

Memorandum

Aan

Van

Via

C.c.

Betreft

- het veel denk.

- graag goed opbouw

- in de archiveren

- de discussie is hiermee van dit

Datum 29 april 2003

Kenmerk DJZ/IR/2003/158

DJZ

DGPZ, plv. DGPZ, plv. S

Irak - rechtsbasis militair ingrijpen

① -> Hoofdstuk IR

• Zie aantekening:
Het "Audite et altera
ter informatie" velds hier
vertrouwelijk kennis niet.

② -> Archief

Aanleiding

Het hierbij in kopie gevoegde memo van DGPZ aan U dd. 14 april 2003 (kenmerk 982/03).

Kern/samenvatting

DJZ meende dat U onvoldoende geïnformeerd zou zijn indien uitsluitend de gevraagde juridische onderbouwing voor militair ingrijpen zou zijn gegeven. Zeker omdat tegen dit standpunt veel oppositie was te verwachten, achtte DJZ het ook noodzakelijk een objectieve volkenrechtelijke inschatting te geven.

Naar aanleiding van het memo van DGPZ wordt deze inschatting in deel II van dit memo uitgebreider gemotiveerd. Aan het slot van het memo wordt voorgesteld dat Nederland de komende jaren een bijdrage levert aan de internationale discussie over het herijken van het evenwicht tussen de volkenrechtelijke basisnorm - het geweldverbod - en de uitzonderingen hierop.

Toelichting

I ALGEMEEN

1. Graag wil DJZ op hgg. memo reageren, niet alleen - net als DGPZ - uit een oogpunt van professionele integriteit en van aandacht van het nageslacht voor de onderhavige kwestie, maar ook in verband met de volkenrechtelijke onderbouwing van mogelijke toekomstige Nederlandse bijdragen aan militaire operaties. In dit eerste deel wordt ingegaan op enkele algemene punten. In deel II volgt een nadere volkenrechtelijke onderbouwing van het standpunt van DJZ.

2. Het verzoek van DGPZ om een memo te schrijven bereikte DJZ indirect, via DAM. Het verzoek was: 'in overleg met DAM en DVF een zo goed mogelijke juridische onderbouwing van het Nederlandse standpunt te geven'. Dit leidde uiteindelijk tot het hierbij in kopie gevoegde memo van 13 maart jl. (DJZ/IR/2003/96). Het concept voor het memo werd met DAM en DVF besproken. Het stuk werd op 14 maart aan U bezorgd. DJZ meende en meent nog

steeds, dat U onvoldoende geïnformeerd zou zijn indien wij volstaan zouden hebben met alleen het aanleveren van de gevraagde onderbouwing. Zeker ook omdat hiertegen veel oppositie was te verwachten, meenden wij er goed aan te doen U erop te wijzen dat er ook volkenrechtelijke tegenargumenten waren. Die werden kort neergelegd in 'deel B'. Dit deel stond niet centraal aangezien slechts om 'deel A' was gevraagd, en was daardoor minder uitvoerig dan 'deel A'. Graag wordt dan ook van deze gelegenheid gebruik gemaakt in deel II van dit memo de positie van DJZ uitvoeriger te onderbouwen.

3. DJZ ziet het als haar taak U waar nodig intern zo deskundig en objectief mogelijk te informeren. DJZ denkt daarbij uiteraard mee met het beleid en houdt daarbij rekening met de marges die het volkenrecht al dan niet kent. Zoals ieder rechtsstelsel, stelt het volkenrecht evenwel grenzen aan het beleid die niet mogen worden overschreden. Indien deze overschreden dreigen te worden heeft DJZ o.i. ook op dit punt een voorlichtende en waarschuwende functie; zij meent daarbij in Uw belang en in dat van het Ministerie te handelen. Uiteraard kunt U vanuit Uw politieke verantwoordelijkheid afwijken van het door DJZ gegeven advies. In dat geval zal DJZ in alle loyaliteit een advocatenrol vervullen en U juridisch bijstaan bij de verdediging van het door U ingenomen standpunt. Daarover kan geen enkel misverstand bestaan.
4. Door DGPZ is terecht aangegeven dat Uw voorgangers eerder hebben betoogd dat in principe de VR-resoluties inzake Irak vanaf Res. 678 voldoende rechtsgrond boden voor militair optreden, en dat dit standpunt door het toenmalige JURA "dun" werd genoemd. Het standpunt van DJZ is nu niet anders. Dit is in het memo van 13 maart jl. kort toegelicht. Daarbij is aangegeven dat naar de inschatting van DJZ de kans groot zou zijn dat het kabinetsstandpunt niet gedeeld zou worden door het Internationaal Gerechtshof. Van een afwijking van eerdere adviezen is dan ook geen sprake.
5. DJZ heeft moeite met hetgeen DGPZ in de eerste alinea van blz. 2 van zijn memo naar voren brengt. In onze Grondwet wordt veel gewicht toegekend aan het volkenrecht. O.a. blijkt dit uit de taak voor de regering de internationale rechtsorde te bevorderen. De verwijzingen in de Grondwet naar het volkenrecht passen in een lange volkenrechtelijke traditie.
Het is opmerkelijk dat in de Nederlandse discussies rondom de rechtsbasis voor het recente militair ingrijpen in Irak - voor zover bekend - noch officieel noch informeel enige volkenrechtkundige heeft geoordeeld dat dit ingrijpen rechtmatig was. DJZ meent dat dit gegeven serieus genomen moet worden en bestrijdt de visie van DGPZ dat DJZ slechts volkenrechtelijk Nederland zou napraten. Hiervan is geen sprake. DJZ ziet het als haar taak een eigen oordeel te vormen en dat is ook hier gedaan.

