

Het legaliteitsbeginsel op de korrel

De zaak *Kononov vs Latvia*
(Europees Hof voor de Rechten van de Mens,
17 mei 2010)

In mei 2010 heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens uitspraak gedaan in de zaak van Vasiliy Kononov tegen Letland. Kononov is de man die ervan wordt beschuldigd zich in 1944 schuldig te hebben gemaakt aan oorlogsmisdrijven, met voor het Hof als kernvraag of de regels in die tijd voldoende duidelijk waren om te kunnen spreken van een schending van het legaliteitsbeginsel (geen straf zonder voorafgaande strafbepaling). De zaak betreft artikel 7 van het EVRM, waarvan de letterlijke tekst luidt dat “[n]iemand mag worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde” (...) (lid 1) en, niet onbelangrijk voor het onderhavige stuk, dat “[d]it artikel niet in de weg [staat] aan de berechting en bestraffing van iemand, die schuldig is aan een handelen of nalaten, dat ten tijde van het handelen of nalaten, een misdrijf was overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen die door de beschaafde volken worden erkend (lid 2, cursivering WvG).

In deze bespreking van het arrest van het Hof ligt het accent op enkele aspecten van principiële allure, voorafgegaan door een paar opmerkingen over de gevolgde procedure en de feiten. De bespreking focust op enkele zaken die voor dit blad van belang zijn, met weglating van vele andere (zoals staatsopvolgingsvragen etc.)

Procedure

Nadat Kononov, geboren in Letland in 1923 maar in 2000 genaturaliseerd tot Rus, in 2004 in Letland was veroordeeld voor oorlogsmisdaden, stapte hij naar het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Zijn klacht richtte zich tegen Letland, terwijl de Russische Federatie haar recht van ‘tussenkomst door derden’ uitoefende (art. 36, lid 1 EVRM). Nadat een EHRM-kamer in 2008 – nipt, want met vier tegen drie – had vastgesteld dat een schending van het legaliteitsbeginsel (artikel 7 van het EVRM) had plaatsgevonden, werd de zaak door Letland op basis van artikel 43 van het EVRM voorgedragen voor behandeling door de Grote Kamer. Deze deed uitspraak op 17 mei van dit jaar (*Case Kononov v. Latvia, Application no. 36376/04*).

De feiten

Over de feiten is zowel in eerste instantie, ten overstaan van Letse gerechtelijke instanties, als ten overstaan van het Hof flink gedebatteerd. Na alles te hebben aangehoord, vat het Hof de feiten als volgt samen: Kononov, geboren dus in Letland in 1923, werd in 1942 opgeroepen voor militaire dienst in het Sowjet-leger. In 1943 werd hij ingezet in Wit-Rusland, dat op dat moment onder Duits bewind stond, en wel vlakbij de grens met Letland, alwaar hij zich aansloot bij de ‘Rode Partizanen’. Op 27 mei 1944 leidde hij, vermomd als Duitser, een actie van een Partizaneneenheid in het dorp Mazie Bati, waarvan inwoners werden verdacht van het verraden

van een andere Partizaneneenheid aan de Duitsers. Kononov's eenheid zou daarbij zes gezins-
hoofden hebben omgebracht en huizen in brand hebben gestoken, alles bij elkaar leidend tot
negen doden. De dorpelingen waren niet-gewapend, probeerden niet te ontsnappen en boden
geen verzet.

Het toepasselijke recht

Bij de bepaling van het toepasselijke recht heeft het Hof nauwkeurig gekeken naar het toen-
tertijd geldende nationale Letse strafrecht met alle technisch-juridische aspecten van dien, maar
de werkelijke betekenis van de uitspraak ligt een laag dieper: de nadere invulling van het legali-
teitsbeginsel. In het navolgende citeer ik uitvoerig uit de uitspraak van het Hof, waarbij ik de lezer
en diens gemak voor ogen houd door de citaten steeds in te leiden en kernzinnen te onderstre-
pen. De bespreking van de zaak kan aldus worden gelezen als een handboek(je) internationaal
humanitair recht, met voortdurende terugverwijzingen naar de wortels en historische groei
ervan alsook koppeling van de geschiedenis aan de actualiteit. Sterk inkorten van de quotes zou
onrecht doen aan de precisie van de argumentatie en de complexiteit van het vraagstuk.

