

Joegoslavië⁴

KG staad

24 03 1999

Heden, de zesentwintigste maart negentienhonderd negenennegentig,
op verzoek van :

1. Aleksandar Danikovic, wonende te Belgrado, Republiek Servië;
2. Radomir Zivkovic, wonende te Belgrado, Republiek Servië;
3. Vladimir Kostic, wonende in Jagodina, Republiek Servië;
4. Filip Gavric, wonende in Belgrado, Republiek Servië;
5. Vlasta Djurinic, wonende te Pristina, Republiek Servië;
6. Goran Vasic, wonende te Pristina, Republiek Servië;
7. Milorad Seslija, wonende te Ajvalija, Republiek Servië;
8. Mija Seslija, wonende te Ajvalija, Republiek Servië;
9. Mile Migailovic, wonende te Vucak, Republiek Servië;

te dezer zake woonplaats kiezende te 's-Gravenhage aan de Valkenboslaan
72, ten kantore van mr. A.B.B. Beelard, die tot procureur wordt gesteld.

heb ik,

Caroline Christien Agnes de Winter, als toegevoegd-kandidaat deurwaarder
werkzaam ten kantore van Johannes Helenus Hubertus Heger,
deurwaarder bij de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage,
kantoorhoudende te 's-Gravenhage aan de Bezuidenhoutseweg 115
en mitsdien beiden ten deze woonplaats hebbende aldaar,

krachtens mij verstrekte mondelinge last van de E.A. Heer President
van de Arrondissementsrechtbank te Den Haag,

IN KORT GEDING GEDAGVAARD :

Ministerie van Defensie en
Ministerie van Buitenlandse Zaken

f.i. *[handwritten mark]*
de STAAT DER NEDERLANDEN, zetelend te 's-Gravenhage aan de Kazerne-
straat 52, ten parkette van de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der
Nederlanden, aldaar mijn exploit doende, sprekende met en afschrift
deze latende aan : Mw. A.E. Toet, aldaar werkzaam

voor elk Ministerie een

f.i. *[handwritten mark]*

OM :

op maandag negenentwintig
tig des morgens om 9 uur

maart negentienhonderd negenennegen-
te verschijnen ter terechtzitting

van de President van de Arrondissementsrechtbank te Den Haag, alsdan rechtdoende in kort geding, gehouden wordende in het Paleis van Justie aan de Prins Clauslaan 60 te Den Haag;

Met aanzegging dat bij verschijnen ter vermelde terechtzitting een vast recht zal worden geheven van f 400,00

TEN EINDE :

namens mijn verzoekers als eisers te horen concluderen :

1. Aangezien de Staat der Nederlanden - in samenspraak met de NAVO-landen op dit punt - wel stelt dat het gebruik van oorlogsgeweld jegens de Federale Republiek Joegoslavië (FRY) een juridisch deugdelijke grondslag zou hebben, doch dit geenszins aantoot of zelfs maar aannemelijk maakt;
2. Aangezien de Staat immers niet verder komt dan de stelling dat gebruik van geweld jegens de FRY voor legitiem moet worden gehouden, aangezien de FRY geen gevolg geeft aan resolutie 1199 van de Veiligheidsraad, waarin wordt uitgesproken dat Hoofdstuk VII van het Handvest van de Verenigde Naties op de situatie met betrekking tot Kosovo van toepassing is;
3. Aangezien op geen enkele wijze valt in te zien hoe hieruit een besluit van de Veiligheidsraad valt te destilleren dat opdracht zou geven of zou machtigen tot het gebruik van oorlogsgeweld tegen de FRY en daarmee tegen eisers;
4. Aangezien naar volkenrechtelijk gewoonterecht van dwingende aard het gebruik van geweld jegens andere staten - en daarmee tegen eisers - verboden is;
5. Aangezien het hier gaat om een norm van ius cogens, zodat een schending hiervan behoort tot de zwaarste inbreuken op de rechtsorde die maar voorstelbaar zijn;
6. Aangezien deze norm ook bekend staat als het agressieverbod, dan wel het non-interventiebeginsel;
7. Aangezien deze gewoonterechtelijke norm - volkenrechtelijk gewoonterecht is overigens rechtstreeks toepasbaar door de Nederlandse rechter, hetgeen zeker geldt voor normen van ius cogens, die overal en

- te allen tijde dienen te worden gehandhaafd - is opgenomen in een aantal verdragen en met name ook tot uitdrukking wordt gebracht in de aanhef van Protocol I bij de Verdragen van Genève (Trb. 1980, 87) en in artikel 3 van Protocol II bij diezelfde Verdragen (Trb. 1980, 88);
8. Aangezien het gebruik van geweld jegens een andere staat - en dus ook tegen eisers - een misdrijf tegen de vrede vormt in de zin van artikel 6 van het Handvest van Neurenberg (Stort 1946, 18) en dit artikel elk een aansprakelijk stelt die bij een dergelijk misdrijf is betrokken, hetgeen evenzeer bevestigt dat deze norm van ius cogens zich tot een ieder richt;
 9. Aangezien in artikel 15 lid 2 EVRM wordt bepaald:
"De voorafgaande bepaling staat geen enkele afwijking toe van artikel 2, behalve in geval van dood als gevolg van rechtmatige oorlogshandelingen." ;
 10. Aangezien hieruit valt af te leiden dat het doden van mensen middels onrechtmatig oorlogsgeweld een inbreuk vormt op het recht op leven, als gewaarborgd in artikel 6 BUDO-Verdrag en artikel 2 EVRM;
 11. Aangezien dan het opzettelijk doden van mensen middels onrechtmatig oorlogsgeweld moet worden beschouwd als moord en het ondernemen van pogingen daartoe als poging tot moord;
 12. Aangezien dit dan geldt voor combattanten en non-combattanten gelijkelijk;
 13. Aangezien eisers zijn militairen in werkelijke dienst, die deel uitmaken van het Joegoslavische leger;
 14. Aangezien thans openlijk het doel is het aantasten van de gevechtskracht van het Joegoslavische leger middels het fysiek uitschakelen van militairen van dit leger;
 15. Aangezien dit neerkomt op pogingen om ook eisers te doden of te verwonden;
 16. Aangezien eisers niet van de Nederlandse Staat behoeven te dulden dat deze pogingen onderneemt om hen opzettelijk van het leven te beroven, dan wel lichamelijk letsel toe te brengen middels dit onrechtmatige oorlogsgeweld;
 17. Aangezien bij vonnis van 18 maart 1999, KG nummer 99/69 onder 4.4. door de President van de Haagse Rechtbank wordt overwogen dat in de desbetreffende procedure de feitelijke situatie waarin het recht op

18. leven aan de orde zou zijn, "zich niet voordoet";
19. Aangezien, wat daar ook van zij, ten tijde dat dit kort geding werd gevoerd er nog geen sprake was van daadwerkelijk oorlogsgeweld, doch nu wel. Zodat nu, zeker voor eisers, die als doelwit gelden van dit oorlogsgeweld, hun recht op leven rechtstreeks in het geding is en thans de feitelijke situatie waarin deze bepaling van toepassing is zich zonder meer wél voordoet;

MITSDIEN :

de President van de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage wordt verzocht om bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, de Staat der Nederlanden te bevelen om zich met onmiddellijke ingang te onthouden van (deelname aan) verder oorlogsgeweld tegen de Federale Republiek Joegoslavië, alsmede de NAVO-bondgenoten er terstond van in kennis te stellen dat Nederland zich van verder geweld jegens de Federale Republiek Joegoslavië onthoudt, met veroordeling van de Staat in de kosten van het geding.

De kosten van deze dagvaarding zijn voor mij, deurwaarder, f

4035
1740

4-
10,15

7190
1258
10440

W. A. A. A.

PRESIDENT RECHTBANK 's-GRAVENHAGE

kort geding

29 maart 1999

DANIKOVIC e.a. / STAAT DER NEDERLANDEN

Pleitnotities Mr. N.M.P. Steijnen

1. Grootscheepse veelvoudige schendingen van het internationaal recht

Voor het eerst sinds de Tweede Wereldoorlog wordt in Europa een soeverein land aangevallen met oorlogsgeweld.

Die rol hadden we altijd Rusland toegedacht, als het ooit zo ver zou komen, maar het agressie-potentieel van de zich democratisch noemende NAVO-landen, waaronder ons land, is blijkbaar veel groter. Als een stel dolgeworden honden hebben zij zich op Joegoslavië gestort, alles wat naar internationaal recht en internationale rechtorde riekt terzijde stotend.

Honderden, misschien al duizenden slachtoffers hebben zij tot nu toe op hun geweten en de vernietigingscampagnes gaan door.

Wat wil de NAVO, en dus ook de Staat, nu eigenlijk, behalve een blijkbaar pathologische vernietigingsdrift botvieren tegen een soeverein land ?

Zijn zin krijgen, zullen we de Staat straks horen betogen. Als Joegoslavië de Rambouillet-voorstellen tekent, dan is het ook afgelopen met het oorlogsgeweld, zo wordt verzekerd.

Wil Joegoslavië dat, Rambouillet tekenen ? Dat willen ze helemaal niet ! En dus worden pogingen ondernomen om hen dit met geweld door de strot te wringen. Kan niet schelen hoeveel geweld.

Mag dat ? Dat mag helemaal niet.

Stel nu dat Joegoslavië voor het geweld bezwijkt en het Rambouillet-pakket tekent. Dan is dat accoord volstrekt nietig - void, zoals de Engelsen dat zo treffend zeggen, leeg, non-existent, nietig.

