

Dames en heren, familie en vrienden van Bert Róling

Laat ik beginnen met de organisatie, de Foundation Max van der Stoel en Nico Schrijver te bedanken voor de uitnodiging om vandaag te spreken. Het is een eer om enkele openingswoorden te spreken op een symposium gewijd aan Bert Róling, de eerste internationale strafrechter die Nederland kende. Een rechter met een afwijkende mening; een rechter zoals een rechter moet zijn: onafhankelijk. Zijn nalatenschap is van groot belang tot op de dag van vandaag. Toen ik als promovenda aan een proefschrift werkte over de aansprakelijkheid van leidinggevendenden voor internationale misdrijven heb ik veel steun gevonden in zijn separate opinion bij de uitspraak van het Tokio tribunaal. En later als promotor van een proefschrift over het misdrijf van agressie was zijn werk opnieuw belangrijk.

Ik ben gevraagd vandaag een opiniërende opening te geven. Ik geef daar graag gehoor aan en ik doe dat door 5 punten naar voren te brengen.

1. Laat ik beginnen iets te zeggen over het internationaal strafrecht (ISR). Dat is nog steeds een jonge discipline, ondanks het feit dat het in de afgelopen decennia een enorme ontwikkeling heeft doorgemaakt. Het is spijtig dat Bert Róling dat niet meer zelf heeft meegemaakt. De tribunalen voor voormalig Joegoslavië en Rwanda traden in de voetsporen van Neurenberg en Tokio. Dat geldt ook voor het in 2002 opgerichte Internationaal Strafhof (ISH) dat voor het eerst sinds Neurenberg en Tokio agressie (voorheen: misdrijf tegen de vrede) strafbaar heeft gesteld.

Toen ik het boek van Hugo Róling over zijn vader las, bekwam mij op momenten een gevoel van herkenning. Met name Bert Róling's opmerkingen over de verschillen in rechtscultuur zijn herkenbaar. Róling had moeite met de Angelsaksen die hij pragmatici noemt (p. 150) en niet behept met het vermogen abstract over het recht te denken. Deze rechtsculturele verschillen beïnvloedden de samenwerking en interpersoonlijke relaties. Dat was in Róling's tijd zo en ik ben geneigd te denken dat dat heden ten dage niet anders is. Toen ik in 2010 als visiting professional bij het ISH werkte was het hof echt in kampen verdeeld: tussen de Angelsaksen – de common lawyers – en de niet-common lawyers: de Frans-, Duits- en Spaansprekenden. Ook liep er een scheidslijn tussen enerzijds

diplomaten die hadden deelgenomen aan de oprichting van het Hof, en een politieke gevoeligheid hadden rondom bepaalde juridische leerstukken, en anderzijds juristen die vanuit de nationale rechtspraak naar het Hof kwamen en een internationale strafzaak behandelden als iedere andere strafzaak. Ondertussen is de sfeer veel beter maar de breuklijnen blijven zichtbaar wanneer het eigen strafrechtstelsel als superieur wordt neergezet en de standaard wordt bij de beoordeling van juridische en bewijsrechtelijke kwesties. Dat gezegd hebbende, er is meer bereikt dan in Róling's tijd: bij het Joegoslavietribunaal is na decennia van internationale strafrechtspraak daadwerkelijk een procesvorm ontwikkeld die als mengvorm kan worden aangemerkt van verschillende procesculturen.

2. Het tweede punt betreft Róling's opvatting van de rol als rechter. Deze komt tot uiting in zijn brieven maar volgt ook rechtsreeks uit zijn afwijkende vonnis of separate opinion. Róling voelde het als zijn taak om het recht zoals vastgelegd in het Handvest van het Tribunaal te toetsen aan het bestaande volkenrecht. Het was van groot belang dat het Tribunaal een uitspraak over vervolging voor misdrijven tegen de vrede zou onderbouwen en zo zou bijdragen aan de rechtsontwikkeling. De meerderheid daarentegen accepteerde het Handvest als de stand van het recht en verkoos het "slaafs te volgen" (p. 235). Uiteindelijk lijkt Róling zich neer te hebben gelegd bij de gedachte dat zijn rol neerkomt op het vaststellen van de feiten, niet het recht. Hij had daar moeite mee. Ook omdat hij daarmee gedwongen werd het misdrijf tegen de vrede/agressie als zodanig te aanvaarden en zo het risico liep een instrument te worden van power-politics. Dit was waarschijnlijk de belangrijkste reden voor hem om een separate opinion te schrijven. Aanvankelijk had hij juist bepleit dat het Tribunaal met één stem zou spreken en dat meningsverschillen binnenskamers zouden blijven.

