter and others*), p. 42. Cursivering HvdW.

16 G. Werle, *Principles of International Criminal Law* (2nd ed.), Den Haag: TMC Asser Press 2009, p. 289. In gelijke zin A. Cassese, ‘The Martens Clause: Half a Loaf, or a Pie in the Sky?’, *European Journal of International Law* 2000(11), p. 187.

men moet worden dat deze poging om misdaden tegen de menselijkheid vast te knopen aan misdrijven die uit het oogpunt van legaliteit over sterkere papieren beschikten, ertoe strekte om het verwijt dat het Neurenbergtribunaal het *nullum crimen*-beginsel schond, te weerleggen.¹⁷

Een derde benadering van het vraagstuk kwam neer op de ontkenning dat het *nullum crimen*-beginsel, althans op internationaal niveau, een harde rechtsregel was; veeleer was het een regulerend beginsel van rechtvaardigheid dat moest wijken als de gerechtigheid juist de bestraffing van de grootste wandaden eiste, ook al waren die niet verboden op grond van de wet.¹⁸ Sommige auteurs gingen zelfs zo ver te beweren dat het legaliteitsbeginsel een ethisch principe was dat opzij moest worden gezet als rechtsoverwegingen dat vereisten.¹⁹ Het onderscheid qua reikwijdte en betekenis van het beginsel tussen het nationale en het internationale strafrecht snijdt hout in het licht van de aanzienlijke verschillen in institutionele opbouw en rechtsvorming. Aan de strenge eisen die rechtspositivisten stellen aan het beginsel, ter bevordering van de rechtszekerheid en de machtenscheiding, kon de internationale rechtsorde ten tijde van het Neurenberg-proces onmogelijk voldoen.²⁰ Bij ontstentenis van een universele wetgever of een als zodanig fungerende Algemene Vergadering van de Verenigde Naties die een verdrag had aangenomen dat in de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor internationale misdrijven voorzag, moest men de normen wel bij elkaar sprokkelen en kon de aanvullende rechtsvormende werking van het internationaal gewoonterecht niet worden gemist. Dat er voor die keuze een prijs moest worden betaald wat betreft de helderheid en kenbaarheid van de strafrechtelijke norm was in wezen onontkoombaar. Zoals bekend, maakt het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens in art. 7 expliciet een onderscheid tussen de werking van het *nullum crimen*-beginsel binnen de nationale en in de internationale context. Nadat in lid 1 de

17 Zie in dit verband ook de suggestie van M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Den Haag: Martinus Nijhoff Publishers 1999, p. 126 dat het tribunaal misdaden tegen de menselijkheid had kunnen presenteren als een uitvloeisel van oorlogsmisdrijven, waardoor met behulp van de toepassing van de *eiusdem generis* regel, de strafbaarheid in het licht van het *nullum crimen*-beginsel beter gelegitimeerd had kunnen worden.

18 IMT judgment (Duitsland) 1 oktober 1946 (*The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg*), Part 2, p. 219: 'In the first place, it is to be observed that the maxim *nullum crimen sine lege* is not a limitation of sovereignty, but is in general a principle of justice. To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighbouring States without warning is obviously untrue, for in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong, and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished'.

19 Vgl. R. Woetzel, *The Nuremberg Trials in International Law*, New York: Frederick A. Praeger 1962, p. 111-112.

20 Ik laat hier in het midden of het huidige internationale strafrecht wel de volledige goedkeuring van rechtspositivisten kan wegdragen. Gelet op de grondige codificatie van internationale misdrijven in het Statuut van Rome zal de reputatie in hun ogen op z'n minst genomen wel verbeterd zijn.

hoofdregel is verwoord die het principe in volle omvang van toepassing verklaart binnen een nationaal rechtsstelsel,²¹ vervolgt lid 2 met:

‘This Article shall not prohibit the trial and punishment of any person for any act or omission which at the time it was committed was criminal according to the general principles of law recognised by civilized nations.’

