

SUMMARY

The Statute of the Permanent International Criminal Court (ICC), the text of which was laid down in Rome on the 17th of July 1998, raises many interesting questions, especially with those who study war crimes law. For this reason, a Seminar was held on 22 October 1999 in the National Defence College at Rijswijk, The Netherlands, entitled “*War Crimes Law and The Statute of Rome: Some Afterthoughts?*”. The Seminar sought to gain insight into the following three topics:

- *The responsibility of superiors for the criminal acts of their subordinates. This principle of criminal law, which is still in the process of crystallization, is formulated in Article 28 of the Statute.*
- *Compliance with superior orders, as a defence. Unlike the Statutes of the ad hoc tribunals for Yugoslavia and Rwanda, which exclude compliance with superior orders as a defence, Article 33 of the Statute of the ICC does, albeit under certain conditions, indeed provide for such a defence.*
- *Having acted in self-defence. Notwithstanding the seriousness of the crimes for which the Statute gives jurisdiction, Article 31-(1)-(c) of the Statute does provide for such a defence, if certain conditions have been fulfilled of course. Strikingly, this provision encompasses the defence of property that is essential for accomplishing a military mission.*

During the Seminar, these topics were dealt with by Mr. William Fenrick, (Yugoslavia Tribunal, The Hague), Prof. Dr. Horst Fischer, (Leiden University), Col. Charles Garraway, (British Army Legal Services) and Prof. mr. Nico Keijzer, (Tilburg University). A presentation was also made by Mrs. Liesbeth Zegveld of Erasmus University, Rotterdam.

Concerning the criminal responsibility of superiors for crimes committed by their subordinates, Professor Fischer pointed out that Article 28 of the Statute consists of two parts, which contain different conditions for the criminal responsibility of a non-military superior and for the criminal responsibility of a military commander. For the latter to be criminally liable for crimes committed by forces under his command it suffices that he *should have* known that those forces were committing or about to commit such crimes. In contrast, in order for a non-military superior to be criminally liable for crimes committed by his subordinates, he must have known, or *consciously* disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes.

Professor Fischer was critical of Article 28 because he believed that the cumulative requirement of effective command *and* control would entail an acquittal for a military commander who did not have effective

Mrs. Zegveld made clear that Article 28 of the Statute does not require that there be a formal command relationship for a superior to be criminally liable for the crimes of his subordinates. The article can therefore be applied to leaders of armed opposition groups as well.

Regarding the criminal liability of a non-military superior for crimes committed by his subordinates, Professor Fischer mentioned that Article 28, subparagraph 2-(b) contains the requirement that the crimes be committed by subordinates under his effective authority and control. He felt that this element would have to be developed in case law, in order to make clear what in this context 'effective responsibility' really means.

The fact that a defendant acted pursuant to superior orders was explicitly excluded as a defence by the Charter of the International Military Tribunal of Nuremberg. Taking into account that this Charter was written in relation to the trial of the *major war criminals*, the top leaders of the Nazi regime, this was quite understandable. They were not in the position of complying with orders, but were the ones who took the initiative to issue the orders. Also, later international statutes for the trials of alleged war criminals excluded this defence, although they also concerned persons who indeed were in the position of complying with orders. Nevertheless, it has been recognized in the international case law and criminal law literature that, unless the ordered act is manifestly illegal, a soldier in a subordinate position has the right to assume that the orders of his superiors are in conformity with international law. Even if the execution of a certain order in hindsight amounts to a war crime, the illegality of the ordered act can at the moment when the order must be executed be unclear. This may be caused by a lack of insight into the factual situation. It can also be the result of an ambiguity of the law; there still are grey areas in the laws of war. Col. Garraway made clear that Article 33, which reflects this idea, is not a departure from customary international law.

It was felt by the speakers that the difference in the standards of the Statutes of the ad hoc Tribunals for Yugoslavia and Rwanda and of the ICC would probably have no great practical impact. It was pointed out that in the Yugoslavia Tribunal the plea of superior orders is often raised, but shrouded in other defences, such as duress, mistake of fact, or mistake of law.

