

Cologne Occasional Papers on International Peace and Security Law

Edited by

Claus Kreß

Number 5

December 2016

*Elisa Hoven, Hannah Lea Pfeiffer und Ruth Effinowicz
and with contributions by: Katharina Behmer, Charlotte Lülß, Franziska Oehm,
Hannah Lea Pfeiffer, Alexander Schwarz, Thomas Weigend, Yasmina Yenimazman*

Contemporary Issues in International

Criminal and Human Rights Law

Essays from the Summer School on International Criminal Law
and Human Rights Law in Cambodia

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Bibliographic information published by the Deutsche Nationalbibliothek

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliografie;
detailed bibliographic data are available in the Internet at <http://dnb.dnb.de>.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie;
les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.dnb.de>.

ISSN: 2196-0801 · ISBN: 978-386376-187-5

Alle Rechte vorbehalten.

© 2016 Institute for International Peace and Security Law, Universität zu Köln,
Albertus-Magnus-Platz, D-50923 Köln; Internet: <http://www.iipsl-cologne.com>.

© Optimus Verlag, Geiststr. 3, 37073 Göttingen; Internet: <http://www.optimus-verlag.de>.

Papier ist FSC zertifiziert (holzfrei, chlorfrei und säurefrei,
sowie alterungsbeständig nach ANSI 3948 und ISO 9706).

INSTITUTE FOR
INTERNATIONAL PEACE
AND SECURITY LAW



Foreword

When in the summer of 2014 young legal scholars and students from Cambodia, Germany and the US gathered at the Cambodian capital of Phnom Penh to participate in the *iipsl* Summer School 2014 on International Criminal Law and Human Rights Law a long term project of *Elisa Hoven* and months of preparation became reality.¹ This publication bears witness to its success and brings together essays from participants and lecturers of the Summer School.

Therefore, the editors wish to express their gratitude towards several institutions and individuals without whose support neither the *iipsl* Summer School 2014 on International Criminal Law and Human Rights Law nor the publication of this volume would have been possible.

First and foremost, the editors are deeply grateful for the generous support of the Volkswagen Foundation. It is upon its financial sponsorship that the whole endeavour was grounded. Additionally, the foundation has been very supportive throughout the whole process of planning and conducting the Summer School and was present with Dr. *Almut Steinbach* in Phnom Penh at the Summer School.

Special thanks go to Professor *David Cohen* of the University of Southern California, Berkeley, and his team of AIJI (Asian International Justice Initiative) for co-organising the Summer School Law, sharing their expertise and enthusiasm and making it a delightful experience.

The last weekend of the Summer School was hosted by the Konrad Adenauer Foundation, which invited the group to actively participate in the XII. Cambodian Law Talk “International Criminal Law and Human Rights Implications for Cambodia”, which was highly appreciated.

Our deepest thanks go to Professor *Claus Kreß*, Director of the Cologne Institute for International Peace and Security Law, under whose *aegis* this volume was published. His constant support and benevolence have been *conditio sine qua non* for this publication.

Many warm thanks are also extended to the lecturers and participants of the Summer School from German, US and Cambodian universities, who contributed to an equally pleasant and enriching experience through their active involvement.

Finally, the editors wish to thank Ms. *Laura Schäfer* for her diligent assistance in the editing of this book.

Ruth Effinowicz

Elisa Hoven

Hannah Lea Pfeiffer

¹ The summer school was conceived and organised by *Elisa Hoven*, with the support of *Ruth Effinowicz* and *Hannah Pfeiffer*.