De bepaling verwijst rechtstreeks naar art. 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof dat de rechtsbronnen waaruit het Hof mag putten limitatief opsomt, maar het is ook een duidelijke toespeling op de rechtspleging door het Neurenbergtribunaal.²² De omstandigheid dat lid 2 geformuleerd is als uitzondering op de hoofdregel, roept de vraag op of het een erkenning is van het feit dat het Neurenbergtribunaal zich niet aan het *nullum crimen*-beginsel gebonden achtte. Of moet het toch worden opgevat als een verruiming van de interpretatie van dat beginsel, in de zin dat men handelt in de geest van *nullum crimen*, zolang men maar vaststelt dat het gedrag strafbaar was volgens de algemene rechtsbeginselen die door de beschaafde naties zijn erkend?²³ Men zal misschien tegenwerpen dat het onderscheid vooral van theoretisch belang is, nu het effect hetzelfde is. Maar zoals ik in de volgende paragraaf zal aantonen, maakt het wel degelijk uit voor de rechtsopvatting die aan het beginsel ten grondslag ligt.

3 EEN NADERE DUIDING VAN DE ARGUMENTEN IN HET LICHT VAN RECHTSPOSITIVISME EN NATUURRECHT

Het is opmerkelijk dat het Neurenbergtribunaal en diens opvolgers alle in de vorige paragraaf genoemde argumenten in stelling hebben gebracht om de beschuldiging dat de rechtspleging in strijd was met het *nullum crimen*-beginsel te ontkrachten. Kennelijk achtten men de argumenten niet tegenstrijdig en vond men juist dat zij elkaar versterkten bij de weerlegging van het verweer. Voor die strategie valt wel begrip op te brengen. Toch zal het niemand ontgaan dat de redeneringen verschillend gewicht toekenden aan het *nullum crimen*-beginsel en – in nauwe samenhang daarmee – verschillende opvattingen etaleerden

21 En binnen de internationale rechtsorde, voor zover de individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid op het moment dat het delict gepleegd werd al internationaal erkend was.

22 Dat het artikellid was ingevoerd met de bedoeling om de legitimiteit van die rechtspleging te sauveren, blijkt ook duidelijk uit de travaux préparatoires van het EVRM: ‘(...) the purpose of Article 7(2) is to make clear that Article 7 “does not affect laws which, under very exceptional circumstances at the end of the Second World War, were passed in order to suppress war crimes, treason and collaboration with the enemy”. F. G. Jacobs & R.C.A. White, *The European Convention on Human Rights* (2nd ed.), Oxford: Clarendon Press 1996, p. 168.

23 Zoals boven aangegeven, opteerde de militaire rechtbank in het Justice Trial voor die oplossing.

over de aard van recht, de wijze van totstandkoming daarvan en de relatie tussen recht en moraal.

Zoals eerder aangegeven, speelde het tribunaal bij de bespreking van misdaden tegen de vrede het spel mee door te beweren dat van een schending van het *nullum crimen*-beginsel geen sprake was. Het is de vraag waarom het tribunaal überhaupt dit doorzichtige en eenvoudig te weerleggen argument hanteerde. Misschien was het ingegeven door de afkeer van een rigide, legistische interpretatie van het recht (*Gesetz ist Gesetz!*; *Befehl ist Befehl!*) die juist alle ellende had veroorzaakt. De rechters en openbare aanklagers met een *common law* achtergrond konden hier, bij wijze van didactische exercitie, hun meer flexibele interpretatie van het legaliteitsbeginsel tegenoverstellen. Wat hier ook van zij, de redenering miste overtuigingskracht. Met uitzondering – wellicht – van oorlogsmisdrijven, was individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid voor internationale misdrijven naar de toenmalige stand van het internationale recht een nieuwe uitvinding.