6. Het springt in het oog dat DGPZ in zijn memo wel een oordeel geeft over het standpunt van DJZ ("niet erg overtuigend") maar dit niet met volkenrechtelijke argumenten onderbouwt. De door hem gegeven onderbouwing is vooral politiek getint.

In navolgend deel II geven wij een nadere adstructie van ons standpunt.

II NADERE TOELICHTING POSITIE DJZ

7. Het volkenrechtelijk debat in deze kwestie gaat over het verbod van het gebruik van of de dreiging met geweld en de uitzonderingen hierop. De betreffende volkenrechtelijke basisnorm komt extra gewicht toe aangezien zij onderdeel uitmaakt van het *ius cogens*, dat in Kooijmans' handboek 'Internationaal Publiekrecht in Vogelvlucht' wordt omschreven als "normen die van zo doorslaggevend belang zijn voor de bescherming van de belangen van de internationale gemeenschap als geheel dat iedere staat erdoor gebonden wordt ongeacht zijn instemming en dat daarvan nimmer mag worden afgeweken".
8. Algemene overeenstemming bestaat over twee uitzonderingen op het fundamentele geweldverbod: zelfverdediging (in geval van een gewapende aanval - art. 51 VN-Handvest) en toestemming tot geweldgebruik door de VR (op grond van hoofdstuk VII van het VN-Handvest). In de kwestie Irak draait het om de vraag of deze toestemming in dit geval was gegeven. Het Nederlandse kabinet meent van wel, in navolging van de VS en het VK.
9. De inschatting van DJZ dat Nederland een eventuele procedure voor het Internationaal Gerechtshof hierover zou verliezen is gebaseerd op
- het gewicht van de volkenrechtelijke basisnorm zoals hiervoor aangegeven;
 - de waarde die het Internationaal Gerechtshof hieraan toekent blijkens zijn uitspraak in de *Nicaragua*-zaak;
 - het in het algemeen ontoereikend zijn van indirecte of impliciete toestemming van de Veiligheidsraad voor geweldgebruik.
- Hierna zal vooral op het laatste punt worden ingegaan. De eerste twee punten zijn onomstreden.
10. De officiële Nederlandse argumentatie stoelt op de stelling dat Res. 687 de in Res. 678 gegeven machtiging tot geweldgebruik in leven heeft gehouden en aan lidstaten toestaat hier eenzijdig gebruik van te maken. Daarover puntsgewijs het volgende.
11. Hoofdregel blijft het geweldverbod, onderdeel van het *ius cogens*. Uitzonderingen hierop mogen niet te gemakkelijk worden aangenomen en dienen zeer goed gemotiveerd te zijn.

12. Res. 678 machtigt tot geweldgebruik ("all necessary means") voor 2 doelen: 1. "to uphold and implement resolution 660 (1990) and all subsequent relevant resolutions"; 2. "to restore international peace and security in the area". "[A]ll subsequent relevant resolutions" verwijst naar de na Res. 660 aangenomen resoluties in de kwestie Irak ("relevant" - diverse tussen Res. 660 en Res. 678 aangenomen resoluties betroffen immers niet de kwestie Irak). "Subsequent" lijkt uitsluitend betrekking te kunnen hebben op "subsequent relevant resolutions" die *avant* Res. 678 zijn aangenomen. Het is immers moeilijk denkbaar dat de Veiligheidsraad *ex ante* machtiging voor geweldgebruik zou verstrekken om doelstellingen te realiseren die eventueel in latere resoluties worden vastgelegd; de Raad heeft dat ook nooit gedaan. Machtigingsresoluties geven steeds zelf aan voor welk doel geweld mag worden aangewend. Als dit doel gewijzigd wordt, wordt eerst een nieuwe resolutie aangenomen. Indien het niettemin mogelijk zou worden geacht dat in dit geval een dergelijke *ex ante* machtiging zou zijn verstrekt, moet toch worden aangenomen dat deze uitsluitend de bevrijding van Koeweit zou kunnen betreffen, waarop Res. 678 immers betrekking had.