Contents

<i>Ruth Effinowicz</i> Introduction	7
<i>Hannah Lea Pfeiffer & Yasmina Yenimazman</i> Summer School on International Criminal Law and Human Rights Law – Auf den Spuren des Khmer Rouge Tribunals	9
<i>Alexander Schwarz & Katharina Behmer</i> Report of the Summer School on International Criminal Law and Human Rights Law, 21 July – 3 August 2014 in Phnom Penh	12
<i>Alexander Schwarz</i> Better late than never – The second judgement of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC) against two former leaders of the Khmer Rouge regime – <i>Nuon Chea</i> and <i>Khieu Samphan</i>	16
<i>Hannah Lea Pfeiffer</i> Modes of liability in the Judgement of the ECCC in Case 002/01	39
<i>Katharina Behmer</i> What Perceptions Can Tell Us About Transitional Justice: Perceived Legitimacy of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia	60
<i>Thomas Weigend</i> The ICC – Model of a Global Criminal Court?	75
<i>Franziska Oehm</i> Unternehmen im Völkerstrafrecht – Das Sondertribunal für den Libanon als Pionier für die Strafbarkeit juristischer Personen? Besprechung des Urteils der Beschwerdekammer des Sondertribunals für den Libanon zur Gerichtsbarkeit <i>ratione personae</i> über juristische Personen	80
<i>Charlotte Lülff</i> The Extraterritorial Application of European Human Rights Law in a Migration Context – Focus on the Principle of Non-Refoulement	98
Notes on Contributors	114

Introduction

Ruth Effinowicz

During the reign of the Khmer Rouge Regime, Cambodia was the site of horrendous crimes, some of them amounting to international crimes. After years of armed conflict, the country has faced considerable, albeit not untypical *post bellum* challenges, such as documenting the atrocities and bringing to justice at least some of the perpetrators while at the same time rebuilding a viable civil society. This is a demanding endeavour, which concerns a number of legal spheres, such as human rights and international criminal law. This complex and intertwined situation was the object and starting point of the *iips!* Summer School 2014 on International Criminal Law and Human Rights Law – organised in cooperation with the University of California, Berkeley – which took place in Phnom Penh and brought together young legal scholars and students from Cambodia, Germany and the US. The results of this project are reported in this volume by *Hannah Lea Pfeiffer* and *Yasmina Yenimazman* as well as *Katharina Behmer* and *Alexander Schwarz*.

During the time of the Summer School, the ECCC – the international-Cambodian hybrid court that has the mandate to try the most senior and most responsible of the perpetrators – rendered its first verdict in case 002, discussed by *Alexander Schwarz*. While case 002 encompasses a variety of alleged crimes, most prominently genocide, this first decision – named case 002/01 – focuses on allegations relating to forced migration and executions in the context of the former. The ECCC, hybrid in nature and thus applying national *and* international law, is faced with the challenge of having to assess conduct that took place between 17 April 1975 and 6 January 1979. Only offences that were criminalised at that time under Cambodian or customary international law are to be considered. While most Cambodian domestic offences have become time-barred, customary international law offences can still be prosecuted. However, apart from the first precedents in Nuremberg and Tokyo, most existing verdicts by international *ad hoc* tribunals – while in many cases having been adjudicated prior to the ECCC – concern cases that took place after the reign of the Khmer Rouge regime.

Thus, any finding of customary international law offences by those bodies can be but a first indication for the ECCC that such an offence might have already existed during the 1970s. Thus, as *Schwarz* shows, certain findings such as the decision that soldiers *hors de combat* do not qualify as a targeted civilian population within crimes against humanity might not follow current customary law but represent its state at the relevant time.

One of the verdict's aspects worth analysing are the modes of liability, discussed in this volume by *Hannah Lea Pfeiffer*. Here, the same question of existing customary international law at the time of the alleged crimes is raised. This question proved to be a difficult one concerning the applicability of the doctrine of Joint Criminal Enterprise (JCE), especially in its third variant. Originally developed before the ICTY, its applicability – which permits holding individual members of an organised group accountable for the crimes committed by the group – was already contested in case 001. For case 002, the Trial Chamber decided to deny the existence of the third variant of the doctrine at the relevant time while affirming the first two (a decision now on appeal by the prosecution). This is just one of several examples of the ECCC having to evaluate customary international law by relying heavily on the jurisprudence of the UN *ad hoc* tribunals (rather than the approaches of the ICC).

The success of the ECCC relies, however, not only on a well-argued verdict. In order to play its part in the transitional justice process within the Kingdom of Cambodia, its perception within the international community and, even more so, by the Cambodian population is crucial. In her chapter on perceived legitimacy of the ECCC, *Katharina Behmer* sheds light on this vital aspect. While legal accuracy and a valid legal basis are important foundations to build upon, this aspect transgresses the legal sphere and an evaluation is to be conducted within a socio-political framework with the help of empirical studies. Thereby, the general challenges to a court of transitional justice will appear. In that regard, the hybrid character of the ECCC and its location within a country that was scene to mass crimes do play a dominant role and give rise to different expectations on the international and domestic level.