Hier raken we aan een belangrijk thema in het internationale strafrecht: het gezag en de legitimiteit van de uitspraak. Een bezwaar dat vanouds tegen separate en dissenting opinions wordt genoemd is dat ze het gezag van de uitspraak aantasten. In Nederland wordt één keer in de zoveel tijd gediscussieerd over de vraag of de Hoge Raad zou moeten werken met een systeem van afwijkende meningen. Het argument van gezag en legitimiteit weegt zwaar om het

huidige systeem van beslissen bij meerderheid en het geheim van de raadkamer te handhaven. Róling was zich bewust van de legitimiteit van het Tribunaal in een gemeenschap waar “schoftendom en hypocrisie welig tieren” (p. 236). Dat was voor hem een reden om zich aan het Handvest te houden en uiteindelijk een zeer genuanceerde positie in te nemen ten aanzien van het misdrijf tegen de vrede: hij accepteerde het als internationaal misdrijf maar wel met de kanttekening dat onder bepaalde omstandigheden een non-defensieve oorlog geen daad van agressie was. Hij zet deze genuanceerde positie uiteen in zijn separate opinion. Zijn oorspronkelijke pleidooi voor het spreken met één stem laat hij varen. Kennelijk was zijn geweten te bezwaard om dat na te streven.

Tot op de dag van vandaag is de praktijk van separate en dissenting opinions de geaccepteerde in het internationale strafrecht. Sommige opinions zijn van grote invloed op de rechtsontwikkeling. Zo leidde Antonio Cassese’s separate en dissenting opinion in de *Erdemovic*-zaak tot de mogelijkheid om psychische overmacht te bepleiten bij het ISH. Dissenting of separate opinions – minderheidsopvattingen - bieden daarnaast een uitlaatklep voor frustratie in een rechtsgebied waar de neuzen niet altijd dezelfde kant op wijzen (meest recente voorbeeld: dissenting opinion van Lattanzi in de zaak *Seselj* d.d. 31/3/2016). Mijn indruk is wel dat de praktijk van dissenting en separate opinions niet goed is voor de sfeer binnen een Kamer en een Hof of Tribunaal; een niet onbelangrijk punt dat ik voor nu buiten beschouwing laat.

3. Het derde punt betreft het legaliteitsbeginsel. Een van de belangrijkste punten van kritiek op zowel het Neurenberg Tribunaal als het Tokyo tribunaal betreft het retroactieve aspect ervan. Misdrijven tegen de menselijkheid en misdrijven tegen de vrede waren ten tijde van het plegen ervan niet als zodanig strafbaar gesteld; dat schendt het legaliteitsbeginsel dat het achteraf strafbaar stellen van gedrag verbiedt.

Het legaliteitsbeginsel is een van de kernwaarden van de rechtstaat en de hoeksteen van elk strafrechtssysteem. Het heeft de status van mensenrecht. Het is een complex beginsel met een heel aantal aspecten en geldt in verschillende relaties (burger: fair warning, en democratische kant: machtscheiding).

Róling wees kritiek op schending van het legaliteitsbeginsel van de hand door te wijzen op de primitieve aard van het internationale strafrecht. In zijn separate opinion schrijft hij dat het legaliteitsbeginsel een uitdrukking is van (ik citeer) “political wisdom, not necessarily applicable in present international relations” (einde citaat). Hiermee laat Róling zien dat hij zich goed bewust was van de andere aard van het internationale strafrecht. Tegelijkertijd was hij zeer kritisch over de strafbaarstelling van misdrijven tegen de vrede - en hier signaleert Hugo Róling een tegenstrijdigheid. Voordat ik in ga op deze tegenstrijdigheid, een korte opmerking over het legaliteitsbeginsel en het ISR.