13. De in Res. 678 gegeven machtiging rechtvaardigde geweldgebruik *om Koeweit te bevrijden*. De Iraakse aanval op Koeweit was de aanleiding voor de actieve rol die de VR ging spelen vanaf 2 augustus 1990 om de bezetting van Koeweit ongedaan te maken. Res. 678 machtigde tot geweldgebruik "unless Iraq on or before 15 January 1991 fully implements" de eerder aangenomen resoluties. Ook daaruit blijkt dat het toegelaten geweldgebruik beperkt was tot *het afdwingen van de naleving van de eerder aangenomen resoluties inzake de Iraakse inval in Koeweit*.

14. In hoeverre heeft Res. 687 de in Res. 678 gegeven machtiging in leven gehouden? In de preambule verwijst Res. 687 naar de na Res. 660 aangenomen Irak-resoluties. In para. 1 van Res. 687 bevestigt ("affirms") de VR al deze resoluties. Naar het oordeel van DJZ is hiermee echter niet een *carte blanche* machtiging gegeven tot voortdurend unilateraal geweldgebruik tegen Irak om allerlei doelen na te streven. Het doel van Res. 678 was immers te machtigen tot geweldgebruik *ter bevrijding van Koeweit*, zoals hierboven aangegeven, en dat doel werd bereikt met de aanvaarding door Irak van de staakt het vuren voorwaarden in Res. 687. De bevestiging van alle eerdere Irak-resoluties (bijv. ook Res. 660) past vooral in het 'afrondende' karakter van Res. 687. Daarbij wordt verwezen naar de eerdere acties van de VR en wordt een aantal voorwaarden opgesomd die door Irak officieel moesten worden aanvaard (para. 33 Res. 687). Met deze aanvaarding werd een staakt het vuren van kracht. Daarmee moet het in Res. 678 genoemde doel "to restore international peace and security in the area" geacht worden te zijn bereikt.

15. De officiële onderbouwing van het Nederlandse standpunt luidt (evenals die van VS/VK) dat door het schenden van de voorwaarden voor het staakt het vuren

("material breach") de in Res. 678 gegeven machtiging herleeft. Geen nadere VR-actie wordt nodig geacht om weer tot geweldgebruik over te kunnen gegaan.

16. Deze argumentatie schiet naar het oordeel van DJZ zowel materieel als procedureel tekort. Materieel: gezien het gewicht van de fundamentele basisnorm (geweldverbod als onderdeel van *ius cogens*) dient een uitzondering hierop voldoende duidelijk te zijn. Duidelijk moet zijn dat de VR instemt met een hernieuwd gebruik van geweld door individuele lidstaten bij niet-naleving van de staakt het vuren voorwaarden. Deze duidelijkheid ontbreekt hier; een expliciete instemming ontbreekt immers in Res. 687. Het vereist zelfs de nodige juridische gymnastiek om een impliciete instemming 'te construeren'.

17. Daarbij is ook de keuze van de woorden "material breach" opvallend. Hiermee lijkt verwezen te worden naar art. 60 van het Weens Verdragenverdrag, waarin een "material breach" een rechtsgrond is om verdragsverplichtingen op te schorten of te beëindigen. De constructie is dan dat een "material breach" door Irak van bijv. zijn ontwapeningsverplichtingen onder Res. 687 het staakt het vuren met Irak beëindigt, waardoor de oude machtiging van Res. 678 weer automatisch zou herleven. Op grond van de regels van het Verdragenverdrag geldt echter dat het niet aan de VS is eenzijdig vast te stellen of sprake is van een "material breach", maar aan de wederpartij van Irak bij het staakt het vuren verdrag: de Veiligheidsraad.