Waarom ? Beschaafde staten worden verondersteld elkaar onderling geen verdragen met geweld af te dwingen. Zo behoren beschaafde staten dus niet te handelen.

Artikel 52 van het Weens Verdragenverdrag bepaalt dan ook :

"Elk verdrag is nietig, waarvan de totstandkoming is bereikt door bedreiging met of gebruik van geweld in strijd met de beginselen van het volkenrecht, neergelegd in het Handvest van de Verenigde Naties".

De NAVO-landen, en dus ook de Staat, lappen dit aan hun laars. Ze proberen tóch met geweld Joegoslavië een accoord op te leggen. Een accoord dat dus al op voorhand nietig is.

Wat bepaalt het Handvest op dit punt ?

Het Handvest van de Verenigde Naties bepaalt in artikel 2 lid 4 :

"In hun internationale betrekkingen onthouden alle Leden zich van bedreiging met of het gebruik van geweld tegen de territoriale integriteit of de politieke onafhankelijkheid van een staat, en van elke andere handelwijze die onverenigbaar is met de doelstellingen van de Verenigde Naties".

Is die bepaling duidelijk ? Die is glashelder. Trekken de Staat en zijn NAVO-rotgezellen zich daar iets van aan ? Geen barst. Een grootscheepse oorlog tegen een soeverein land is gestart, na maandenlange dreigementen, evenzeer in strijd met dit artikel van het Handvest.

Voor elke oorlog worden altijd fraai klinkende voorwendselen gegeven. Zo ook voor deze agressie-oorlog van de Staat. Het heet dan, dat de NAVO, en dus ook de Staat, wel tussenbeide moest komen vanwege de interne oorlog in Kosovo. Daar woedt een burgeroorlog ? Mag dat, dat geheel ongevraagd tussenbeide komen in een burgeroorlog in een soeverein land ? Nee. En als het nou gaat onder het mom van een einde maken aan ernstige schending van de mensenrechten, mag het dan ? Ook niet. Dat is een strijd met het non-interventie beginsel, een beginsel van ius cogens, d.w.z. een zodanig fundamentele rechtsnorm dat die overal en altijd geldt en nimmer mag worden geschonden.

Waar staat dat van het ius cogens en zo ? In art. 53 van het Weens Verdragenverdrag. Daarin wordt bepaald dat :

"(...)een dwingende norm van algemeen volkenrecht (is) een norm die aanvaard en erkend is door de internationale gemeenschap van Staten in haar geheel als een norm, waarvan geen afwijking is toegestaan (..)"

Hoe weten we zeker dat het agressie-verbod en het interventie-verbod behoren tot het *ius cogens*. Omdat daarover unanimiteit bestaat bij alle volkenrechtsgeleerden, zoals blijkt uit de literatuurverwijzingen en citaten, die ik aan mijn pleitnota heb gehecht.

Trekt de Staat er zich iets van aan dat het hier om normen van *ius cogens* gaat? Helemaal niets. Het volkenrecht kan wat hem betreft de boom in, nu het agressiepad is gekozen.

Ook dat dit ook nog eens een keer expliciet wordt uitgesproken in het Tweede Aanvullende Protocol bij de Verdragen van Genève, met name in artikel 3 :

"2. Geen enkele bepaling van dit Protocol mag worden ingeroepen als rechtvaardiging van een interventie, rechtstreeks of niet rechtstreeks, om welke reden ook, in het gewapend conflict of in de interne of externe aangelegenheden van de Hoge Verdragsluitende Partij op wier grondgebied dat conflict plaatsvindt."

Protocol II bij de Verdragen van Genève gaat juist over de bescherming van burgers in niet-internationale gewapende conflicten. En toch bevestigt artikel 3 nog eens expliciet de norm van volkenrechtelijk gewoonterecht van *ius cogens*-karakter die hier geldt, namelijk het interventie-verbod. Geen van de mensenrecht-schendingen als bedoeld in dit Protocol II mogen worden gebruikt als rechtvaardiging voor een interventie in een burgeroorlog.

Joegoslavië en Nederland behoren beide tot de Hoge Verdragsluitende Partijen en hebben beide dit verdrag geratificeerd.

Trekt Nederland zich hier iets van aan? Niets, alsof het een vodge papier is.

En zo stampen de Staat der Nederlanden en de overige NAVO-landen als een kudde dolle olifanten door de porseleinkast van het volkenrecht.

Daarmee duidelijk makend dat de grens tussen de rechtsstaten die ze pretenderen te zijn - maar dus volstrekt niet zijn - en wat zij plegen aan te duiden als schurkenstaten naar nu blijkt flinterdun is.

2. de ingetreden oorlogstoestand als novum

Joegoslavië als soeverein land wordt nu met grootscheeps geweld aangevallen, o.a. door agressor Nederland.

Eisers in dit k.g., allen in deze oorlogstoestand gemobiliseerde soldaten, vrezen voor hun leven als gevolg van dit NAVO-oorlogsgeweld, waaraan Nederland meedoet. Het gaat hier om bijzonder laffe aanvallen, gebruik makend van het enorme technologische overwicht dat de NAVO heeft. Tegen

kruisraketten, die zomaar uit de hemel komen vallen op de kazerne waar je gelegerd bent, is geen kruit gewassen. Laf, want degenen die ze afschieten, lopen zelf geen enkel risico.

Eisers wenden zich thans tot de Nederlandse rechter om rechtsbescherming te zoeken tegen het onrechtmatige oorlogsgeweld van Nederland in NAVO-verband.

De oorlogstoestand die nu is ingetreden vormt een nieuwe ontwikkeling - een novum - ten opzichte van de toestand die aan de orde was in het vonnis van 18 maart j.l.

Toen dreigde er oorlogsgeweld van Nederland in NAVO-verband, nu is dat oorlogsgeweld een feit.

Het geweld van de NAVO moet volkenrechtelijk worden toegerekend aan de verschillende lidstaten, want de NAVO als supra-nationale organisatie bestaat niet. Alle geweld en de gevolgen daarvan van alle afzonderlijke staten komt daarbij voor verantwoordelijkheid van iedere staat op zich. Dat wil zeggen dat Nederland ten volle aansprakelijk is voor elke misdaad die in dit verband onder NAVO-vlag wordt begaan.

Dit principe wordt ook tot uitdrukking gebracht in het advies van de Raad van State van 27 november 1985 inzake de kruisraketten (prod. 16 in de klapper):

"Geconstateerd kan dan ook worden dat Nederland reeds meer dan vijftwintig jaar betrokken is bij én medeverantwoordelijkheid draagt voor de opstelling van geïntegreerde defensieplannen die mede het gebruik van kernwapensystemen in daarin voorziene gevallen insluiten, en bijgevolg mede aansprakelijk is te stellen voor een gebruik van kernwapens in bondgenootschappelijk kader. Als participant in de geïntegreerde NAVO-structuur kan Nederland - daarop heeft de Raad in zijn eerder advies reeds gewezen - zich, ook zonder plaatsing van kruisvluchtwapens op zijn grondgebied, aan deze medeverantwoordelijkheid niet onttrekken".
(ad 15)

Wat betreft de aard en karakter van de NAVO wordt voorts verwezen naar wat daarover in de conclusie van eis in de zaak van 18 maart wordt gezegd.

De uitspraak in kort geding van 18 maart j.l. keek, zo is tenminste de indruk, niet verder dan de juridische situatie die bestond toen er alleen nog door de NAVO, en dus ook Nederland, werd gedreigd met oorlogsgeweld. En bevat in dit opzicht, vanuit deze optiek, geen bindende uitspraken over de juridische toestand die is ingetreden nu daadwerkelijk geweld wordt gebruikt en pogingen om met louter dreigen doelen te bereiken, hebben gefaald.

Een novum dus, en een nieuwe juridische situatie ter beoordeling.

Op de uitspraak van 18 maart kom ik nog terug, maar nu eerst dit.

3. kernvraag is: gaat het hier om "lawful acts of war" of "unlawful acts of war"

Dat is dus de kernvraag waar we nu voor staan.

Zou het gaan om "lawful acts of war" ("LAW"), dan vormen militairen een gerechtvaardigd doelwit van de toegepaste oorlogshandelingen en zijn pogingen om hen, als combattanten, uit te schakelen, in principe volkomen gelegitimeerd? Indien tenminste geen verboden wapens of verboden methoden van oorlogsvoering worden toegepast en geen disproportioneel geweld wordt toegepast.

Combattanten, als eisers in dit kort geding, vormen dus in principe bij "LAW" een logisch en legitiem doel.

Wat non-combattanten betreft, vooral dus burgers, die mogen bij "LAW" niet tot doelwit worden gemaakt. Maar zij hebben wel te accepteren dat zij bij "LAW" zijdelings, d.w.z. bij wijze van "collateral damage", toch het slachtoffer worden.

In artikel 15, tweede lid, EVRM wordt dit tot uitdrukking gebracht: als burgers onopzettelijk worden gedood als gevolg van "LAW", dan hebben zij dat maar te accepteren en dan is er geen sprake van een schending van hun recht op leven.

Totaal anders zijn de rechtsgevolgen in een situatie van "unlawful acts of war" ("ULAW")

In dat geval vormt dergelijk oorlogsgeweld ipso facto een misdrijf tegen de vrede, d.w.z. een misdrijf van de zwaarst denkbare categorie, vallend onder het Handvest van Neurenberg, waarvoor in principe onbeperkte persoonlijke en individuele aansprakelijkheid bestaat voor iedereen die daarbij in welk opzicht dan ook is betrokken, en waarvoor geen verjaringstermijn bestaat, zoals voor gewone misdrijven wel het geval is.