Het Hof gaat aan het begin van zijn inhoudelijke motivering allereerst in op het karakter van
artikel 7 EVRM, en neemt daarbij ook alvast een voorschot op zijn ruime interpretatie daarvan,
door aan te geven dat er altijd een noodzaak zal zijn om via rechterlijke tussenkomst nadere
inkleuring te geven aan strafbepalingen:

“Article 7 is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal
law to an accused’s disadvantage: it also embodies, more generally, the principle that only
the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)
and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused’s
detriment, for instance by analogy. It follows that an offence must be clearly defined in law.
This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the rele-
vant provision – and, if need be, with the assistance of the courts’ interpretation of it and
with informed legal advice – what acts and omissions will make him criminally liable. When
speaking of “law”, Article 7 alludes to the same concept as that to which the Convention re-
fers elsewhere when using that term, a concept which comprises written and unwritten law
and which implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability.
As regards foreseeability in particular, the Court recalls that however clearly drafted a legal
provision may be in any system of law including criminal law, there is an inevitable element
of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and
for adaptation to changing circumstances. Indeed, in certain Convention States, the progres-
sive development of the criminal law through judicial law-making is a well-entrenched and
necessary part of legal tradition. Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing
the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from
case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the
offence and could reasonably be foreseen (...). (Par. 185).

En:

“Having regard to the subject matter of the case and the reliance on the laws and customs
of war as applied before and during the Second World War, the Court considers it relevant

to recall that the *travaux préparatoires* to the Convention indicate that the purpose of the second paragraph of Article 7 [met betrekking tot bestraffing op basis van “de algemene rechtsbeginselen die door de beschaafde volken worden erkend”, zie boven] was to specify that Article 7 did not affect laws which, in the wholly exceptional circumstances at the end of the Second World War, were passed in order to punish, *inter alia*, war crimes so that Article 7 does not in any way aim to pass legal or moral judgment on those laws (...) In any event, the Court further notes that the definition of war crimes included in Article 6(b) of the IMT Nuremberg Charter was found to be declaratory of international laws and customs of war as understood in 1939 (...)” (Par. 186).

Via de laatste zin neemt het Hof ook al een voorschot op zijn redenering dat ‘Neurenbergs recht’ met terugwerkende kracht mocht worden toegepast. Vervolgens bespreekt het Hof meer in detail de vraag of er in 1944 inderdaad een voldoende juridische basis was voor bestraffing van de misdaden waarvan Kononov wordt beschuldigd. Hoe was het in 1944 gesteld met die strafbaarheid en welk recht gold er? Nationaal strafrecht, internationaal oorlogsrecht? Het Hof gaat daartoe allereerst in op de vraag naar de juridische status van zowel Kononov als de dorpbewoners waarop de acties van zijn eenheid zich richtten. Wat betreft de status van Kononov is het Hof gauw klaar. Was hij, zijnde een militair in Russische dienst, door zich als Duister te verkleeden nog voldoende herkenbaar als strijder? Daarvan is, aldus het Hof, voor de nationale rechter geen punt gemaakt, en dus kan het ervoor kiezen die lijn door te trekken en hem gewoon als strijder aanmerken (par. 201). De vraag of de dorpingen als ‘prisoners of war’ hadden moeten worden aangemerkt, en uit dien hoofde andere dan wel speciale bescherming hadden moeten genieten, vraagt van het Hof iets meer argumentatie:

“As to the rights attaching to combatant status, *jus in bello* recognised in 1944 the right to prisoner of war status if combatants were captured, surrendered or were rendered *hors de combat*, and prisoners of war were entitled to humane treatment. It was therefore unlawful under *jus in bello* in 1944 to ill-treat or summarily execute a prisoner of war, use of arms being permitted if, for example, prisoners of war attempted to escape or to attack their captors (par. 202).

As to the protection attaching to ‘civilians having participated in hostilities’, the other hypothesis made as regards the deceased villagers, the Court notes that in 1944 the distinction between combatants and civilians (and between the attendant protections) was a cornerstone of the laws and customs of war, the International Court of Justice (‘ICJ’) describing this to be one of the two ‘cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of humanitarian law’. Earlier treaty provisions and declarations would indicate that by 1944 ‘civilians’ were defined *a contrario* to the definition of combatants. It was also a rule of customary international law in 1944 that civilians could only be attacked for as long as they took a direct part in hostilities (par 203).