De Amerikaanse rechtbank in de Justice-zaak beseftte dat men, bij de bestraffing van *crimes against humanity*, niet kon terugvallen op internationale rechtsbronnen en precedents. Ter compensatie zocht de rechtbank aansluiting bij het individuele geweten van de daders, aangevuld met de notie dat deze misdaden binnen alle rechtstelsels strafbaar waren gesteld, ter onderbouwing van de stelling dat zij konden verwachten dat zij ooit voor hun wandaden strafrechtelijk ter verantwoording zouden worden geroepen. Die aanpak had een sterk natuurrechtelijke inslag.²⁴ De rechtbank begreep dat zij zich niet uitsluitend kon baseren op de individuele kennis van het onderscheid tussen goed en (fundamenteel) kwaad bij de dader. Hoezeer rechtspositivisten en aanhangers van natuurrecht ook verschillen en hoe hevig zij elkaar ook mogen bestrijden, zij zijn het erover eens dat er onderscheid moet worden gemaakt tussen recht en moraal. Voor natuurrecht-aanhangers schuilt die noodzaak in het feit dat hun pleidooi voor ethisch recht slechts stand kan houden bij de gratie van dat gepostuleerde onderscheid.²⁵ Het belangrijkste verschilpunt is dat moraal een uitsluitend innerlijke aangelegenheid is, terwijl recht een externe gedragsnormering veronderstelt die zo nodig met behulp van sancties kan worden afgedwongen.²⁶ De verwijzing door de rechtbank naar de universele strafbaarheid van misdaden tegen de menselijkheid binnen alle rechtssystemen kan vanuit die optiek worden opgevat als een poging om die externe dimensie veilig te stellen. Daarin manifesteert zich

24 De krachtige invloed van natuurrecht op de Neurenbergprocessen en de heropleving van de doctrine nadien is in de literatuur meermalen gesignaleerd, vgl. bijvoorbeeld Rodger P. Citron, 'The Nuremberg Trials and American Jurisprudence: The Decline of Legal Realism, the Revival of Natural Law, and the Development of Legal Process Theory', *Michigan State Law Review* 2006, p. 385.

25 Zie J.N. Shklar, *Legalism; Law, Morals and Political Trials*, Cambridge/London: Harvard University Press 1986, p. 63.

26 Zie daarover uitvoerig Shklar 1986, p. 39-64 die overigens zelf dit onderscheid veel te rigide vindt, omdat het gebaseerd is op de historische contingentie binnen de Europese moraalfilosofie die, onder invloed van het zondebegrip, ervan uitgaat dat ook de moraal uitsluitend door regels wordt gestuurd.

echter ook een tweede aspect van de natuurrechtdoctrine die wordt gekenmerkt door essentialisme en universele eensgezindheid. De 'hogere' wet wordt door iedereen gehoorzaamd omdat zij een unieke waarde vertegenwoordigt die door allen wordt onderschreven. Die consensus impliceert dat men weet aan welke verboden en geboden men zich heeft te houden en daarmee worden de rechtszekerheid en voorspelbaarheid, de pijlers van het legaliteitsbeginsel, gegarandeerd.