The ECCC can also be analysed more globally and be seen as part of a broader tendency to bring perpe-

trators of mass atrocities to justice on an international level. Since the establishment of the UN *ad hoc* tribunals for Yugoslavia and Rwanda, this approach to *post bellum* society building has been given a lot of attention – even more so since it was institutionalised with the establishment of the ICC in The Hague. However, many challenges remain and are illuminated in this volume by *Thomas Weigend*. It seems that a court consisting of a body of 18 judges based on a statute that has not been joined by the most populous and powerful states can only be selective in its work, often dealing with situations far removed from its seat in The Hague. The ECCC with its hybrid character and location within Cambodia is thus one example of a possible further, or parallel, development.

Another aspect often spoken about is the liability of juridical persons. While this concept remains completely foreign to certain national jurisdictions, like Germany, which contributes to the huge scepticism it is confronted with, other national jurisdictions have been much more open to embrace this form of liability. That this might also lead to an establishment of criminal liability of juridical persons on the level of international criminal law is shown by a surprising verdict of the Special Tribunal for Lebanon that declared itself competent to rule in a contempt of court case against a juridical person even though this competence is explicitly excluded in its statute. However, this verdict dealt with a case of non-cooperation during a trial before the Special Tribunal for Lebanon and, thus, well after the facts that allegedly amounted to an international crime. Consequently, this verdict might be limited in value as a precedent, as is argued by *Franziska Oehm*.

International crimes not only give rise to the question of their adjudication, but also to a wider question concerning the human rights at stake. Here also, the international trend has been to push the boundaries. The European Court of Human Rights in particular has been confronted with several cases dealing with situations outside European territory and thereby touching at the very limit of its jurisdictional scope. This question touches, more often than not, new geographical territory outside the member states of the Council of Europe and also has implication in new legal territory; many cases arise in the context of European armed forces being deployed in armed conflict and thus highlight the still hotly-debated question of the relationship of human rights law and the law of armed conflict. It is yet another context that

has given relevance to questions of the extraterritorial application of European human rights law: the ever-rising number of migrants and asylum seekers whom European states try to restrain from entering their territory – thereby acting extraterritorially, be it on the high seas or on a third state's territory. *Charlotte Lülff* is looking at that development and its implications for the principle of *non-refoulement*, arguing that consistent case law by the European Court of Human Rights is still missing.

This shows that not only in matters of international criminal law but also human rights law many challenges remain. In Cambodia as well as in many other parts of the world, transitional and international justice is still at an early stage of its development. It is a development which requires a sustained effort from all parties involved to become a viable mechanism to address post-conflict situations and build functioning societies *post bellum*. Hopefully, both the summer school and the contributions in this book form part of that effort.

Summer School on International Criminal Law and Human Rights Law – Auf den Spuren des Khmer Rouge Tribunals²

Hannah Lea Pfeiffer & Yasmina Yenimazman

Am 7.8.2014 haben die Richter der Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC) zwei der noch lebenden, einstigen Führungspersonen des Khmer-Rouge-Regimes wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit schuldig gesprochen und zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Während der Herrschaft der Roten Khmer starben nach Schätzungen der Vereinten Nationen ca. 1,7 Millionen Menschen; etwa ein Drittel der damaligen Bevölkerung.

Nur wenige Tage zuvor endete bloß einige Kilometer entfernt, in Kambodschas Hauptstadt Phnom Penh, die Summer School on International Criminal Law and Human Rights Law, welche vom Institute for International Peace and Security Law der Universität zu Köln gemeinsam mit der Universität Berkeley organisiert und von der VolkswagenStiftung großzügig unterstützt wurde. In der Zeit vom 21.7.–3.8.2014 hatten sich im Rahmen der Summer School insgesamt 35 Doktoranden und Studenten aus Deutschland, den USA und Kambodscha in zwei intensiven Wochen nicht lediglich mit theoretischen Fragen internationaler Strafgerichtsbarkeit befasst, sondern auch einen Einblick in die praktische Umsetzung vor Ort gewinnen können.