Róling's visie op het legaliteitsbeginsel is in feite gecodificeerd in het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens en het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten, twee belangrijke mensenrechtenverdragen, waar een uitzondering op het beginsel ‘geen straf zonder wet’ wordt gemaakt voor ernstige schendingen van de internationale rechtsorde. Nederland had in 1943 bij wet, in het Besluit Buitengewoon Strafrecht, het legaliteitsbeginsel buiten toepassing verklaard om vervolging en berechting van misdrijven tegen de menselijkheid (en tot op dat moment geen misdrijf in NL) in NL mogelijk te maken. Vanuit de juridische wetenschap was er nauwelijks kritiek op dit besluit. Ook in een recent aangenomen wet, waarbij de werking van het Genocideverdrag met terugwerkende kracht werd mogelijk gemaakt (zodat Rwandese verdachten die zich in Nederland bevinden hier te lande kunnen worden vervolgd voor genocide gepleegd in 1994) blijkt dat het legaliteitsbeginsel niet onverkort geldt voor internationale misdrijven. Het uitgangspunt – door Róling expliciet verwoord in zijn separate opinion - dat het legaliteitsbeginsel in het internationale strafrecht in afgezwakte vorm geldt – is ondertussen breed aanvaard.

Toch blijft het de achilleshiel van het ISR. Tot op de dag van vandaag wordt er over geklaagd; ook bij het ISH. Dat is opmerkelijk. Het Internationaal Strafhof voorziet voor het eerst in een uitgewerkt wetboek voor berechting van internationale misdrijven. Het in regels vervatten van het procesrecht en opnemen van gedetailleerde bepalingen over strafrechtelijke aansprakelijkheid, biedt kennelijk geen afdoende garantie tegen willekeur. Zodra een rechter zich via interpretatie iets te ver van de tekst van het Statuut beweegt, wordt geklaagd over

een inbreuk op het legaliteitsbeginsel; door statenpartijen maar ook door verdachten. Dit heeft alles te maken met het gebrek aan vertrouwen in de internationale strafrechtspleging. Deze is niet ingebed in een uniforme rechtscultuur en rechtsgemeenschap, maar vormt onderdeel van een rechtsgemeenschap van gelijke soevereine staten zonder democratisch gekozen wetgever.

Dit brengt me op de tegenstrijdigheid die Hugo Róling in zijn vader's gedachtengoed op dit punt ontwaart. Róling was geen legalist; het legaliteitsbeginsel zoals toegepast in nationale systemen gold volgens hem niet voor de internationale rechtsorde. Waar hij wel moeite mee had, was het meten met twee maten. Het veroordelen van de Japanse aanval als een misdrijf van agressie, maar het negeren van agressieve aanvalsoorlogen door geallieerden (o.a. de Russen) vond hij onaanvaardbaar. In Tokio werd het recht naar de hand gezet van de overwinnaars; Japan's rol in de wereldoorlog werd teruggebracht tot agressie en gewelddadig geweld (p. 149). Dit raakt aan een vaak onderbelicht aspect van het legaliteitsbeginsel: het verbod een proces in te richten voor één specifiek geval. De eis van een algemeen geldende en publiek aangekondigde rechtsregel verkleint de kans daarop. Dit aspect van het legaliteitsbeginsel lijkt met voeten te zijn getreden en dat zat Róling dwars. Dit verklaart waarom hij zich op zelf niet keerde tegen opname van agressie als misdrijf in het handvest maar wel tegen de uitleg ervan.