Het is er mij niet om begonnen uitvoerig in te gaan op de voor- en nadelen van de doctrine van het natuurrecht. Persoonlijk sta ik er wat huiverig tegenover. Hoe prijzenswaardig en navoelbaar de intenties van het Neurenbergtribunaal ook waren, dikwijls strekt een beroep op (veronderstelde) eensgezindheid ertoe om machtsaanspraken te maskeren.²⁷ Het gaat mij om de specifieke vraag of het Neurenbergtribunaal met behulp van deze natuurrechtelijke redenering de pretentie waar kon maken dat men althans naar de geest de uitgangspunten van het legaliteitsbeginsel respecteerde. Ik waag dat te betwijfelen. Het argument is kwetsbaar voor de tegenwerping dat binnen de statengemeenschap kennelijk van een dergelijke eensgezindheid geen sprake was. De criminele staat onttrekt zich aan de morele en juridische consensus van de 'beschaafde' naties; de analogie met de (princiële) wetsovertreder binnen de staat dringt zich hierop. De architecten van het Naziregime waren zich hiervan ongetwijfeld bewust, maar voor de gemiddelde inwoner van het 'moreel omgekeerde universum' was dat minder vanzelfsprekend. De multidimensionale normatieve werkelijkheid breekt hem of haar op. De internationale gemeenschap is een 'collectief van collectieven' en juist op dit punt gaat de vergelijking met de burger binnen de staat mank. Elk individu maakt per definitie deel uit van zowel de eigen staat als van de internationale gemeenschap en staat voor een keuze, zodra beide normatieve conglomeraten in tegengestelde richtingen wijzen. Die keuze dient zich dramatisch en onontkoombaar aan, wanneer de staat een handeling of nalaten gebiedt, terwijl de internationale gemeenschap juist die gedraging verbiedt. Een goed voorbeeld is de befaamde casus van de *Schiessbefehle*. Die kwestie had betrekking op de legale praktijk in Oost-Duitsland om burgers die de heilstaat probeerden te ontvluchten stantepede dood te schieten. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens zag zich in 2001 gesteld voor de opgave om te beoordelen of strafbaarstelling van dergelijke executies na de *Wende* strijd opleverde met art. 7 EVRM. Die wetgeving met terugwerkende kracht beperkte immers de reikwijdte van de rechtvaardigingsgrond van een ambtelijk bevel.²⁸ Het Europese Hof had weinig moeite om die vraag ontkennend te beantwoorden, waar het ging om de hoge staatsfunctionarissen op wier gezag de richtlijn was uitgevaardigd. Maar het moest zich in vreemde bochten wringen om aannemelijk te

27 Zie, wederom, met talrijke voorbeelden Shklar 1986, p. 88-110.

28 Voor een interessante bespreking van deze casus, zie G.P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford: Oxford University 1998, p. 106-108, die zich afvraagt of het in het licht van het legaliteitsbeginsel uitmaakt of een latere wet een nieuwe strafbepaling in het leven roept, dan wel de reikwijdte van een strafuitsluitingsgrond beperkt.

maken dat ook de bestraffing van Oost-Duitse grenswachters de toets der kritiek kon doorstaan.²⁹ Het hielp daarbij niet erg dat het Hof verwees naar internationaal gewoonterecht en normen van *jus cogens*, waar de Duitse Grondwet blanco aan refereerde, nu die normen niet zo *foreseeable and accessible* zijn voor de gemiddelde rechtsgenoot.³⁰ Wat men ook van de uitkomst mag vinden, zij maakt duidelijk dat ook voor het Hof het bovengenoemde onderscheid tussen staatsfunctionarissen en gewone burgers blijkbaar relevant was.

Kern van de zaak is dat in geval van tegenstrijdige normen die afkomstig zijn van verschillende rechtsstelsels waaraan men is onderworpen, de individuele burger wordt teruggeworpen op zijn eigen kennis van goed en kwaad. Aangezien de natuurrecht-doctrine dat om bovengenoemde redenen niet toelaat moet men zijn toevlucht nemen tot het oordeel van de beschaafde naties om de keuze de goede kant te laten uitvallen. Maar dit redmiddel is niet overtuigend, nu de superioriteit van dat oordeel gebaseerd is op een veronderstelde eensgezindheid die in werkelijkheid niet bestaat. De suprematie van het internationale (straf)recht kan alleen worden geconstrueerd doordat strafbepalingen in het leven worden geroepen, waarmee de individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt geaccepteerd. En dat is precies wat het Neurenbergtribunaal in 1945 voor het eerst heeft gedaan.