A. Kambodscha als Veranstaltungsort

Völkerstrafrecht und Königspalast Menschenrechtsschutz – für beide dieser spannenden Gebiete stellt Kambodscha den idealen Veranstaltungsort dar, zum einen auf Grund der Arbeit der ECCC, die mit der juristischen Aufarbeitung der Khmer-Rouge-Verbrechen befasst sind, und zum anderen wegen der Tatsache, dass Kambodscha das Land mit der weltweit höchsten NGO-Dichte ist.

So bot sich an den Vormittagen jeweils die Möglichkeit zum fachlichen Austausch völkerstraf- und

menschenrechtlicher Probleme und ihrer Bewältigung. Demgegenüber gestalteten sich die Nachmittage stets praxisbezogen. Exemplarisch zu nennen sind Besuche in der deutschen Botschaft und im Dokumentationszentrum von Kambodscha, ebenso wie Diskussionsrunden mit Praktikern, beispielsweise über die Beteiligung von Opfern an internationalen Strafverfahren sowie die Herausforderungen der Verfolgung völkerstrafrechtlicher Verbrechen.

B. Erste Woche: Internationales Strafrecht

Die erste Woche gestaltete sich außerordentlich abwechslungsreich, so dass die Zeit wie im Fluge verging. Der inhaltliche Schwerpunkt lag zunächst auf dem Internationalen Strafrecht.

Die Dozenten der Lehreinheiten hätten hochkarätiger nicht sein können: Prof. Dr. *Thomas Weigend* (Universität zu Köln), der den Teilnehmern Fragen des materiellen Völkerstrafrechts näherbrachte, und *Eleni Chaitidou* (International Criminal Court), die die Zuhörer an ihrem Wissens- und Erfahrungsreichtum aus der Praxis des Internationalen Strafgerichtshofs teilhaben ließ, sorgten für helle Begeisterung unter den Teilnehmern: Sie schufen die Basis für die Erschließung der komplizierten und komplexen Themengebiete. Die Summer School wurde vollständig in englischer Sprache gehalten, so dass nicht nur Fachwissen, sondern auch das Führen von Konversation und Diskussionen im internationalen Umfeld geschult werden konnte.

Ein absolutes Highlight stellte der Besuch bei den ECCC dar. Mit einer Führung über das Gelände begann ein spannender Tag, bestehend aus Vorträgen und Diskussionen. Richter, Staatsanwälte, Verteidiger und Anwälte der Zivilparteien, waren bereit gewesen, ihre kostbare Zeit mit den Teilnehmern der Summer School zu teilen und von den Erfolgen und Herausforderungen ihres Berufsalltags zu berichten.

Einer der nachdenklichsten Tage, der wahrscheinlich allen Teilnehmern dauerhaft in Erinnerung bleiben wird, war jener, an dem das Tuol-Sleng-Genozid-Museum und die Killing Fields besichtigt wurden. Die Führung durch das Museum wurde von einem Zeitzeugen, der zu den sieben Überlebenden von insgesamt mindestens 14.000 Gefangenen des

² Der Bericht ist erstmals erschienen in: Juristische Schulung, Heft 10 (2014), 59-65.

Foltergefängnisses gehört, geleitet, was die Eindrücke der Grausamkeiten mehr und mehr greifbar werden ließ.

Auch der anschließende Besuch der Killing Fields war sehr eindrucksvoll. Jener Ort, an dem so viel Grausames geschehen ist, strahlt paradoxerweise eine unglaublich große Ruhe, ja sogar eine friedliche Idylle aus. Die Natur wurde größtenteils sich selbst überlassen; es finden sich wunderschöne Gewächse und riesengroße Schmetterlinge. Die dort befindlichen Massengräber erkennt man lediglich an dem Meer geknüpfter Armbänder, die die Besucher der Killing Fields dort zum Andenken niederlegen.