Finally, if it was suspected that the civilians who had participated in hostilities had committed violations of *jus in bello* in doing so (for example, war treason for passing on information to the German military administration, (...), then they remained subject to arrest, fair trial and punishment by military or civilian tribunals for such any acts, and their summary execu-

tion without that trial would be contrary to the laws and customs of war” (par. 204).

Dat alles laat aan duidelijkheid weinig te wensen over en spoort met concepten zoals we deze vandaag de dag kennen. Hetzelfde geldt voor zaken als de definitie van een oorlogsmisdrijf in 1944 (par. 205), terwijl, aldus het Hof, op dat moment ook al lang en breed helder was wat individuele strafrechtelijke verantwoordelijkheid en aanpalende leerstukken inhielden:

“While the notion of war crimes can be traced back centuries, the mid-nineteenth century saw a period of solid codification of the acts constituting a war crime and for which an individual could be held criminally liable. The Lieber Code 1863 (...) outlined a multitude of offences against the laws and customs of war and prescribed punishments, and individual criminal responsibility was inherent in numerous of its Articles. While it was an American Code, it was the first modern codification of the laws and customs of war and was influential in later codification conferences notably in Brussels in 1874 (...). The Oxford Manual of 1880 forbade a multitude of acts as contrary to the laws and customs of war and explicitly provided for ‘offenders to be liable to punishment specified in the penal law’. These earlier codifications, and in particular the Draft Brussels Declaration, in turn inspired the Hague Convention and Regulations 1907. These latter instruments were the most influential of the earlier codifications and were, in 1907, declaratory of the laws and customs of war: they defined, *inter alia*, relevant key notions (combatants, *levée en masse*, *hors de combat*), they listed detailed offences against the laws and customs of war and they provided a residual protection, through the Martens Clause, to inhabitants and belligerents for cases not covered by the specific provisions of the Hague Convention and Regulations 1907. Responsibility therein was on States, which had to issue consistent instructions to their armed forces and pay compensation if their armed forces violated those rules.

The impact on the civilian population of the First World War prompted provisions in the Treaties of Versailles and Sèvres on the responsibility, trial and punishment of alleged war criminals. The work of the International Commission 1919 (after the First World War) and of the UNWCC (during the Second World War) made significant contributions to the principle of individual criminal liability in international law. ‘Geneva law’ (notably the Conventions of 1864, 1906 and 1929, (...)) protected the victims of war and provided safeguards for disabled armed forces personnel and persons not taking part in hostilities. Both the ‘Hague’ and ‘Geneva’ branches of law were closely interrelated, the latter supplementing the former.

The Charter of the IMT Nuremberg provided a non-exhaustive definition of war crimes for which individual criminal responsibility was retained and the judgment of the IMT Nuremberg opined that the humanitarian rules in the Hague Convention and Regulations 1907 were ‘recognized by all civilized nations and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war’ by 1939 and that violations of those provisions constituted crimes for which individuals were punishable. There was agreement in contemporary doctrine that international law had already defined war crimes and required individuals to be prosecuted. In consequence, the Charter of the IMT Nuremberg was not *ex post facto* criminal legislation. The later Nuremberg principles, drawn from the Nuremberg Charter and judgment, reiterated the definition of war crimes set out in the Charter and that anyone committing a crime under international law was responsible and liable to punishment” (par. 207).

Het leest, als gezegd, als een handboek over de ontwikkeling van het internationale humanitaire recht, en leidt tot de voor het Hof onontkoombare conclusie dat er *in algemene zin* wat betreft het toepasselijke recht 'weinig aan de hand was'. Ik kom daarop terug. Wat betreft de individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid maakt het Hof nog een aantal opmerkingen die eveneens moeten aangeven dat er op dat vlak in 1944 al voldoende duidelijk was, om te ontkomen derhalve aan de houdgreep van het legaliteitsvereiste:

“The Court understands individual command responsibility to be a mode of criminal liability for dereliction of a superior’s duty to control, rather than one based on vicarious liability for the acts of others. The notion of criminal responsibility for the acts of subordinates is drawn from two long-established customary rules: a combatant, in the first place, must be commanded by a superior and, secondly, must obey the laws and customs of war (...). Individual criminal responsibility for the actions of subordinates was retained in certain trials prior to the Second World War, in codifying instruments and State declarations during and immediately after that war and it was retained in (national and international) trials of crimes committed during the Second World War. It has since been confirmed as a principle of customary international law and is a standard provision in the constitutional documents of international tribunals” (p. 211).