The laws of self-defence in the various national jurisdictions are not

conference at Rome, where the Statute of the ICC was negotiated, Article 31-(1)-(c) was drafted as the result of a compromise between those who wanted the right of self-defence to extend to property and those who did not. This provision has met serious criticism, however, especially because the defence of 'property which is essential for accomplishing a military mission' is mentioned as a possible reason for acquittal. In this way, the provision seems to seriously undermine the system of the laws of war, which is based on the idea that military necessity, *Kriegsraison*, cannot justify the commission of a war crime. The wording of Article 31-(1)-(c) was also criticized by several speakers during the Seminar. On the other hand, attention was drawn to the requirements, which are embedded in this provision, that the defensive act should be reasonable and in a manner proportionate to the degree of danger to the property protected. The law of belligerent reprisals remains relevant in this context: Article 31-(1)-(c) can therefore be interpreted in such a way that there is no need to fear that defendants will always be acquitted if they have acted on the basis of military necessity.

SAMENVATTING

Het op 17 juli 1998 in te Rome vastgestelde Statuut van het op te richten Permanente Internationale Strafgerechtshof (PISG) roept diverse interessante vragen op, in het bijzonder bij wie geïnteresseerd is in het oorlogsstrafrecht. Om die reden heeft onze *Société* een internationaal seminar georganiseerd, hetgeen plaatsvond op 22 oktober 1999 in het Instituut voor Defensieoergangen te Rijswijk, Nederland, onder de titel "*War Crimes Law and The Statute of Rome: Some Afterthoughts?*". Met het seminar werd beoogd helderheid te krijgen omtrent de volgende drie thema's:

- *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van meerderen voor strafbare gedragingen van hun ondergeschikten: Dit leerstuk, dat zich nog in ontwikkeling bevindt, heeft zijn voorlopige neerslag gevonden in art. 28 van het Statuut.*
- *Het beroep op een bevel van een meerdere: Anders dan de Statuten van de ad hoc tribunaal voor Joegoslavië en Rwanda, waarin het hebben gehandeld op bevel van een meerdere als strafuitsluitingsgrond wordt uitgesloten, voorziet art. 33 van het Statuut van het PISG, zij het onder bepaalde voorwaarden, juist wel in een zodanige strafuitsluitingsgrond.*
- *Het beroep op noodweer als strafuitsluitingsgrond: Niettegenstaande de uitzonderlijke ernst van de feiten waarvoor het Statuut strafrechtsmacht verleent, voorziet art. 31-(1)-(c) van het Statuut, natuurlijk onder bepaalde voorwaarden, in een zodanige strafuitsluitingsgrond. Hierbij valt in het bijzonder op dat deze ook geldt voor de verdediging van property which is essential for accomplishing of a military mission.*

Tijdens het Seminar werden deze onderwerpen belicht door: Mr. William Fenrick, (Joegoslaviëtribunaal, Den Haag), Prof. Dr. Horst Fischer, (universiteit Leiden), Col. Charles Garraway, (*British Army Legal Services*) en Prof. mr. Nico Keijzer, (universiteit Tilburg). Ook werd een presentatie gegeven door mr. Liesbeth Zegveld (Erasmus Universiteit, Rotterdam).

Met betrekking tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid van superieuren voor gedragingen van hun ondergeschikten werd er door Professor Fischer op gewezen dat art. 28 van het Statuut uit twee leden bestaat, welke voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een niet-militaire meerdere andere voorwaarden bevatten dan voor die van een militaire commandant. Voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de militaire commandant is voldoende dat kan worden gezegd dat hij had moeten weten dat zijn ondergeschikten handelingen pleegden, of op het punt stonden te plegen, als die waarvan hem het niet tegenaan wordt verweten. Voor de niet-militaire meerdere geldt dat hij dienaangaande voorwaardelijk opzet moet hebben gehad.

vrijgesproken indien hij zijn ondergeschikten niet onder zijn *control* had. Mr Zegveld maakte duidelijk dat volgens art. 28 van het Statuut voor strafbaarheid van de meerdere niet het bestaan van een formele commandoverhouding is vereist, zodat deze bepaling mede van toepassing kan zijn op leiders van gewapende oppositiegroepen.