Of het nu gaat om militairen of burgers, voor beide categorieën geldt gelijkelijk dat "ULAW" jegens hen verboden zijn en volstrekt onrechtmatig.

Worden burgers - onopzettelijk - gedood als gevolg van "ULAW", d.w.z. bij wijze van "collateral damage", dan is er sprake van dood door schuld van al al degenen die hiervoor verantwoordelijk zijn, de opdrachtgevers, zowel als de uitvoerders.

Pogingen om militairen fysiek uit te schakelen, zoals nu door Nederland in NAVO-verband worden ondernomen jegens mijn eisers - bij "LAW" een op zichzelf gerechtvaardigd streven - zijn dan eveneens volstrekt onrechtmatig en, gelet op het opzettelijke karakter hiervan, gelijk te stellen met poging tot moord.

Voor beide categorieën, militairen en niet-militairen, vormen "ULAW" daarbij gelijkelijk een schending van hun recht op leven, zoals dat wordt gewaarborgd door art. 6 IVBPR en art. 2 EVRM.

De rechtsgevolgen verbonden aan "LAW" en "ULAW" verschillen dus evenveel als de dag van de nacht.

Daarom is het dan ook noodzakelijk om hier vast te stellen of het gaat om "LAW" of "ULAW".

Gaat het bij de oorlog tegen Joegoslavië om "LAW" dan kunnen cobattanten als eisers zich in principe helemaal niet beroepen op de bescherming van het recht op leven en is ook voor burgers de bescherming van het recht op leven in hoge mate opgeschort.

Gaat het om "ULAW", dan geldt de bescherming van het recht op leven onverkort voor militairen zowel als voor burgers en plegen degenen die optreden als agressors een misdrijf tegen de vrede en treden zij op als moordenaars en medeplichtigen aan moord ten opzichte van de militairen die zij bewust uitschakelen.

4. wie moet wat bewijzen ?

De Staat stelt zich natuurlijk op het standpunt dat het hier gaat om "LAW".

Dit brengt ons tot de volgende vraag: wie moet hier wat bewijzen of tenminste aannemelijk maken ? Kan de Staat, jegens de potentiële slachtoffers die hij letterlijk op de korrel laat nemen, volstaan met de enkele bewering dat dit oorlogsgeweld rechtmatig is ? En moeten deze potentiële slachtoffers dan maar aantonen dat de Staat ongelijk heeft ?

Of ligt de bewijslast omgekeerd en is het hier juist de Staat die moet^{te} aantonen, of althans aannemelijk maken, dat het hier gaat om "LAW" ?

En in beide gevallen geldt: wat is hier aannemelijk maken ?

De Staat zal ongetwijfeld van mening zijn dat hij niet aannemelijk hoeft te maken dat zijn oorlogsgeweld "LAW" zijn, maar dat de potentiële slachtoffers van zijn oorlogsgeweld maar moeten aantonen dat dit niet het geval is.

Waarom ? De Staat speculeert hier op het volgende:

1. de Staat is immers een meneer met een wel heel hoge hoed op, die in principe altijd gelijk heeft, naar moet worden aangenomen;
2. de Staat heeft zich verbonden het (internationaal) recht in acht te nemen en mag dus in beginsel geacht worden inderdaad de eisen van het (internationaal) recht in acht te nemen;
3. daarbij geldt dat de Staat een rechtsstaat is en van een rechtsstaat mag zeker op voorhand worden aangenomen dat deze de normen

- van het (internationaal) recht tot richtsnoer neemt;
4. bovendien wordt de Staat gecontroleerd door de volksvertegenwoordiging, hetgeen een extra waarborg vormt dat de eisen van het (internationaal) recht tot uitgangspunt worden genomen van handelen;
 5. de Staat staat in deze kwestie niet alleen in zijn opvatting, maar wordt daarin gesteund door een groot aantal andere staten, namelijk alle NAVO-staten, die ook allemaal stellen dat het hier gaat om "LAW" en die merendeels ook democratieën en rechtsstaten zijn.

Dit complex van factoren maakt dat er gevoeglijk vanuit mag worden gegaan dat de Staat er, ook jegens de beoogde slachtoffers van zijn oorlogsgeweld, mee kan volstaan te stellen dat het hier gaat om "LAW" en dat het dus aan hen is om aan te tonen of aannemelijk te maken dat hun mensenrecht op leven hier wordt bedreigd door "ULAW", zo speculeert de Staat.

Maar deze benadering gaat natuurlijk niet op.

Allereerst gaat het hier niet om de een of andere onbetekenende kwestie, maar om het belangrijkste rechtsprincipe dat er bestaat, namelijk het recht op leven en dus om de meest fundamentele norm van onze rechtsorde.

Gaat het om fundamentele mensenrechten, om zaken als het recht op leven, dan kan natuurlijk onmogelijk gelden dat degenen die opzettelijk van het leven beroofd dreigt te worden maar moet aantonen dat die dreigende levensberoving onrechtmatig is.

Degene die zich aanmatigt dat hij gerechtigd is om de in zijn leven bedreigde persoon daadwerkelijk van het leven te beroven, is dan degene op wie de bewijslast ligt.

Hij heeft onomstotelijk de taak om de rechtsbasis van zijn streven te stellen en aan te tonen.

Want de bescherming van het recht op leven is althans in zoverre absoluut, dat uitzonderingen onderbouwd moeten worden.

Voor een dergelijke onderbouwing volstaat niet een enkele verwijzing naar democratische pretenties, rechtsstatelijke pretenties en de pretentie van brede steun. Dergelijke pretenties ontslaan niet van de verplichting om aan te tonen dat er een deugdelijke rechtsbasis is voor het gestelde recht om beoogde slachtoffers van het leven te beroven en hun recht op leven aan te tasten.

Daar komt nog dit bij.

Althans sinds de Tweede Wereldoorlog is oorlog in principe buiten de wet gesteld.

Oorlog is verboden, tenzij... Dat betekent dat slachtoffers van oorlogsgeweld, slachtoffers zijn van "ULAW", tenzij....

Ook dit bedingt noodzakelijkerwijs, dat het Staat is op wie hier de bewijslast rust.

De bewijslast dat hij het recht heeft om eisers naar het leven te staan.

Nu zal de Staat echter eraan willen toevoegen dat hij niet alleen stelt dat zijn oorlogsgeweld "LAW" zijn, maar dat hij dit wel degelijk onderbouwt en hier argumenten voor geeft.

Hij heeft immers aangevoerd dat Veiligheidsraadsresolutie 1199 hem het recht verschaft om geweld toe te passen, nu de FRY deze resolutie niet nakomt.

Dat argument wordt door alle NAVO-landen onderschreven en moet dus wel als valide en sluitend worden beschouwd.

De redenering is dan - en alle NAVO-neuzen wijzen daarbij dus dezelfde kant op - dat in resolutie 1199 wordt uitgesproken dat de situatie in Kosovo een bedreiging voor de vrede vormt, waarbij is vastgesteld dat deze situatie in het teken staat van Hoofdstuk VII van het Handvest van de VN, zodat er geen sprake meer is van een binnenlandse aangelegenheid van de FRY alleen.

Dat is waar, dat is resolutie 1199 vastgelegd, maar het vervolg van de redenering die hieraan wordt vastgeknoopt, is allerminst juist en concludent. Namelijk dat er dus een recht op geweld zou zijn ontstaan, nu de FRY deze resolutie niet nakomt.

Dat het, wat deze gevolgtrekking betreft, om een gigantisch dom verhaal gaat dat, hoe parmantig ook voorgedragen door alle NAVO-lidstaten gelijkkelijk, als een tang op een varken slaat, wordt al meteen duidelijk voor iedereen die ook maar even de moeite neemt om Hoofdstuk VII van het Handvest van de VN erop na te slaan.

Daarin wordt duidelijk aangegeven dat de Veiligheidsraad, in een situatie waarin Hoofdstuk VII van toepassing is verklaard, een breed spectrum van dwangmiddelen ter beschekking staat, oplopend in zwaarte, van aanbevelingen (art. 40), langs geweldloze maatregelen (art. 41), tot geweldsmaatregelen (art. 42).

Het is er dus verre van dat het van toepassing verklaren van Hoofdstuk VII de geweldsvraag aan de orde stelt, dat is absoluut niet het geval. Bovendien geldt hier: de Veiligheidsraad bepaalt wat er moet gebeuren, niet Nederland of de NAVO.

Het gaat hier dus om een volstrekt malafide interpretatie van zowel resolutie 1199, als van het Handvest.

Van een uitleg te goeder trouw, zoals het volkenrecht voorschrijft, is hier geen sprake.

Overigens zij ook op het punt van resolutie 1199 en de interpretatie van het Handvest verwezen wat daarover wordt gesteld in de conclusie van eis in de zaak van 18 maart j.l.

Met resolutie 1199 ligt de bal dus uitdrukkelijk bij de Veiligheidsraad, en nergens anders.

Dat het toepasselijk verklaren van Hoofdstuk VII aan onverschillig welke staat of statenbond het recht zou verschaffen om geweld te gebruiken tegen Joegoslavië, is alleen een bloeddorstige fantasie-voorstelling van de NAVO-landen, die kennelijk menen dat als ze dit maar met genoeg aplomb stellen en ook voortdurend blijven stellen, de geloofwaardigheid vanzelf komt.