Het brengt mij op de bespreking van het laatste argument, waarin openhartig werd toegegeven dat het *nullum crimen*-beginsel weliswaar een zeer belangrijk rechtsprincipe was, maar dat het in deze uitzonderlijke omstandigheden moest wijken voor nog zwaarder wegende overwegingen van rechtvaardigheid. Het zal wellicht op het eerste gezicht verbazing wekken dat deze oplossing de goedkeuring kon wegdragen van de rechtsfilosoof Hart. Als kampioen van de rechtspositivisten zou men van hem toch onwankelbare trouw aan het legaliteitsbeginsel veronderstellen. Hart's afgetrainde rechtsconcept stelde geringe, formele eisen aan de rechtsgeldigheid van een wet. Die moest zijn uitgevaardigd door een daartoe bevoegde en capabele autoriteit, algemene gelding hebben en slechts van toepassing zijn op toekomstige gebeurtenissen. Van nadere voorwaarden van inhoudelijk-morele aard wilde Hart niet weten. Nu was het zonneklaar dat een aantal producten van legislatieve arbeid tijdens het Nazibewind zelfs niet aan deze bescheiden eisen voldeden – omdat ze niet waren gepubliceerd of zelfs niet eens de schijn van algemene geldigheid ophielden –, maar dat gold niet voor alle Naziwetgeving. In zijn fameuze debat met Lon Fuller haalt Hart een op ware feiten gebaseerde gebeurtenis aan, waarin een vrouw die kennelijk genoeg had van haar man, laatstgenoemde bij de Nazi's aangaf op beschuldiging van politiek-

29 ECtHR Grand Chamber 22 maart 2001 (*Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*), Appl. Nos. 34044/96 and 44501/98.

30 Zie voor een kritisch-genuanceerd commentaar M. Boot, *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter of the International Criminal Court; Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes*, Cambridge/Antwerpen: Intersentia 2002, p. 167-170.

dissidente ideeën.³¹ Ieder weldenkend mens was het erover eens dat de wet inhoudelijk uiterst verwerpelijk was, maar volgens Hart ging het erom dat zij wel volgens de regelen der kunst tot stand was gekomen en daardoor in beginsel rechtsgeldig was. Hart kon zich erin vinden dat de vrouw na de oorlog alsnog werd bestraft, maar dat kon uitsluitend op basis van een nieuwe wet, waarin de terugwerkende kracht expliciet werd erkend. Hij gaf toe dat met deze benadering het door hem zo gekoesterde legaliteitsbeginsel geweld werd aangedaan, maar dat was de onvermijdelijke prijs die moest worden betaald in de zoektocht naar de meest rechtvaardige oplossing. Hart's eigen rechtsfilosofie bood ook wel enige ruimte voor deze redenering, waar hij onderscheid maakt tussen de formele geldigheid en de toepassing van de wet. Hoewel Hart zijn opvatting aan de hand van het voorbeeld van een formeel rechtsgeldige Naziwet illustreerde, was hij bereid zijn voorkeur voor de expliciet erkende terugwerkende kracht en de daarmee onvermijdelijke inbreuk op het legaliteitsbeginsel te veralgemeniseren. Zoals zijn biograaf, Nicola Lacey het formuleert:

'Some sacrifice of justice was, in these circumstances, inevitable: but in Hart's view the positivist position was both more consistent with a proper understanding of the rule of law than its naturalist alternative, and more sophisticated in recognizing that a respect for legality is not the only value in our morally complex world.'³²

Naarmate ik er langer over nadenk, raak ik er meer van overtuigd dat dit niet alleen de enig mogelijke maar ook de meest waarachtige oplossing is. Zij doet recht aan het revolutionaire karakter van het Neurenberg-proces. In Neurenberg werd het internationale strafrecht uitgevonden. Het tribunaal kon terugvallen op eerdere verbodsbepalingen, maar de doop van nieuwe strafbepalingen was onverenigbaar met eerbiediging van het *nullum crimen*-beginsel.

4 SLOTBESCHOUWING

De bewering dat in Neurenberg het *nullum crimen sine lege*-principe is gerespecteerd kan geen standhouden, noch in strikte zin, noch volgens ruimere natuurrechtelijke opvattingen. Tijdens het proces werd voor het eerst in de geschiedenis individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid op grond van internationaal recht erkend. Wilde men de daders van deze

31 Zie voor het debat H.L.A. Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals', *Harvard Law Review* 1957(71), p. 593 en de reactie van Fuller 'Positivism and the Fidelity to Law', *Harvard Law Review* 1958(71), p. 620.