Dat laatste is waar, maar doet hier in feite niet zo ter zake, want sprekend over het heden en niet over 1944. Vervolgens gaat het Hof opnieuw over op de vraag of *in dit specifieke geval* het legaliteitsbeginsel is geschonden. Daartoe begint het Hof met het aanhalen van een aantal algemeen-internationaalrechtelijke beginselen, zoals respect voor de menselijke persoon en de menselijke waardigheid (par. 215), gevolgd door zeer specifieke observaties ten aanzien van elk van de onderdelen van de aanklacht. Ik laat deze hier achterwege, omdat er allerlei elementen in zitten die niet alleen specifiek maar ook te specifiek zijn, met twee illustratieve uitzonderingen:

“(...) the Latvian courts relied on Article 16 of the Geneva Convention (IV) 1949 to hold that burning a pregnant woman to death constituted a war crime in breach of the special protection afforded to women. That women, especially pregnant women, should be the object of special protection during war was part of the laws and customs of war as early as the Lieber Code 1863 (Articles 19 and 37). It was further developed through “Geneva” law on prisoners of war (women were considered especially vulnerable in this situation). The Court considers these expressions of “special protection”, understood in conjunction with the protection of the Martens Clause (...), sufficient to find that there was a plausible legal basis for convicting the applicant of a separate war crime as regards the burning to death of Mrs Kruņņiks. The Court finds this view confirmed by the numerous specific and special protections for women included immediately after the Second World War in the Geneva Conventions (I), (II) and (IV) 1949, notably in Article 16 of the last-mentioned Convention” (par. 218).

En verder:

“(...) even if it was considered that the villagers had committed war crimes (whichever legal status they retained), the applicant and his unit would have been entitled under custo-

mary international law in 1944 only to arrest the villagers, ensure they had a fair trial and only then to carry out any punishment (...). As the respondent Government remarked, in the applicant's version of events to the Chamber (...) and repeated to the Grand Chamber (...), the applicant in fact describes what he ought to have done (arrested the villagers for trial). In any event, whether or not any partisan trial had taken place (...), a trial with the accused villagers in absentia, without their knowledge or participation, followed by their execution, would not qualify as a fair one" (par. 221).

Dat laatste lijkt me zacht uitgedrukt.... Ook hier concludeert het Hof dat er geen misverstand kan zijn over het toentertijd geldende recht. En, aldus het Hof, stel nu dat de dorpelingen geen strijders waren, wat dan nog: "The Court would add that, if the villagers had been considered "civilians", *a fortiori* they would have been entitled to even greater protection" (par. 227). Zo is dat! We raken dan aan de verschillen tussen het internationale humanitaire recht en de rechten van de mens. Ik laat dat verder rusten.

Als we even meegaan in de redenering van het Hof dat het geldende recht duidelijk is, dan dient zich de vraag aan of Kononov had kunnen voorzien dat zijn daden zouden worden gekwalificeerd als oorlogsmisdrijven en dat hij daarvoor vervolgd zou kunnen worden. Het Hof gaat daartoe apart in op het aspect van de kenbaarheid van de juridische bronnen en de voorzienbaarheid van de strafbaarheid, en laat ook op dat punt weinig ruimte aan Kononov:

(...) the Court considers that, in the context of a commanding officer and the laws and customs of war, the concepts of accessibility and foreseeability must be considered together. The Court recalls that the scope of the concept of foreseeability depends to a considerable degree on the content of the instrument in issue, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed. Persons carrying on a professional activity must proceed with a high degree of caution when pursuing their occupation and can be expected to take special care in assessing the risks that such activity entails" (par. 235).

En:

"(...) even a private soldier could not show total, blind obedience to orders which flagrantly infringed not only domestic law, but internationally recognised human rights, in particular the right to life, a supreme value in the international hierarchy of human rights" (par. 236).

Het overall oordeel van het Hof luidt vervolgens, met 14 tegen 3, dat Letland geen schending heeft gepleegd van artikel 7.