Het gaat hier echter om een gelegenheidspraatje, onderling afgesproken achter de NAVO-burelen en als een Tibetaanse gebedsmolen steeds herhaald, om mist te maken bij wat er werkelijk plaatsvindt, namelijk een openlijke usurpatie van de macht van de Veiligheidsraad door de NAVO en een doelbewuste en weloverwogen schending van fundamentele rechtsnormen door de Veiligheidsraad opzij te schuiven om voortaan zelf de touwtjes in handen te nemen.

Dan is er het geluid dat hier weliswaar een mandaat van de Veiligheidsraad ontbreekt, maar dat een dergelijk mandaat ook niet strikt nodig zou zijn, aangezien het hier zou gaan om een humanitaire aktie ter bescherming van de Albanese bevolking in Kosovo.

Ik verwijs voor wat dit betreft opnieuw naar de conclusie van eis bij de zaak van 18 maart j.l., waar hier al uitgebreid op ingegaan wordt.

Als toevoeging hierop nog dit.

Allereerst is het natuurlijk van tweeën één: óf de Staat stelt dat hij zich beweegt binnen de grenzen van het Handvest en dat er binnen het kader van het Handvest een soort mandaat zou zijn om geweld te gebruiken; óf de Staat stelt: we hebben hier niets met het Handvest van de VN te maken, het maakt niet uit of ons handelen daaraan voldoet, we baseren ons op een hoger recht.

En natuurlijk heeft de Staat niet het recht om, alternerend, nu weer het één, dan weer het ander te roepen, al naar het het beste uitkomt.

De Staat beweegt zich op de lijn dat wat hij doet heel prima binnen het kader van het Handvest past en is dan ook aan dat uitgangspunt gebonden. Maar dat uitgangspunt is evident onzinnig en onhoudbaar.

Vervolgens is er nog dit.

Dat humanitaire overwegingen een inbreuk op het Handvest zouden rechtvaardigen, wordt tegenwoordig wel makkelijk gezegd, maar gronden hiervoor in het recht zijn er niet. Laat staan dat hier sprake zou zijn van geldend

recht.

Waarom niet ?

Omdat dit zou betekenen dat er normen zijn die boven de normen van het Handvest van de VN gaan, en dan in dit geval het daarin vervatte geweldsverbod en interventieverbod, alsmede het monopolie van de Veiligheidsraad op geweld ter bescherming van vrede en veiligheid.

En het zijn nu juist deze normen van het Handvest die behoren tot de hoogste rechtscategorie die we kennen, namelijk tot het *ius cogens*, d.w.z. tot de normen van dwingend recht, die overal en altijd gelden en waarvan niet afgeweken kan worden.

Er is dus geen ruimte voor de veronderstelling dat er een recht zou zijn dat daar nog ~~ens~~ boven zou gaan, d.w.z. boven deze op zich al absolute normen.

En helemaal armzalig wordt deze theorie, als we in ogenschouw nemen dat de konsekwentie van deze theorie is dat het dan weer een zaak van staten wordt om zelf individueel te beslissen of ergens een zogenaamde humanitaire oorlogsaktie noodzakelijk is.

Het geroep dat humanitaire omstandigheden een militair ingrijpen absoluut onvermijdelijk maken, zal niet van de lucht zijn bij staten die elkaar om andere politieke redenen de oorlog willen aandoen. En wie zal dan als scheidsrechter optreden ?

Dat het bij het oorlogsgeweld van de Staat om een humanitaire interventie zou gaan, is een kreet die we ook in dit geval steeds weer horen. Maar daarvan is al op het eerste gezicht geen sprake.

In de eerste plaats valt niet in te zien wat het aanrichten van groot-scheepse vernietigingen in Joegoslavië te maken hebben met de beweerde beoogde bescherming van de bevolking in Kosovo, die het doel zou zijn. Het gaat hier om volstrekt zinloos geweld.

Als men de burgeroorlog in Kosovo zou willen beëindigen, zou de NAVO met grondtroepen Kosovo moeten binnentrekken en het gebied moeten bezetten en pacificeren. Dat zou een grove schending zijn van eerder genoemde rechtsregels en volkenrechtelijke regels, maar niettemin zou dat de enige manier zijn om wat wordt voorgesteld als een humanitaire aktie uit te voeren. Maar daar zijn de NAVO-landen te laf voor. Dat durven ze niet.

Ten tweede heeft het toegepaste geweld ook daarom in de verste verte niets te maken met een humanitaire aktie, omdat openlijk het streven is in Kosovo op te treden niet voor de bevolking van dit gebiedsdeel als

zodanig, maar alleen ten gunste van een bepaalde etnische groep aldaar, namelijk de Albanezen.

Die vormen wel de meerderheid in Kosovo, maar er zijn aanzienlijke minderheden. Niet alleen Serviërs, maar ook Montenegrijnen, Macedoniërs, Roma, Turken en andere bevolkingsgroepen. Het gaat daarbij om een verhouding van ongeveer 1.8 : 1 in de verhouding tussen Albanezen tot andere minderheden.

Openlijk wordt gefocust op uitsluitend de belangen van de Albanese meerderheid. De belangen van de overige minderheden worden genegeerd of rondit verkwaanseld, zoals die van de Servische bevolkingsgroep in Kosovo.

Een zogenaamde humanitaire aktie die zich alleen maar richt op een meerderheidsgroep in een bepaald gebied en de belangen van de overige bevolkingsgroepen totaal uit het oog verliest, is alleen al daarom humanitair gezien een volslagen farce.

Maar ten derde is het nog erger gesteld met het zogenaamde humanitaire aspect.

De bedoeling van het oorlogsgeweld tegen Joegoslavië zou zijn om het Joegoslavische leger zodanig te verzwakken dat het geen kwaad meer zou kunnen doen tegen de Albanese bevolking.

De onzinnigheid van deze redenering is al op het eerste gezicht duidelijk. Zo'n doel zou immers pas bereikt kunnen worden als heel het leger is weggevaagd. Zolang er nog een paar soldaten overblijven, zou de ongewapende Albanese bevolking immers nog steeds machteloos staan tegenover geweld. Als Nederland en de NAVO-landen dan ook stellen dat het de bedoeling is om het Joegoslavische leger zodanig te verzwakken dat het niet meer tegen de Albanese bevolking zou kunnen optreden, dan bedoelen ze met "Albanese bevolking" iets anders dan ze zeggen. Dan wordt daarmee in feite bedoeld: niet meer kan optreden tegen het UCK.

De NAVO treedt hier dus op als verlengstuk van het UCK, als luchtmacht van het UCK.

Wat men tracht voor te stellen als een nobele humanitaire aktie voor de gehele bevolking in Kosovo, onmaskert zichzelf dus in feite als een interventie ten gunste van één bevolkingsgroep, en zelfs dat niet. Waar het hier werkelijk op neerkomt is een interventie ten gunste van de gewapende separatisten in Kosovo, het Uck.

Zou het Uck het in Kosovo voor het zeggen krijgen, dan zullen zij zich onmiddellijk op de Servische minderheid storten en ook op andere minderheden in Kosovo, zoals de Roma. In de conclusie van eis bij de zaak van 18 maart worden daar voorbeelden van gegeven, gedocumenteerd door Amnesty International.

Een voorgewende humanitaire aktie, die tot nieuwe humanitaire catastrofes

leidt, is natuurlijk alleen al daarom een louter criminele daad, die met humaniteit niets uitstaande heeft.

Maar tenslotte is er dan ook nog een laatste belangrijke overweging. Waar was de "internationale gemeenschap", als je tenminste de NAVO-"wereld als "internationale gemeenschap" wil betitelen, toen de grootste ethnische zuivering in de Balkan werd doorgevoerd, die heeft plaatsgevonden sinds het uiteen vallen van Joegoslavië ? Ik doel hier op de ethnische zuivering van de Krajina, toen meer dan 200.000 Serviërs door het Kroatische leger van huis en haard werden verdreven. En niet voor even, maar definitief. Hoe gebeurde die gigantische ethnische zuivering, hoe kon die plaatsvinden ? Die kon alleen maar plaatsvinden door de steun die eerst door de NAVO-landen, met enorme wapenhulp en training en assistentie bij de opbouw, aan het Kroatische leger was gegeven.

Waar zijn velen van die honderdduizenden weggezuiverde Serviërs nu, in grote armoede, gevestigd ? In Kosovo, waar ze bedreigd worden door het UCK, de grondtroepen van de NAVO.

Onder 13 in de klapper wordt hierover nadere informatie overgelegd.

De zogenaamde bewogenheid van de NAVO-landen met het lot van de Albanezen in Kosovo getuigt zo van een duivels cynisme. Met NAVO-hulp worden honderdduizende Serviërs uit de Krajina verdreven, en met larmoyante verhalen over ethnische zuiveringen in Kosovo wordt vervolgens opnieuw het breekijzer gezet door de NAVO in gebieden waar Serviërs wonen, teneinde uiteindelijk te bereiken dat ook deze van alle Serviërs zullen worden gezuiverd. Wat dat is wat natuurlijk uiteindelijk zal gebeuren met Kosovo, als het UCK het daar voor het zeggen krijgt.