32 N. Lacey, 'H.L.A. Hart's rule of law: the limits of philosophy in historical perspective', *Quaderni fiorentini* 2007(36), p. 4.

internationale misdrijven bestraffen – hetgeen ook daadwerkelijk is gebeurd –, dan kon dat alleen geschieden op basis van de toepassing van het recht met terugwerkende kracht. Het zijn de belangrijkste conclusies van dit korte essay.

Na en door Neurenberg heeft het legaliteitsbeginsel in het internationale strafrecht vaste vorm aangenomen, vooral nadat de Neurenberg beginselen in 1950 door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties waren aangenomen.³³ Dat heeft erkenning gekregen in art. 7 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en art. 15 van het Internationaal Verdrag inzake Burger en Politieke Rechten, nu beide bepalingen refereren aan strafbaarstelling naar internationaal recht, hetgeen een toereikende grondslag is voor bestraffing. Het tweede lid van beide artikelen moet worden opgevat als een uitzondering op het legaliteitsbeginsel, waarin de constituerende arbeid van het Neurenbergtribunaal werd gesauveerd.³⁴ De frase ‘(...) criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations’ is ontleend aan de uitspraak van het Neurenbergtribunaal en acht ik om eerdergenoemde redenen weinig gelukkig gekozen.

Op de fundamenteën van Neurenberg kon een nieuwe internationale rechtsorde worden opgebouwd, waarin veel aandacht werd besteed aan het individu, als dader en als slachtoffer. Het is niet overdreven te stellen dat het Neurenberg-proces van grote invloed is geweest op de ontwikkeling van de rechten van de mens. Het legaliteitsbeginsel heeft binnen de bredere context van de bescherming van de rechten van de mens een vliegwieleffect gekregen. Enerzijds biedt het de burger immers rechtszekerheid tegen een overheid die met behulp van strafrechtspleging geneigd is diens vrijheid te beknotten. Men zou zelfs kunnen beweren dat internationale justitiële organen nationale overheden met meer gezag op eerbiediging van het beginsel konden aanspreken nu het internationale strafrecht op dit punt de zaken beter op orde had. Anderzijds geeft het internationale straftribunalen en -hoven, in een delicate interactie met de statengemeenschap die te vergelijken is met een internationale wetgever, ook bevoegdheden om op te treden tegen plegers van internationale misdrijven en daarmee het pantser van de staatssoevereiniteit te doorbreken. Aan een dergelijke invulling van het legaliteitsbeginsel ligt de rechtspolitieke keuze ten grondslag om de positie van het individu ten opzichte van de staat behoedzaam maar gestaag te versterken. Als ik het goed begrijp, strookt die voorstelling van zaken ook met de opvatting van Groenhuijsen die beweert dat de invoering en nadere vormgeving van het legaliteitsbeginsel berusten op rechtspolitieke postulaten. Hij illustreert dat door de voorliefde van

33 *The Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and the Judgment of the Tribunal* zijn in 1950 opgesteld door de International Law Commission en gepubliceerd in het *Yearbook of the ICL*, 1950, Vol. II, §97.

34 In gelijke zin, Boot 2002, p. 169-170.

Montesquieu voor de algemeenheid van het wetsbegrip te herleiden tot diens ideale staatsinrichting, gebaseerd op de *trias politica*-leer.³⁵

De staatsrechtelijke component van het legaliteitsbeginsel is binnen de internationale rechtsorde – om voor de hand liggende redenen – veel minder prominent dan in nationale rechtsstelsels. Maar de waarborg van rechtszekerheid en de instrumentele functie die historisch geduid moeten worden als een poging om het individu tegen de staat in bescherming te nemen zijn overduidelijk aanwezig. Het blijft een intrigerende paradox dat dit prijzenswaardige project pas gestalte kon krijgen nadat het legaliteitsbeginsel was verzaakt.

35 M.S. Groenhuijsen, *Straf en Wet; Beschouwingen over het legaliteitsbeginsel in het hedendaagse strafrecht tegen de achtergrond van actuele legitimatieproblemen* (oratie Tilburg), Gouda Quint: Arnhem 1987, p. 38.