Concurring en dissenting opinions

Aan de uitspraak is een *joint concurring opinion* van vier rechters en een *dissenting opinion* van drie rechters toegevoegd, met daarin, zoals gebruikelijk bij 'afwijkende meningen', veel interessante kost. Terwijl de vier rechters instemmen met de conclusie – anders was hun opinie uiteraard niet 'concurring' – gaan zij nader in op de Russische claim, ingediend als 'derde staat', dat de

Letse zaak tegen Kononov vanwege verjaring van de misdrijven nooit had mogen plaatsvinden. De Russische Federatie baseert zich daarbij op een specifieke wet uit 1926. Hier behoeft niet nader te worden ingegaan op die wet, maar volstaat de vaststelling in de *concurring opinion* dat deze wet door het Hof wordt beschouwd als ondergeschikt aan het internationale recht, en dat dat laatste in 1944, ten tijde van de beweerde misdrijven dus, geen tijdslimieten stelde aan de vervolging van oorlogsmisdrijven. En het internationale recht doet dat in de ogen van het Hof “by being silent on the matter” (par. 3 van de *concurring opinion*). De vraag is dan of uit een stilzwijgen over verjaring kan worden afgeleid dat misdrijven zoals begaan door Kononov inderdaad niet verjaren. Ofwel: hoe ver reikt het legaliteitsbeginsel? Volgens de vier rechters is het in elk geval niet genoeg om uit het *loutere* stilzwijgen van het internationale recht over dat onderwerp af te leiden dat verjaring dus niet mag, zeker gezien het feit dat

“before Nuremberg and Tokyo, the state of international criminal law concerning individual responsibility for war crimes had not yet attained a degree of sophistication and completeness permitting the conclusion that the technical and procedural issues as to the application of that law had been unequivocally determined. Basically, one could say that up to 1944 general international law – as a combination of existing general international agreements and State practice – had resolved the issue of individual responsibility (and not only State responsibility), and that only the post-war period fine-tuned procedural issues, such as the question of the statute of limitations for war crimes” (par. 4 *concurring opinion*).

Dit mooie doorkijkje wordt gevolgd door de vaststelling van de vier rechters dat het Hof naar het resultaat heeft toegeredeneerd. Zo althans lees ik par. 5 van de *concurring opinion*:“(…) has simply focused its efforts on showing that in the circumstances of the case the crimes in question were already imprescriptible”. Dat is nogal wat. Maar dan, aldus de vier rechters:

[W]hile, admittedly, the question of prescriptibility was not necessarily resolved in 1944 – although this did not afford the applicant the possibility of taking advantage of such a lacuna – the ensuing developments, after the Second World War, have nevertheless clearly demonstrated that the international community not only consolidated its position in strongly condemning heinous war crimes, but also gradually formulated detailed rules – including procedural ones – dealing with the way in which such crimes should be dealt with by international law. These developments constitute an uninterrupted chain of legal productivity, which leaves little room to consider that the international system was not prepared to pursue the condemnation of crimes committed during the war; at that stage, of course, the silence on the issue of prescriptibility was deafening. This can also be established from the adoption of the 1968 Convention, which “affirmed” the imprescriptibility of these crimes. It is exactly this chain of events which has allowed the Latvian Government to prosecute and punish the applicant for the crimes he committed”.

‘*Concurring*’ blijkt dan inderdaad ‘*concurring*’ en de waarschuwendende noten van de vier rechters lopen in zekere zin met een sisser af.

Hoe anders is dat met de *dissenting opinion* van drie rechters, onder wie Hof-president