En hoe zit het trouwens met de NAVO-landen zelf ? Zou de NAVO er niet beter aan doen om eerst eens humanitaire orde op zaken te stellen in eigen kring, in plaats van, in strijd met alle recht en bovendien in strijd met het eigen NAVO-statuut, dat voorschrijft dat de NAVO zich beperkt tot verdragsgebied, als een beest tekeer te gaan ?

NAVO-land Turkije heeft zelf jarenlang een vernietigingsoorlog gevoerd tegen de Koerdische bevolking in Oost-Turkije. Duizenden dorpen zijn daarbij totaal verwoest en de bevolking is naar stedelijke gebieden verdreven, zoals Diabarkyr, Van, Istanboel, etc. Meer dan 200.000 Koerden zijn bij deze slachtpartijen van NAVO-land Turkije om het leven gekomen. En wat zien we: de andere NAVO-landen hebben daarbij uitbundig geholpen. Met wapenhulp, het politieke steun, met inzet van al hun politici, media en andere hulpbronnen om de Koerden te criminaliseren. De separatistische UCK wordt door de NAVO-landen warm gekoesterd, maar de separatistische PKK

bespuwd als een bende moordenaars en over de gehele aardbol wordt de leider hiervan rondgejaagd, terwijl tegelijkertijd de leider van de separatistische UCK als een half staatshoofd met alle egards en strijkages wordt onthaald in Rambouillet.

Onder 12 in de klapper is nadere informatie te vinden over de vernietigingsoorlog die de NAVO tegen de Koerden heeft gevoerd. Diezelfde NAVO die plotseling barst van gespeelde woede, als het gaat om acties tegen de UCK-separatisten.

Wat de NAVO dus toont, is geen humanitaire bewogenheid, maar een Januskop. Een verderfelijker staaltje van cynische selektieve verontwaardiging zal nimmer aan de dag gelegd zijn.

En wat daarbij vooral zo schokkend is, is de weergaloos brutale openheid van dit cynisme.

Alsof het doodnormaal is dat met twee geheel verschillende maten wordt gemeten. Dat is het niet en mag het ook nooit worden.

Want een belangrijke peiler van het volkenrecht, is de gelijkwaardigheid van staten. Dit brengt mee dat zij in gelijke gevallen gelijk bejegend dienen te worden. En dat betekent weer, dat als er geen reden wordt gezien om Ankara te bombarderen vanwege het feit dat Turkije Koerdistan geen grote mate van autonomie wil verlenen, er ook geen reden kan zijn om Belgrado te bombarderen, dat wél autonomie aan Kosovo wil toestaan, alleen niet zoals de NAVO dicteert, en dat overigens terecht vreemde troepen op zijn grondgebied afwijst.

De humanitaire pretenties van de NAVO-oorlogsterreur tegen Joegoslavië zijn dan ook in alle opzichten schaamteloos vals.

Ook op dit punt wordt verder verwezen naar de meergenoemde conclusie van eis.

Hoewel de bewijslast niet op eisers lag, hebben zij hiermee aangetoond dat het oorlogsgeweld jegens Joegoslavië in al zijn dimensies elke rechtmatigheid ontbeert.

Zodat het hier in alle opzichten gaat om "ULAW".

En zodat de opzet van de Nederlandse Staat in NAVO-verband om eisers fysiek te likwideren dus neerkomt op pogingen om hen op onrechtmatige wijze van het leven te beroven. Op pogingen om hen te vermoorden dus.

5. Decimering van het Joegoslavische leger als officieel verklaard oorlogsdoel

Inmiddels is door generaal Clark, opperbevelhebber van de NAVO-agressors, het decimeren van het Joegoslavische leger officieel tot doelstelling verklaard. Ook andere NAVO-woordvoerders hebben dit afgekondigd.

De bedoeling is kennelijk middels aanvallen van de UCK-luchtmacht tien-

duizenden Joegoslavische soldaten te doden van het Joegoslavische leger dat naar schatting, onder normale omstandigheden, uit ongeveer 150.000 man bestaat.

Die vernietigingoorlog van de UCK-luchtmacht is thans begonnen. Overal in Joegoslavië worden op grote schaal kazernes gebombardeerd en troepenconcentraties, zo luiden de laatste berichten. Maar vooral is dat het geval in Kosovo, waar eisers zijn gelegerd.

Zij hebben dus te maken met een immanente dreiging om fysiek te worden vernietigd door deze barbaarse agressie.

Dergelijke niets ontziende vernietigingsaanvallen zijn in elk geval ook nog in strijd met het proportionaliteitsbeginsel, ik kom daar nog op terug.

Maar nu eerst terug naar het vonnis van 18 maart j.l.

6. Het vonnis van 18 maart j.l.

Hierin zijn drie springende punten.

Allereerst wordt in dit vonnis tot uitdrukking gebracht dat er nog geen sprake is van een feitelijke toestand waarin het recht op leven en de Wet Oorlogsstrafrecht aan de orde zijn.

Althans zo zou de overweging onder 4.4 van het vonnis wellicht dienen te worden verstaan.

Blijkbaar is de achterliggende gedachte van de President geweest, ten tijde van het vonnis, dat er - toen - nog geen oorlog was, waarbij het recht op leven van eisers bedreigd zou worden en dat, omdat er toen nog geen oorlogstoestand was, de Wet Oorlogsstrafrecht nog niet zou gelden.

Inmiddels is die oorlogstoestand er wel. Joegoslavië heeft zich officieel in staat van oorlog verklaard en Nederland en de andere NAVO-landen voeren feitelijk oorlog tegen Joegoslavië en daarmee is althans nu de Wet Oorlogsstrafrecht ook feitelijk aan de orde.

Wat er ook zij van de gedachten van de President dat - toen - ten tijde van het vonnis van 18 maart j.l. van een bedreiging van het recht op leven en een aan de orde zijn van de Wet Oorlogsstrafrecht nog geen sprake was - en deze gedachten van de President zullen in hoger beroep worden bestreden -, in de ogen van de President was deze afwezigheid - toen nog - van een feitelijke oorlogssituatie wellicht voldoende om - toen - een beroep op de Wet Oorlogsstrafrecht en een onrechtmatige bedreiging van het recht op leven af te wijzen.

Dat kan nu dus in elk geval niet meer opgaan.

Er is nu oorlog - en wel grootschalig onrechtmatig oorlogsgeweld tegen de soevereine staat Joegoslavië. En fysieke uitschakeling van zoveel

mogelijk Joegoslavische militairen, waaronder eisers, is nu een officieel afgekondigd doel.

Ook objectief dreigen ze hiervan elk moment het slachtoffer te worden. In deze oorlog worden de wetten en gebruiken van de oorlog, als bedoeld in artikel 8 van de Wet Oorlogsstrafrecht voortdurend op grove wijze geschonden.

Deze wet is dus onverkort op de huidige situatie van toepassing. Schending van de Wet Oorlogsstrafrecht, onderdeel van de nationale wetgeving, is onrechtmatig en dit betekent dat deze wet gewoon toegepast moet worden als deze onrechtmatigheid wordt ingeroepen. Dat geldt ook voor andere, op zich strafrechtelijke regels. Zo is moord verboden naar strafrechtelijke regel. Beoogt iemand iemand anders te vermoorden, dan kan de bedreigde persoon uiteraard de civiele rechter om beschermende voorzieningen vragen. Zo ook bij schending van de strafrechtelijke norm van artikel 8 Wet Oorlogsstrafrecht.

Wat zijn nu de wetten en gebruiken van de oorlog, bedoeld in artikel 8 Wet Oorlogsstrafrecht, die sinds het losbarsten van het oorlogsgeweld door Nederland in NAVO-verband worden geschonden ?

Het begrip "wetten en gebruiken van de oorlog" is opzettelijk door de Nederlandse wetgever ruim gelaten. De parlementaire geschiedenis hiervan vindt u aan mijn pleitnotities gehecht.

Het Internationaal Gerechtshof geeft in zijn uitspraak van 8 juli 1996 (produktie 4 in de zaak van 18 maart j.l.) aan dat hieronder vallen het Haagsche en Geneefse recht, dat gezien moet worden als een onverbreekelijke eenheid. (ad 75)

Zoals al geciteerd, maakt het interventieverbod deel uit van het Geneefse recht, nu dit is opgenomen in artikel 3 van Protocol II bij de Verdragen van Genève.

Ook het agressie-verbod, zoals neergelegd in artikel 2 lid 4 van het Handvest van de Verenigde Naties, maakt deel uit van het Geneefse recht, nu deze regel van volkenrechtelijk gewoonterecht van dwingende aard wordt herbevestigd in de aanhef van Protocol I bij de Verdragen van Genève. Sinds het losbarsten van het oorlogsgeweld tegen Joegoslavië zijn dus met name ook het agressieverbod en het interventieverbod, als zijnde "wetten en gebruiken van de oorlog" in de zin van de Wet Oorlogsstrafrecht geschonden.

Het gaat hier, als gezegd, om normen van volkenrechtelijk gewoonterecht, die in een aantal verdragen en volkenrechtelijke regelingen, tot uitdrukking zijn gebracht.

Maar het blijven, los van de specifieke regelingen in geschreven vorm,

normen van gewoonterechtelijke aard. En wel van ius cogens, van dwingend-rechtelijke aard. Daarover is communis opinio onder de volkenrecht-deskundigen.

Deze volkenrechtelijke normen van gewoontelijke aard hebben in diverse verdragen verschillende gedaantes aangenomen. Zoals dus in artikel 2 lid 4 van het Handvest van Neurenberg, in de aanhef van het Eerste Aanvullende Protocol bij de Verdragen van Genève en in artikel 3 van Protocol II bij de Verdragen van Genève.