Am Abend fand zur gelungenen Abrundung eines nachdenklichen und gleichzeitig sehr beeindruckenden Tages eine Filmvorführung über die Verbrechen in Kambodscha und den Versuch ihrer Aufarbeitung statt, während derer man die Eindrücke Revue passieren lassen konnte. Teilweise konnte man sogar einige der zuvor besichtigten Schauplätze wiedererkennen.

Neben der Erörterung theoretischer Rechtsfragen im internationalen Umfeld und Gesprächen mit Rechtsexperten, bot die Summer School ihren teilnehmenden Doktoranden auch die wertvolle Gelegenheit zur gegenseitigen Vorstellung und Erörterung ihrer Dissertationssthemen in kleinen Diskussionsrunden.

C. Phnom Penh

Bei allem Fachlichen durfte man nicht das Land fernab der Heimat außer Acht lassen, in das man aufgebrochen war, um auch die Menschen und die Kultur kennenzulernen.

Schillernder noch als es Worte annähernd zu beschreiben vermögen, leuchtet einem dieses Land prachtvoll und zugleich bescheiden zur Begrüßung entgegen, mit Menschen so hilfsbereit und herzlich, wie man sie selten trifft. Trotz des entsetzlichen Schicksals, welches das Land vor nicht allzu langer Zeit ereilt hat, befindet sich Kambodscha in einem Umbruch und einer rasanten Entwicklungsphase. In Teilen von Phnom Penh schießt eine Kaffeehauskette neben der nächsten aus dem Boden, und man ist sich zwischen all den teuren Geländewagen gar nicht mehr so sicher, ob man sich nicht doch in den USA befindet. Aber schon im nächsten Moment wird man von den Frauen, die in einfacher Kleidung

exotische Früchte am staubigen Straßenrand anbieten, wieder auf den Boden der Tatsachen zurückgeholt. Man befindet sich an einem Ort, an dem man sich wieder auf die einfachen Dinge besinnen kann, und merkt sehr deutlich, wie wenig doch zum Glückhsein eigentlich nötig ist. Kambodscha ist ein wirklich eindrucksvolles Land mit Potenzial, reich an Kultur und bemerkenswerten Menschen, was auch der spannende Dialog mit den kambodschanischen Teilnehmern der Summer School unter Beweis gestellt hat.

D. Zweite Woche: Menschenrechte

Das Programm der zweiten Woche war den Menschenrechten, ihrer Geltung und ihren Schutz- bzw. Durchsetzungsmechanismen in Asien gewidmet. Während die theoretische Behandlung dieser Themen an den Vormittagen das Basisverständnis für einige wesentliche Fragen der Entwicklung der Menschenrechte und ihrer Anerkennung in asiatischen Konventionen und Verträgen schuf, bot der jeweils am Nachmittag stattfindende Praxisteil umfassende Einblicke in speziell für Kambodscha relevante Menschenrechtsbereiche. So galt der erste Besuch dem Office of the High Commissioner for Human Rights, bei dem den Teilnehmern von den Missständen im kambodschanischen Justizsystem und den Versuchen, diesen zu begegnen, berichtet wurde. Insbesondere die kambodschanischen Teilnehmer wandten sich mit vielen eindringlichen Fragen nach der tatsächlichen Effizienz der getroffenen Maßnahmen an die Gastgeber. So wurde bei diesem Besuch etwa deutlich, dass es Kambodscha keinesfalls an tauglichen rechtlichen Regelungen mangelt. Im Gegenteil: Die maßgeblich vom französischen Recht beeinflussten Gesetze in Kambodscha bieten eine gute Basis für ein funktionierendes Rechtswesen; problematisch hingegen ist ihre Umsetzung.

Ein weiteres, speziell für Kambodscha relevantes Thema sind die Landrechte, die sog. *land rights*. Diese stehen in der Regel hinter den wirtschaftlichen Interessen der Großunternehmen zurück, wie die Summer-School-Teilnehmer vom Cambodian Human Rights Action Committee erfuhren.

Auf theoretischer Ebene widmeten wir uns zudem der Bedeutung des *rule of law* in Asien sowie der Frage nach fairen Verfahrensrechten. Daneben wurde der Schutz von Rechten besonders hilfsbedürftiger Bevölkerungsgruppen thematisiert.