Met betrekking tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid van niet-militaire meerderen voor gedragingen van hun ondergeschikten wees Prof. Fischer op art. 28, tweede lid onder (b), van het Statuut, volgens hetwelk deze aansprakelijkheid slechts betrekking heeft op gedragingen die vallen onder zijn *effectieve* verantwoordelijkheid. De grenzen van dit begrip zullen nog moeten worden ontwikkeld in de rechtspraak.

Het beroep op bevel van een meerdere was in het Handvest van het Internationale Militaire Tribunaal van Neurenberg uitgesloten. Dat verbaast niet, want dat Tribunaal had te oordelen over de *major war criminals*, de leiders van het Nazi-regime; dat waren initiatiefnemers, geen mensen die handelden op bevel. Ook in latere internationale statuten voor de berechting van verdachten van oorlogsmisdaden werd het beroep op bevel van een meerdere als schulduitsluitingsgrond uitgesloten, hoewel het niet slechts initiatiefnemers maar ook uitvoerders kon betreffen. Niettemin is in de internationale rechtspraak en in de strafrechtelijke literatuur erkend dat een ondergeschikte tot op zekere hoogte - behoudens *manifest illegality* - op de rechtmatigheid van de hem door een militaire meerdere gegeven bevelen moet kunnen vertrouwen. Ook van een bevel waarvan de uitvoering, achteraf beoordeeld, een schending van de wetten en gebruiken van de oorlog oplevert kan de onrechtmatigheid op het moment van uitvoering redelijkerwijze verborgen zijn, hetzij door gebrek aan inzicht in de feitelijke situatie, hetzij omdat op het desbetreffende punt het recht nog niet duidelijk is; er bestaan in het oorlogsrecht immers nog steeds grijze zones. Art. 33 van het Statuut van het PISG is met dit inzicht in overeenstemming, zoals Col. Garraway aantoonde, en niet in strijd met internationaal gewoonterecht.

De sprekers waren echter van gevoelen, dat het verschil tussen de Statuten van het Joegoslaviëtribunaal en van het Rwandatribunaal, waarin het beroep op bevel van een meerdere geheel wordt uitgesloten, en dat van het PISG, waarin het *manifest illegality* criterium is neergelegd, in de praktijk vermoedelijk geen grote gevolgen zal hebben. Een zodanig beroep wordt ook bij het Joegoslaviëtribunaal wel gedaan, maar dan verpakt in een beroep op een andere, niet uitgesloten strafuitsluitingsgrond, zoals overmacht of dwaling.

noodweerhandeling gerechtvaardigd kan zijn indien zij slechts strekt ter verdediging niet van een mens maar van een goed. Tijdens de diplomatieke conferentie te Rome, waar het Statuut van het PISG is vastgesteld, is getracht dienaangaande een voor alle partijen aanvaardbaar compromis te bereiken, en art. 31-(1)-(c) van het Statuut vormt daarvan de neerslag. Veel kritiek heeft deze bepaling echter geoogst voorzover zij inhoudt dat de verdediging van *property which is essential for the accomplishing of a military mission* als strafuitsluitingsgrond kan gelden; daarmee lijkt immers het gehele oorlogsrecht te worden ondergraven, dat er immers van uitgaat dat oorlogsnoodzaak, *Kriegsraison*, geen rechtvaardiging kan zijn voor het plegen van oorlogsmisdrijven. Gedurende het seminar werd deze woordkeus door verscheidene sprekers eveneens bekritiseerd, zij het dat tevens werd gewezen op de vereisten dat is gehandeld *reasonably*, en *in a manner proportionate to the degree of danger to the property protected*. Bij de beoordeling of dat het geval is speelt het recht met betrekking tot oorlogsrepresailles een rol. Art. 31-(1)-(c) kan dan ook op zodanige wijze worden geïnterpreteerd dat, anders dan door de critici wordt gevreesd, een beroep op oorlogsnoodzaak niet steeds behoeft te worden toegewezen.