Nu is het tweede springende punt van het vonnis van 18 maart j.l. dat de President daarin tot het oordeel is gekomen, dat aan het bepaalde in artikel 2 lid 4 van het Handvest van de Verenigde Naties geen rechtstreekse werking kan worden toegekend.

Dit oordeel heeft natuurlijk een voorlopig bindend karakter en moet h. r. dus als een vaststaand gegeven worden aangenomen.

In het ingestelde hoger beroep zal het ongetwijfeld met succes worden bestreden, maar nu, in dit kader, is het een feit.

Maar als aangenomen moet worden als een gegeven dat aan het bepaalde in artikel 2 lid 4 geen rechtstreekse werking toekomt, betekent dat echter nog geenszins dat aan de achterliggende norm van volkenrechtelijk gewoonterecht met een ius cogens-karakter eveneens geen zelf bindende werking kan worden toegekend.

Die rechtsvraag is daarmee nog volledig open. En kan dus in dit kort geding worden beslist.

Datzelfde geldt overigens voor de specifieke gedaante waarin deze normen van volkenrechtelijk gewoonterecht zich manifesteren in de Aanvullende Protocollen bij de Verdragen van Genève.

Die Aanvullende Protocollen hebben onmiskenbaar in het algemeen rechtstreekse werking en niet valt dus in te zien waarom dit dan niet ook zou gelden voor de specifieke gedaantes waarin deze volkenrechtelijke normen in de artikelen van deze Aanvullende Protocollen optreden.

Maar dat is niet beslissend.

Beslissend is of deze normen deze normen als normen van volkenrechtelijk gewoonterecht van ius cogens-karakter rechtstreekse toepassing kunnen vinden, of zelfs moeten vinden, in het recht.

Dat is onmiskenbaar en evident het geval.

In de eerste plaats is het niet voorstelbaar dat enige norm van ius cogens niet rechtstreeks afdwingbaar zou zijn. Want dit zou betekenen dat die norm dan niet te allen tijde handhaafbaar zou zijn en dat is strijdig met het universele en alom geldende karakter daarvan.

Ten tweede maken deze normen rechtstreeks deel uit van de nationale rechtsorde. Het agressieverbod en interventieverbod behoren immers onmiskenbaar tot het Geneefse recht, en daarmee tot de "wetten en gebruiken van de oorlog", en wel de meest belangrijke. Via art. 8 Wet Oorlogsstrafrecht zijn zij dan geïncorporeerd in de Nederlandse rechtsorde en moeten mitsdien ook uit dien hoofde worden gehandhaafd.

Schending van deze "wetten en gebruiken van de oorlog", d.w.z. in casu dus van het agressieverbod en het interventie-verbod levert zo immers een rechtstreekse schending op van de nationale rechtsorde.

En ten derde verbiedt artikel 6 van het Handvest van Neurenberg het voeren van een oorlog in strijd met internationale verdragen als een misdrijf tegen de vrede, waarop door het Handvest van Neurenberg strafdreiging wordt gezet tegen iedereen, van hoog tot laag, die daarbij ook maar enigzins betrokken is. (Stcrt. 1946, 18)

Nu schending van het agressieverbod en het interventieverbod, als misdrijven tegen de vrede, strafdreiging oplevert jegens een ieder die daarbij, in welke vorm dan ook, betrokken is, betekent dit dat schending van het agressieverbod en interventieverbod ook voor de rechter als zodanig identificeerbaar moet zijn, en vervolgens dus, als normschending, strafbaar. Dat wil zeggen: als strafbaar feit toepasbaar.

Ook dit veronderstelt zonder meer de rechtstreekse werking van deze volkenrechtelijk gewoonterechtelijke normen van ius cogens.

Voor het overige wordt in dit verband verwezen naar de grieven die inbracht zullen worden tegen het vonnis van 18 maart j.l., waarin zeer uitgebreid op deze kwestie wordt ingegaan. Alles wat daarin wordt gezegd over dit onderwerp, moet hier als herhaald en ingelast worden beschouwd.

Dat geldt ook voor de rechtstreekse toepasselijkheid van het volkenrechtelijk gewoonterecht door de Nederlandse rechter, welke kwestie uitgebreid wordt behandeld in onderdeel 3 van Grief III.

De gemakkelijke pogingen van de Staat om ermee weg te komen dat de rechter niet over de schending van het agressieverbod en het interventieverbod zou kunnen oordelen, falen dus op de rechtstreekse werking van de gewoonterechtelijke norm zelf.

En daarop wordt hier thans een uitdrukkelijk beroep gedaan. Evenals trouwens ook nog, daarnaast en onafhankelijk daarvan, een beroep wordt gedaan op het feit dat deze normen zijn geïncorporeerd in de nationale rechtsorde via de Wet Oorlogsstrafrecht en ook uit dien hoofde rechtstreeks toegepast moeten worden.

Die Wet Oorlogsstrafrecht is nu in elk geval bepaald wél aan de orde,

waar hij dat, volgens het oordeel van de President van 18 maart j.l., toen nog niet was, in het eerdere kort geding.

Een derde springende punt van het kort geding-vonnis van 18 maart j.l. is het feit dat daarin niet wordt gereflecteerd op het beroep dat was gedaan op - toen - dreigende oorlogsmisdrijven, namelijk het toepassen van dispropotioneel oorlogsgeweld en schending van het verbod om de aanvallen strikt te beperken tot militaire doelen, als omschreven in artikel 52 lid 2 van Protocol I bij de Vedragen van Genève.

Dat het proportionaliteitsbeginsel te allen tijde in acht moet worden genomen, wordt bevestigd in de uitspraak van het Internationaal Gerechthof van 8 juli 1996 (overwegingen 41 e.v.).

Bij de geweldige verwoestingen die nu in Joegoslavië worden aangericht, wordt dit beginsel totaal uit het oog verloren.

Ook de beoogde uitschakeling op grote schaal van Joegoslavische soldaten, en dan moet het om duizenden gaan, zogenaamd om levens van burgers te beschermen, heeft met proportionaliteit niets te maken.

Artikel 52 lid 2 van Protocol I bepaalt:

"Aanvallen dienen strikt tot militaire doelen te worden beperkt. Voor zover het objecten betreft, zijn militaire doelen uitsluitend die objecten die naar hun aard, ligging, bestemming of gebruik een daadwerkelijke bijdrage tot de krijgsv verrichtingen leveren (...)"

In Irak tijdens de Golfoorlog is gebleken dat westerse mogendheden zich van dit voorschrift weinig aantrekken. In het kort geding van 18 maart j.l. is dat met bewijsmateriaal gestaafd in de klapper met produkties onder 7.

Ook nu weer blijkt de vernietiging van grote delen van de Joegoslavische civiele infrastructuur, alsmede de Joegoslavische productiecapaciteit, een doel te zijn dat wordt nagestreefd. Dit om de burgerbevolking te ontmoedigen en uit te putten.

Daarmee wordt het voorschrift van artikel 52 van Protocol I verre overschreden.

MET CONCLUSIE TOT toewijzing van de vordering.

PLEIDOOI IN TWEEDE AANLEG

Ik moet helaas vaststellen dat de Staat kennelijk meent nergens op te hoeven ingaan.

We horen hier van de Staat alleen maar dezelfde verhalen als we voortdurend horen in de media. De Staat had in feite net zo goed de Telegraaf van heden morgen kunnen meebrengen en hier voorlezen, de juridische waarde van zijn verhaal was dan even groot geweest als nu.

Maar op de belangrijke punten gaat de Staat angstvallig niet in.

Zo willen wij van de Staat heel precies weten wat nu volgens hem de rechtsbasis zou zijn waarop de opvatting van de Staat is gebaseerd dat deze gerechtigd zou zijn mijn eisers van het leven te beroven.

En dan geen flauwe praatjes over resolutie 1199 die voldoende legitimiteit zou scheppen voor geweld, omdat hij in het teken van Hoofdstuk VII van het Handvest zou zijn gezet. Daarmee houdt de Staat het parlement en de media maar voor de gek, maar hier in de rechtszaal kan de Staat niet met dergelijke slappe verzinsels weggkomen. Dus nogmaals, laat de Staat nu eens grondig uitleggen wat de rechtsbasis is van het oorlogsgeweld.

Dan een punt van overweging. Het zou heel goed mogelijk zijn dat er nu al als gevolg van de bombardementen meer slachtoffers te betreuren zijn onder de Joegoslavische bevolking, en daartoe reken ik uiterukkkelijk ook het leger, als gevolg van de terreur-bombardementen van de NAVO, dan er de laatste dagen slachtoffers zijn onder de Albanese in Kosovo.

Die mogelijkheid is zeker niet uit te sluiten, al staat deze gedachte de media niet aan en de verantwoordelijke politici.

En dan nog een punt waar de Staat angstvallig niet op in gaat. Laat de Staat nu eens uitleggen - hij kan het niet, maar hij zou het toch moeten proberen, laat de Staat nu eens uitleggen waarom zijn gemoed steeds vol schiet als het lot van de Albanese bevolking aan de orde is, maar datzelfde gemoed zo hard als graniet blijft als het gaat om bijvoorbeeld het lot van de Serviërs in de Krajina. Of, heel ergens anders, waarom de Staat meedogenloos achter Ankara blijft staan, als de Koerden in Oost-Turkije vernietigd worden.