Jean-Paul Costa, waarin zij duidelijk maken dat in hun ogen artikel 7 wel degelijk is geschonden. Het zal in het licht van het bovenstaande niet verbazen dat die redenering sterk aanhaakt bij de gedachte dat het, bij een streng hanteren van het legaliteitsbeginsel, niet aangaat iets uit de geschiedenis van het internationale strafrecht af te leiden wat daarin wellicht ligt besloten maar daarin niet met zoveel woorden, expliciet dus, is geformuleerd. Na een uitvoerige bespreking van het nationale Letse recht in dezen, stellen de drie rechters dat aangaande het internationaal recht “a distinction must be made between international law as in force at the material time and as it subsequently emerged and gradually became established, mainly from the time of the Nuremberg trial” (par. 8 *dissenting opinion*). Vervolgens spreken zij waarderende woorden over de verhandeling in het meerderheidsoordeel van het Hof over de ontwikkeling van relevante delen van het internationale humanitaire recht, maar dat alles overtuigt hen er niet van, ietwat gechargeerd gezegd, dat het correct zou zijn de rechtsontwikkeling tot aan 2010 erbij te halen om aan te tonen dat iets in 1944 strafbaar was. Bovendien waarschuwen zij dat niet alle misdrijven die in 1944 plaatsvonden kunnen worden aangemerkt als oorlogsmisdrijven en stellen zij dat analogieredeneringen vanuit het perspectief van het legaliteitsbeginsel riskant zijn en dat het Hof er speciaal op dient toe te zien dat deze niet uitpakken in het nadeel van verdachten: “(...) the criminal law must be rigorous, and the Court has often observed that it must not be extensively construed to an accused’s detriment, for instance by analogy, since this would run counter to the *nullum crimen, nulla poena, sine lege* principle” (par. 10). Bij hun redenering verwijzen de *dissenters* enkele malen expliciet naar de argumenten die de Nederlandse rechter Egbert Myjer eerder had gegeven, in zijn *concurring opinion* bij de voor Kononov positieve uitspraak van de Kamer van het Hof. Dat zal ‘onze man in Straatsburg’ goed doen, al zal hij ook van mening zijn dat het jammer is dat hij de andere veertien rechters niet heeft kunnen overtuigen.

In de *dissenting opinion* staat de juridische status van ‘Neurenberg’ centraal. De rechters merken op dat het Neurenberg-Tribunaal pas een jaar na de misdrijven van Kononov van start ging, waarna zij motiveren waarom het niet aangaat de regels van Neurenberg op de huidige zaak toe te passen. Zo stellen zij de – duidelijk retorisch bedoelde – vraag of de reikwijdte van de Neurenbergse regels niet beperkt zou moeten zijn tot “the Tribunal’s general jurisdiction *ratione personae*, or even to its jurisdiction solely in respect of persons tried by it”, en die vraag is relevant, aldus de *dissenters*, omdat, als Kononov al vervolgd had moeten worden, hij in elk geval niet kan worden gezien als “acting in the interests of the “European Axis countries” as he was fighting against them” (par. 13 *dissenting opinion*). En, aldus de *dissenting opinion*: “[i]f we rule out the possibility of applying the criminal law extensively and by analogy, it is difficult to accept without some hesitation that the “Nuremberg principles” may serve as a legal basis here” (idem).

Vervolgens verwijzen zij opnieuw naar Egbert Myjer, wanneer zij stellen dat

“it was not until after the facts of the present case that international law laid down the rules of *jus in bello* with sufficient precision. The fact that the Nuremberg trial punished *ex post facto* the persons brought before the Tribunal does not mean that all crimes committed during the Second World War could be covered retroactively” (par. 14 *dissenting opinion*).

Met andere woorden: de leidende principes zijn pas tijdens ‘Neurenberg’ onder woorden worden gebracht, en niet daarvoor; en het gaat niet aan om alles wat in de Tweede-Wereldoorlog is gebeurd met terugwerkende kracht onder de Neurenbergse loep te leggen. En *als* het geldende recht al vóór Neurenberg helder zou zijn geweest, aldus de *dissenters*, hoe weten we dan met zekerheid vanaf wanneer precies? Neen, overtuigd zijn ze bepaald niet dat de meerderheid het bij het rechte eind heeft: “[a]t the material time, neither domestic nor international law was sufficiently clear in relation to war crimes, or the distinction between war crimes and ordinary crimes, however serious such crimes may have been” (par. 16). En dat terwijl de daden in het licht van het nationale Letse strafrecht verjaard waren, waarbij die nationale regel niet terzijde kan worden geschoven ten faveure van internationaal recht dat op dit vlak niet eenduidig en sluitend is: “[W]ithout a clear basis in law it is difficult to decide *ex post facto* that a statutory limitation should not apply” (par. 19).