18. Procedureel schiet de officiële Nederlandse argumentatie tekort waar zij er van uit gaat dat geen nadere actie van de VR nodig is voordat weer tot geweldgebruik mag worden overgegaan. Dit laatste staat immers niet in Res. 687 (zoals, ter vergelijking, wel in Res. 686 in para. 4 expliciet werd terugverwezen naar de machtiging in Res. 678). Integendeel, Res. 687 stelt in haar slotparagraaf dat de VR "*Decides to remain seized of the matter and to take such further steps as may be required for the implementation of the present resolution and to secure peace and security in the region*". Het is daarmee aan de VR (en niet aan de individuele lidstaten):

- vast te stellen of Irak zich aan zijn ontwapeningsverplichtingen houdt;
- te beslissen welke al dan niet gewapende maatregelen dienen te worden genomen indien dit niet het geval is.

Wat zou de betekenis van de geciteerde slotparagraaf van Res. 687 zijn indien individuele lidstaten unilateraal tot geweldgebruik tegen Irak zouden mogen overgaan indien zij van oordeel zijn dat daar aanleiding voor is?

19. Voor zover al is aanvaard dat de VR ook op impliciete wijze machtiging kan afgeven tot het gebruik van geweld, is van belang dat hiervoor voldoende steun dient te zijn bij de lidstaten van de VN en in de praktijk van de VR. Daarover is veel gezegd en geschreven. Volstaan zij hier met de constatering dat tussen leden van de Veiligheidsraad (en lidstaten van de VN) een diepgaand verschil van

mening bestaat over de consequenties van de vaststelling door de Veiligheidsraad dat resoluties van de Raad door Irak ernstig zijn geschonden. De VS en het VK zijn van mening dat een dergelijke vaststelling in combinatie met de eerder aangenomen resoluties een voldoende machtiging van de lidstaten impliceren om unilateraal gewapenderhand in te grijpen. Andere landen zijn van oordeel dat voor een dergelijk gebruik van geweld een nieuwe resolutie van de Veiligheidsraad nodig is. Deze andere landen wijzen op bepalingen in resoluties (bijv. Res. 1205) zoals het besluit van de Raad "in accordance with its primary responsibility under the Charter for the maintenance of international peace and security, to remain actively seized of the matter".

20. Ook bij de discussies ten tijde van het aannemen van Resolutie 1154 (1998) werd duidelijk dat de VS en het VK geen steun kregen voor hun opvatting dat schending door Irak van de gemaakte afspraken (betreffende o.a. (toezicht op) ontwapeningsmaatregelen) lidstaten een *automatisch* recht gaf om militair in te grijpen.
21. Juridisch gezien heeft Res. 1441 hier niet veel aan toegevoegd, behalve de vaststelling dat reeds bij aanneming van deze resolutie sprake was van niet-naleving van de genoemde verplichtingen. Wat hierna gebeurde, is bekend. De VN-leden waren diep verdeeld over het antwoord op de vraag of Irak de geboden laatste kans al dan niet had gegrepen. Daardoor was de VR niet bij machte overeenstemming te bereiken over een resolutie waarbij leden gemachtigd werden geweld te gebruiken.
22. Tenslotte is nog relevant aandacht te besteden aan de gronden waarop VS/VK uiteindelijk tot militair ingrijpen zijn overgegaan - ook al betreft dit gebeurtenissen na voltooiing van het memo van 13 maart. Deze gronden zijn gevarieerd. Zij zijn zeker niet beperkt tot de in Res. 687 genoemde voorwaarden. Daarmee blijft echter onduidelijk waarop VS/VK precies hun militair ingrijpen baseren.
23. In verband hiermee moet kort aandacht worden besteed aan de vraag of zich de afgelopen jaren nieuwe uitzonderingen op het geweldverbod aan het ontwikkelen zijn. De eerste vraag die in dit verband opkomt is: mogen lidstaten eenzijdig door middel van geweldgebruik de naleving afdwingen van bindende Veiligheidsraadresoluties?
In de kwestie Kosovo oordeelde de Nederlandse regering dat militair ingrijpen in voldoende mate was gelegitimeerd door de bestaande resoluties (o.a. Res. 1199), zonder dat een specifieke resolutie was aangenomen waarin een machtiging tot geweldgebruik werd gegeven. Op 19 augustus 2002 publiceerde de Financial Times een ingezonden brief hierover van Van Walsum. Op Uw verzoek heeft DJZ hierop een uitgebreide reactie gegeven (DJZ/IR/2002/283). Van Walsum noemt als

situatie waarin geen VR resolutie nodig is het geval van "a country's consistent non-compliance with a binding Security Council resolution".