4. Dit brengt mij bij het vierde punt: hoe agressie verschilt van de andere internationale misdrijven. In een van zijn brieven schrijft Róling over de strafbaarstelling van agressie: "mijn probleem is de kwestie of een 'aggressive war' een misdaad is" (p. 239) en "bij dergelijke activiteit is niet overwegend de gedachte van de misdadigers maar van de vijand" (p. 245). Het verbieden van het voeren van oorlog had volgens Róling morele maar geen juridische betekenis (p. 247). Hier raakt hij de spijker op z'n kop. Misdrijven tegen de vrede/agressie zijn van fundamenteel andere aard dan oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid vanwege hun 'indeterminate' aard. Hier haal ik het promotie-onderzoek van Marieke de Hoon aan die eerder dit jaar bij Wouter Werner en mij promoveerde op een onderzoek over het misdrijf agressie. 'Indeterminate' ziet op

de onbepaaldheid van de betekenis van agressie; op de mogelijkheid verschillende, diametraal tegenover elkaar gestelde, betekenissen te hebben. Agressie is voor de één een agressieve aanvalsoorlog maar voor de ander een humanitaire interventie. De inval in Irak in 2003 en het bombarderen van Kosovo in 1999 zijn voorbeelden waar het argument van beide kanten kan worden gemaakt. Dit is niet het geval met oorlogsmisdaden en misdrijven tegen menselijkheid. Over de kern van de norm is grote overeenstemming. Deze misdrijven hebben een *mala in se* karakter hebben, zij worden in brede kring erkend als kwaad dat bestreden moet worden.

Vanwege de onbepaalde/indeterminate inhoud van agressie, ligt het gevaar van politisering op de loer. Róling's separate opinion en het inkijkje dat we via zijn brieven krijgen laten dat zien. Ik heb me afgevraagd of Bert Róling het zou hebben toegejuicht dat agressie opnieuw strafbaar is gesteld. Sinds 2010 is het een feit; de lidstaten van het ISH werden het eens over een definitie en sindsdien is het als strafbaarstelling opgenomen in het Statuut van het ISH. Het is door sommigen als overwinning onthaald; door anderen met scepsis begroet. Ik neig naar het sceptische kamp; Bert Róling's ervaringen in Tokio vergroten mijn scepsis.

5. Tot slot een korte opmerking over een aspect van Róling's separate opinion dat mij persoonlijk het meest aanspreekt: zijn visie op strafrechtelijke aansprakelijkheid van de politieke meerdere. Róling was het niet eens met de meerderheid dat Hirota, minister van Buitenlandse Zaken, schuldig was aan de 'Rape of Nanking'. Het idee dat deze door nalaten in te grijpen en misdrijven te voorkomen (technisch: het principe van command responsibility), aansprakelijk was voor misdrijven gepleegd onder supervisie van zijn collega-minister van Oorlog voerde naar zijn idee te ver. Hirota had immers geprotesteerd tegen de misdragingen van het Japanse leger en had aangedrongen op actie. De meerderheid nam het Hirota kwalijk dat hij niet was afgetreden en afstand had genomen van hetgeen onder verantwoordelijkheid van dat kabinet plaats vond. Als enige niet-militair werd Hirota in Tokio ter dood veroordeeld.

Vele jaren later was de veroordeling van Hirota voor het Rwanda tribunaal een precedent om command responsibility te aanvaarden voor politici. Het begrip is echter nooit meer zo ruim uitgelegd als in Tokio.

Toen ik begin 2000 als lid van een verdedigingsteam werkte aan de strafzaak van een interim-minister bij het Rwanda tribunaal, heb ik me verdiept in Róling's separate opinion over Hirota. Ik vond er munitie om de positie van de aanklager te ondergraven. Command responsibility voor ministers was in feite collectieve aansprakelijkheid en als zodanig in strijd met het schuldbeginsel.

De interim-minister is uiteindelijk in hoger beroep vrijgesproken. Zonder deze vrijspraak op mijn conto te willen schrijven – in alle eerlijkheid: het punt van command responsibility speelde uiteindelijk een ondergeschikte rol - kan ik wel zeggen dat had het Rwanda tribunaal het recht toegepast zoals het Tokio tribunaal destijds, de kans op vrijspraak veel kleiner was geweest.

Róling's werk wordt nog steeds met veel instemming aangehaald, juist op het punt van command responsibility. Ik betreur het dat ik hem nooit heb ontmoet. Des te meer waardeer ik het dat ik vandaag onderdeel mag zijn van een symposium gewijd aan zijn persoon en zijn werk.

Dank u