Slotopmerkingen

De zaak bevat veel interessante aspecten, maar uiteindelijk komt alles neer op de vraag of de berechting van oorlogsmisdrijven begaan tijdens WO-II voldoende internationaalrechtelijke grond onder de voeten heeft om verantwoord te kunnen zeggen dat vervolging geen strijd oplevert met het legaliteitsbeginsel. Was tijdens WO-II voldoende duidelijk wat oorlogsmisdrijven waren, om achteraf te kunnen zeggen dat niemand zich kon verschuilen achter zijn onwetendheid dienaangaande? Ik heb uitvoerig uit de meerderheidsuitspraak en de twee aangehechte opinies geciteerd om a) duidelijk te maken hoe nauw redeneringen sluiten en b) het beeld op te roepen dat er voor beide conflicterende lijnen wat te zeggen valt. Dat zal wellicht verbazen. Want is het leven niet eenvoudig, en moeten we niet gewoon zeggen dat het legaliteitsbeginsel nou eenmaal het legaliteitsbeginsel is, dat ‘een beetje legaliteitsbeginsel’ niet bestaat’ (*tertium non datur*), zodat er niets anders resteert dan het oordeel van de Kamer en van de *dissenting opinion* bij de uitspraak van de Grote Kamer te volgen? Dat is een redenering waar qua hardheid niet tegenop te boksen valt; bovendien hoeft er dan geen verantwoording te worden afgelegd i.v.m. de vraag of de meerderheid van het Hof wellicht naar een politiek of anderszins gewenst resultaat heeft toegeredeneerd (wat mij overigens een onzinnig verwijt lijkt). Tegenover dat alles staat evenwel de gedachte dat een strikt vasthouden aan het legaliteitsbeginsel in zijn meest zuivere en harde vorm weinig recht doet aan de ontwikkeling van het internationale strafrecht tot aan de WO-II, en dus voorafgaand aan de daden van Kononov. ‘Neurenberg’ en ‘Tokyo’ kwamen niet uit de lucht vallen. Daarbij wijst de Grote Kamer op vervolgingen die reeds voorafgaand aan WO-II op nationaal niveau plaatsvonden, waarvan de *dissenters* dan echter weer zeggen dat er meer zaken nodig zijn en meer bewijsvoering vereist is wil uit die zaken kunnen worden afgeleid dat er sprake is van de vorming van internationaal gewoonterecht. En ze hebben daarin gelijk, in het licht van de strenge eisen die het Internationale Gerechtshof stelt aan de vorming van gewoonterecht. Anderzijds leunt de meerderheid minder zwaar op het argument dan de *dissenters* lijken te zeggen.

De meerderheid van het Hof beroept zich bij de onderbouwing van de uitspraak ook en veelvuldig op beginselen die mede leidend mogen en moeten zijn bij gedragingen en de succesievelijke beoordeling daarvan. Dat is taal waarmee men bij een hard-positiefrechtelijke invulling van het legaliteitsbeginsel misschien niet hoeft aan te komen, maar die wel degelijk inkleuring

kan geven aan de geldende regels. Daarmee zijn we bij de klassieke weging die rechters zo vaak moeten maken, zodra en in zoverre zich niet één antwoord dicteert. Moet bij de beoordeling van een geval als dat van Kononov worden geaccepteerd dat in 1944 het geschreven internationale strafrecht achterbleef bij de ‘humanisering’ ervan die ook al kenmerkend was voor de vooroorlogse interstatelijke discussies over strafbaarstelling van oorlogsmisdrijven? De vraag is dan die naar het relatieve gewicht van de geschreven regel enerzijds en van de ‘omgevingsfactoren’ die bij de uitleg daarvan mogen of moeten worden gehanteerd anderzijds. We zijn dan terug bij het eerste citaat onder het kopje “Het toepasselijke recht”. Ikzelf zou me zeker hebben geschaard bij de meerderheid, met artikel 7 lid 2 van het EVRM als strohalm – “de algemene rechtsbeginselen die door de beschaafde volken worden erkend”, waarbij “beschaafd” dient te worden gelezen met naoorlogse ogen (het EVRM is van 1950) en het woordje “de” tweemaal een afbakening suggereert die toen al niet hard te maken viel – maar met respect voor degenen die de andere lijn zijn toegedaan. “Alles afwegend”, heet zoiets.

Willem van Genugten¹

¹ Hoogleraar Internationaal Recht Universiteit van Tilburg; in 1994-2001 redacteur van het MRT.