In het memo van 19 augustus 2002 is aangegeven dat deze stelling volkenrechtelijk zeker niet in zijn algemeenheid kan worden onderschreven. Van Walsum lijkt zijn conclusie vooral te baseren op de gang van zaken m.b.t. de NAVO operatie inzake Kosovo waarbij niet sprake was van een voorafgaande autoriserende resolutie van de VR.

Het feit dat (in dit concrete geval) achteraf een Russische ontwerp-resolutie die de actie veroordeelde met 12 tegen 3 stemmen werd verworpen kan moeilijk worden gezien als een algemene vrijbrief om in de toekomst tot actie over te gaan zonder uitdrukkelijke voorafgaande machtiging van de VR, indien een land geen gevolg geeft aan bindende VR resoluties. Aanvaarding van een dergelijke algemene vrijbrief zet de deur open voor volkenrechtelijk onrechtmatige militaire interventies. Indien landen, niet alleen de VS maar ook bijvoorbeeld Rusland en China, regelmatig het recht in eigen hand zouden nemen om gewapenderhand de naleving van Veiligheidsraadresoluties af te dwingen, dan zou op termijn weinig meer overblijven van de volkenrechtelijke basisnorm die het geweldverbod nog steeds is. Bovendien zou het tot gevolg hebben dat het moeilijker wordt in de Veiligheidsraad overeenstemming te bereiken, aangezien men dan weet dat de drempel laag kan zijn om geweld te gebruiken. In deze redenering zou immers geen aparte machtiging tot geweldgebruik nodig zijn.

24. Dit ligt anders bij een tweede omstandigheid waarbij door sommigen is geoordeeld dat een nieuwe uitzondering op het geweldverbod is ontstaan. I.t.t. de onder 23 besproken situatie gaat het hierbij om een *specifieke* uitzondering: *humanitaire interventie*. Humanitaire interventie is in het volkenrecht zeer omstrede. Het kabinet heeft destijds ingestemd met het standpunt van de AIV en CAVV dat humanitaire interventies in extreme gevallen en bij wijze van "nooduitgang" toelaatbaar kunnen zijn en dat voor de beoordeling van deze interventies ten minste een toetsingskader noodzakelijk is. Het moet dan echter wel (conform de door AIV en CAVV gehanteerde definitie van humanitaire interventie) een actie betreffen ter beëindiging van reeds bestaande, dan wel het voorkomen van *onmiddellijk dreigende grootschalige ernstige schendingen van fundamentele mensenrechten, in het bijzonder het recht op leven van individuen, ongeacht hun nationaliteit*. Deze - omstrede - uitzondering is minder schadelijk voor het volkenrechtelijk geweldverbod, aangezien zij ziet op het specifieke geval van groot menselijk lijden. De reikwijdte van de hiervoor onder 23 besproken 'uitzondering' is aanzienlijk groter.

25. Daarmee zijn wij terug bij de volkenrechtelijke basisregel: het geweldverbod. Naar het oordeel van DJZ blijft deze hoofdregel ook in de toekomst van wezenlijk belang voor een ordelijke internationale samenleving. Wel is herijking gewenst in het licht van de gebeurtenissen van de afgelopen jaren en de claim van sommige landen dat in nieuwe gevallen uitzonderingen op het geweldverbod zijn of moeten

worden toegelaten. De kwesties die hier aan de orde zijn, zijn van groot politiek en volkenrechtelijk belang. De internationale discussie die hierover thans plaatsvindt, zal naar verwachting de komende jaren voortduren. Het lijkt DJZ nodig dat Nederland hier volop aan meedoet en dat ook binnen Nederland en zeker ook binnen BZ hieraan de noodzakelijke aandacht wordt gegeven. Daarbij gaat het hoofdzakelijk om het herijken van het evenwicht tussen enerzijds een van de basisnormen in de internationale betrekkingen - het geweldverbod - en anderzijds de wenselijkheid van het toelaten van uitzonderingen hierop. Daarbij is, zoals wel vaker het geval is, de vraag aan de orde of het relevante volkenrecht verouderd is en *up to date* moet worden gebracht. Het zou passen binnen de volkenrechtelijke traditie van ons land indien Nederland - op het moment dat het stof is neergedaald over het militair ingrijpen van VS/VK in Irak - zou voorstellen hierover een internationaal debat te entameren.

Bijlagen

1. Memo DJZ dd. 13 maart 2003, nr. DJZ/IR/2003/96
2. Memo DGPZ dd. 14 april 2003, nr. 982/03

Opgesteld door prof. dr. J.G. Lammers, dr. Liesbeth Lijnzaad en dr. Niels Blokker