Kan de Staat nu eens precies aangeven waarom hij denkt hier zo volstrekt met 2 maten te mogen meten? Ankara helpen met wapengeweld om de Koerdische separatisten te vernietigen en de Albanese separatisten allerlei mogelijke diplomatieke steun verlenen?

Kan de Staat nu eindelijk tenslotte toch nog eens met een verklaring komen voor deze onbegrijpelijke selectieve verontwaardiging?

En dan nog wat.

Ik heb aangegeven dat het verboden is naar internationaal recht om onder bedreiging met geweld of geweld een verdrag af te dwingen. Het Weens Verdragenverdrag verbiedt dat heel duidelijk. Zo'n verdrag is dan nietig. Maar toch is dat precies wat met het wapengeweld wordt beoogd: Joegoslavië moet het Rambouillet-pakket slikken. En het is daarbij slikken of stikken. Al het wapengeweld dat daarvoor wordt aangewend ook al alleen daarom zo onrechtmatig als de pest.

Kan de Staat nou eindelijk eens precies uitleggen waarom hij denkt dat dat niet zo is ?

Ik heb de Staat trouwens nog steeds niet precies horen aangeven wat nou precies de bedoeling is van al het oorlogsgeweld, anders dan losgeslagen vernietigingsdrift.

Is het nou de bedoeling dat Joegoslavië Rambouillet tekent en houdt het dan op ? Maar in resolutie 1199 staat in elk geval niets te lezen over het gedwongen tekenen van opgelegde accorden ? Hoe kan dan het geweld in overeenstemming zijn met resolutie 1199, zoals de Staat beweert.

De Staat heeft het breedvoerig gehad over geweld tegen de Albanezen in Kosovo. Maar wat is de juridische strekking van het betoog. Gaat die juridische strekking verder dan de verzuchting "het is toch verschrikkelijk, we moeten ingrijpen" en is dat de uiteindelijke juridische onderbouwing van het optreden van de Staat ?

En waar staat dan in het volkenrecht dat als een Staat tot de verzuchting komt "het is toch verschrikkelijk, we moeten ingrijpen" dan daarmee alle seinen op groen komen voor alle soorten oorlogsgeweld ?

Of is er een volkenrechtelijke argumentatie die dieper gaat ?

Trouwens, blijft de Staat van mening dat zijn optreden geheel binnen de begrenzings blijft van het Handvest van de VN ? Da's dan curieus in het licht van de eis om Rambouillet te slikken, die nergens staat in enige resolutie. Ook op punt wachten we tevergeefs op een nadere uitleg van de Staat.

Of stelt de Staat dat hier bewust buiten het Handvest van de VN wordt getreden bij wijze van humanitaire operatie ? We weten het niet en we blijven het niet weten.

En als dat laatste zo is, als het hier dan in de ogen van de Staat zou gaan om een humanitaire operatie, wat voor een merkwaardig soort humanitaire operatie is dat dan, die er voorlopig voor zorgt dat het aantal doden verveelvoudigd wordt ?

Kan de Staat trouwens uitleggen hoe deze interventie te rijmen is met ondertekening van art. 3 van Protocol II, waarin de Staat zich plechtig

heeft verbonden om juist in alle gevallen een dergelijke interventie achterwege te laten.

En zo kan ik nog wel een half uurtje doorgaan. De Staat denkt hier weg te komen door alle vragen te ontlopen.

En vervolgens ongestoord verder te kunnen gaan met bombarderen van eisers, ver van huis.

Dat zou zo natuurlijk niet mogen zijn.

de vordering mogelijk is zonder in strijd te komen met het toetsingsverbod (hiervoor onder 3). Aldus is de plaats bepaald van de thans volgende stellingen. Eisers zullen dit niet telkens herhalen.

4.2 Ius cogens algemeen: aard, ontstaan en gevolgen

Eisers zullen nu de aard, het ontstaan en de gevolgen van ius cogens behandelen (4.2.1). Eisers zullen dit daarna toelichten aan de hand van enkele voorbeelden van Fitzmaurice, bij leven onder meer rechter in het Internationaal Gerechtshof en later in het EEG-Hof. Vervolgens komt aan de orde het feit dat de Verenigde Staten het Weens Verdragenverdrag nog niet hebben geratificeerd. Tenslotte zullen eisers ius cogens behandelen voorzover juist van belang in deze zaak.

4.2.1 Aard en ontstaan

Volgens de artt. 1371 en 1373 BW zijn obligatoire overeenkomsten gesloten in strijd met de openbare orde nietig. Dit is geen Nederlandse uitvinding, de regel gold reeds bij de Romeinen: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (Digesten II, 14, 38). Zowel in de Code Civil-landen als in de Common Law-landen, ja in vrijwel ieder rechtssysteem heeft de openbare orde als instrument om de geldigheid van overeenkomsten te toetsen een plaats gekregen. Hetzelfde geldt voor overeenkomsten tussen staten, de Romeinsrechtelijke bron inclusief. Zie voor het één en ander Sinclair t.a.p., blz. 202 e.v.

In het Nederlandse civiele recht wordt de geoorloofde oorzaak geregeld als toets gebruikt: van opzetkontraakt tot grote leugen, van misbruikovereenkomst tot de overeenkomst van overdracht van stemvolmachten.

De ontwikkeling van het *ius cogens* concept in het internationaal recht bevindt zich nog in een beginstadium. Terecht wijzen de meeste schrijvers er op dat te ruime erkenning makkelijk tot misbruik zou kunnen leiden. Staten zouden met een beroep op schending van *ius cogens* kunnen proberen onder allerlei verdragsverplichtingen uit te komen. Voorzichtigheid bij het aannemen van *ius cogens* is dus geboden. Zoals echter nog zal blijken beroepen eisers zich op regels ten aanzien waarvan het prioriteitskarakter niet aan twijfel onderhevig is.

Het zal niet gauw voorkomen, dat staten verdragen sluiten die met zoveel woorden een rechtstreekse inbreuk maken op regels van *ius cogens*. Een eventuele impliciete en/of indirecte inbreuk zal echter een rol spelen bij de interpretatie van verdragen (zie hierna 4.2.3 ad 3).

Wat is nu *ius cogens*? Welke normen zijn peremptory?

Art. 53 (en 64) van het Weens Verdragenverdrag geeft enige indikatie. (De al of niet ratifikatie doet daarbij niet terzake, zie 4.4). Art. 53 luidt:

"A treaty is void, if at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by

a subsequent norm of general international law having the same character."

De bepaling bevat geen inhoudelijk aanknopingspunt voor de bepaling wat dwingend is. "A norm from which no derogation is permitted" is niet meer dan een formele definitie van wat dwingend is. Wel geeft de bepaling een regel omtrent het ontstaan van ius cogens: een norm is slechts "peremptory" indien deze als zodanig is aanvaard en erkend "by the international community of States as a whole".

Eisers zullen nu eerst nagaan welk soort regels in aanmerking komt voor de kwalifikatie ius cogens en vervolgens nagaan wat "accepted and recognized by the international community of States as a whole" precies betekent.

Bij de voorbereiding van het Weens Verdragenverdrag hebben een aantal leden van de International Law Commission voorgesteld om voorbeelden van ius cogens in het verdrag op te nemen. Zij suggereerden onder meer: een verdrag dat gebruik van geweld in strijd met de beginselen van het Handvest van de Verenigde Naties of enig ander internationaalrechtelijk misdrijf overweegt. De suggestie werd niet gevolgd. Niet, omdat de voorbeelden niet juist zouden zijn, maar omdat men vreesde, dat er een limitatieve werking van uit zou gaan (zie Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, blz. 248).

Schachter, hoogleraar international law and diplomacy aan de Columbia University School of Law, sluit zich hierbij aan:

"These examples, although not presented as authoritative or exhaustive,

have been widely accepted by writers and referred to by governments."

En verderop:

"One can confidently assert that virtually all States would agree that such principles are not only binding as customary law, but cannot be set aside or modified by agreement of two States or a group of States" (Oscar Schachter, "International Law in Theory and Practice", Recueil des Cours de l'Academie de Droit International, 1982, Vol 5, blz. 339 en 340. Zie in dit verband ook Sinclair t.a.p., blz. 213 e.v.).

Roberto Ago, een Italiaanse volkenrecht deskundige die onder meer rechter van het Internationaal Gerechtshof is geweest en deel heeft uitgemaakt van diverse internationale arbitrages, schrijft:

"Si l'on examine attentivement les opinions émises au sein de la Commission du droit international et, plus en général, dans la doctrine, on se rend compte qu'une certaine unité de vues existe en ce qui concerne la détermination des règles que la conscience universelle considère aujourd'hui comme règles de 'jus cogens'. En font partie les règles fondamentales concernant la sauvegarde de la paix et notamment celles qui interdisent le recours à la force ou à la menace de la force; les règles fondamentales de caractère humanitaire (interdiction du génocide, de l'esclavage, de la discrimination raciale, protection des droits essentiels de la personne humaine en temps de paix et en temps de guerre); les règles qui interdisent les atteintes à l'indépendance et à l'égalité souveraine des Etats;

les règles qui assurent à tous les membres de la communauté internationale la jouissance de certains-biens communs (haute mer, espace extra-atmosphérique, etc.)"

(Roberto Ago, "Introduction au droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne", in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, 1971-III, vol. 134, blz. 324, noot 37.) Zie ook de International Law Commission, die Ago - kennelijk met instemming - citeert (Yearbook of the International Law Commission, 1976, Vol. II, deel 1, blz. 32 noot 148).

Zie tenslotte de Encyclopedia of Public International Law, 7 t.a.p., blz. 328 e.v.:

"It is generally recognized that the fundamental principles of the UN-Charter, especially the prohibition of the use of force (Art. 2(4)), have the character of ius cogens, from which derogation is never possible. It also seems clear that fundamental human rights form part of ius cogens, although individual details may be open to doubt. Other rules mentioned frequently are the principles of (-) humanitarian law in armed conflict (-). It would seem correct to assume that all basic values of the international legal order may give rise to rules of ius cogens which thereby protect the community as a whole (-)."

Eisers komen nu toe aan het ontstaan van ius cogens. Wat betekent:

"Accepted and recognized by the international community of States as a whole"?

Het is duidelijk dat het hier niet gaat om "alle staten zonder uitzondering" of "veel staten, waaronder tenminste de leden van de

Veiligheidsraad", zoals het hof in rechtsoverweging 13 ten onrechte aanneemt.

Tijdens de Weense conferentie die leidde tot het Weens Verdragenverdrag zijn de woorden "as a whole" opgenomen op initiatief van de "Drafting Committee". De voorzitter van deze commissie zegt het als volgt:

"by inserting the words "as a whole" in article 50 (later 53, PI) the Drafting Committee had wished to stress that there was no question of requiring a rule to be accepted and recognised as peremptory by all States. It would be enough if a very large majority did so; that would mean that, if one State in isolation refused to accept the peremptory character of a rule, or if that State was supported by a very small number of States, the acceptance and recognition of the peremptory character of the rule by the International Community as a whole would not be affected" (geciteerd door G.J.H. van Hoof in "Rethinking the Sources of International Law", blz. 159 onder bronvermelding: UN Doc.A/Conf.39/11, blz. 472).

Het is duidelijk dat ius cogens tegen de belangen van individuele staten kan ingaan of zoals Alfred Verdross, de in 1980 overleden Oostenrijkse hoogleraar internationaal recht aan de universiteit van Wenen, schrijver van het standaardwerk over volkenrecht "Universelles Völkerrecht", schrijft:

"The criterion of these rules consists in the fact that they do not exist to satisfy the needs of the individual States but the highest interests of the whole international community." (American Journal of International Law 1966, blz. 58).

Eisers komen op het ontstaan hierna nog terug, waar zij komen te spreken over het ius cogens in deze zaak.

4.2.2 De gevolgen vanuit internationaal perspectief Art. 53 van het Weens Verdragenverdrag bepaalt, dat een verdrag dat ius cogens schendt "void" is. Het systeem van het Weens Verdragenverdrag ziet er als volgt uit. In section 2 wordt de "invalidity of treaties" behandeld. Art. 46 tot en met 51 van deze sectie (dwaling, bedrog en dergelijke) spreekt over vernietigbaarheid ("invalidating"). Alleen verdragen die onder dwang of in strijd met ius cogens tot stand zijn gekomen zijn rechtstreeks "void" (art. 52 en 53).

De staat heeft opgeworpen, dat de rechter hoe dan ook de nietigheid van een verdrag niet op grond van het Weens Verdragenverdrag kan aannemen, aangezien daarvoor eerst de procedure van art. 65 e.v. Weens Verdragenverdrag gevolgd zou moeten worden. Eisers hebben dit standpunt reeds weerlegd in het pleidooi in eerste instantie (p 9.3). Eisers voegen daar nog het volgende aan toe.

Het is duidelijk, dat ius cogens in het Weens Verdragenverdrag een afzonderlijke behandeling heeft gekregen. Naast hetgeen hiervoor reeds vermeld is, vergelijk men nog art. 66 onder a naast art. 66 onder b en art. 71 naast 69. Volgens de schrijvers levert schending van art. 53 (en 64) Weens Verdragenverdrag absolute nietigheid op. Zie bij voorbeeld Antonio Gómez Robledo, "le IUS COGENS International: sa genèse, sa nature, ses fonctions" in Recueil

des Cours de l'Academie de Droit International
1981, III, Martinus Nijhoff 1982, blz. 139.

Robledo, op diverse posten ambassadeur voor Mexico geweest, hoogleraar internationaal recht aan de nationale universiteit van Mexico en bijzonder hoogleraar in Lima, kent aan die nietigheid de volgende eigenschappen toe:

- "1. La nullité est immédiate; elle réduit à néant l'acte juridique au moment de sa naissance (-);
2. Toute personne intéressée peut se prévaloir de cette nullité. C'est pourquoi elle est absolue, car elle a lieu erga omnes (-)."

Wat hier ook van zij, de voorgeschreven procedure heeft hoe dan ook alleen betrekking op de verdragspartijen en niet op derde staten of burgers. Ten opzichte van hen heeft het nietige verdrag in ieder geval vanaf het begin af aan reeds geen betekenis. Zij hoeven niet af te wachten tot de verdragspartijen hebben doen vaststellen dat hun rechtsverhouding "void" is. Wellicht hebben deze er zelfs belang bij dat nimmer te doen vaststellen (vergelijk de Encyclopedia of Public International Law, vol. 7, blz. 329 rechter kolom). Ook de burger kan een met ius cogens strijdig verdrag niet worden tegengeworpen, zeker niet als hij zich juist op ius cogens beroept.

Voor de beoordeling van een vordering uit onrechtmatige daad is de vaststelling van de nietigheid (tussen de verdragspartijen) ook niet nodig. Het gaat er slechts om vast te stellen, of de rechter aan de eisers rechtsbescherming wegens dreigende onrechtmatige daad zou mogen onthouden op grond van een verdrag

dat, zo het al "law making" pretenties zou hebben - quod non -, geen geldig en onaantastbaar recht in het leven roept, aangezien de rechter strijd met ius cogens konstateert. Ook als de eisers zich niet op de nietigheid althans de aantastbaarheid van het verdrag zouden kunnen beroepen, dan blijft ten opzichte van hen de plaatsing, de dreiging die daar van uit gaat en de mogelijk te verlangen betrokkenheid bij plaatsing en gebruik jegens hen onrechtmatig. Zie in dit verband ook A.J.P. Tammes, NJB 1962, blz. 69 e.v., met name blz. 74 (vanaf 5) en 75. Ook Kuyper is van mening, dat de nationale rechter (in de kruisrakettenzaak) wel degelijk een verdrag aan ius cogens kan toetsen (P.J. Kuyper en K.C. Wellens, Netherlands Yearbook of International Law 1987, blz. 155 en 156).

Daarmee zijn we in feite al terecht gekomen bij de door de Nederlandse rechter te aanvaarden gevolgen. Deze worden in de volgende paragraaf nog verder uitgewerkt.

4.2.3 De gevolgen vanuit nationaal perspectief

Eisers hebben de gevolgen van het dwingende karakter van de ingeroepen regels - terwille van de overzichtelijkheid - in vier aspecten verdeeld.

1. Invloed op de interpretatie van art. 94 en 120 Grondwet.
2. Doorslaggevende betekenis, indien het Nederlandse staatsrecht van de rechter zou verlangen met ius cogens strijdende verdragen toe te passen.
3. De invloed op de interpretatie van een bepaald verdrag (hier het plaatsingsverdrag).

4. De nietigheid van een verdrag, althans de bevoegdheid van de rechter dat verdrag buiten toepassing te laten, indien het in strijd komt met ius cogens.

1 en 2 hebben betrekking op het staatsrechtelijk systeem en de invloed van internationaal recht, in het bijzonder ius cogens, daarop. De aspecten 3 en 4 hebben betrekking op de toepasselikheden van een bepaald verdrag.

Ad 1 In het voorgaande (3) is uitvoerig ingegaan op de discussie over art. 94 en 120 Grondwet. Voorzover die ruimte voor enige twijfel laat, is er geen enkele reden om bij de vaststelling van de reikwijdte van de genoemde grondwettelijke bepalingen geen rekening te houden met de fundamentele regels die de internationale openbare orde ons oplegt. Waar mogelijk interpreteren men een rechtsregel zodanig, dat normen die "by the international community of States as a whole" als dwingend zijn geaccepteerd gerespecteerd worden. Indien omtrent de toetsingsnoodzaak en/of -bevoegdheid na het in 3 gestelde nog twijfel zou bestaan, dan neemt ius cogens die twijfel weg: "verdragsconforme", of beter "ius-cogensconforme" uitleg.

Ad 2 Maar zelfs indien men zou volhouden, dat er geen ruimte voor twijfel kan bestaan omtrent een in het Nederlands staatsrecht verankerd algemeen toetsingsverbod, dan nog zal de rechter bij botsing tussen plaatsingsverdrag en ius cogens het laatste voorrang moeten geven. Het toetsingsverbod gaat niet zo ver, dat de rechter gedwongen zou zijn direkt of - doordat hij andere, dwingende en fundamentele rechtsregels wegens het betrokken verdrag niet kan

toepassen - indirect zijn medewerking te verlenen aan bij verdrag geschapen recht (of beter: onrecht) ongeacht de inhoud daarvan. Het Nederlands staatsrechtelijk systeem kan de rechter niet verbieden en verbiedt hem ook niet verdragen met een inhoud die in strijd komt met ius cogens buiten toepassing te laten.

Als de fantasie maar gruwelijk genoeg is, dan aanvaardt uiteindelijk een ieder dit principe. Natuurlijk verbieden art. 94 en 120 Grondwet de Nederlandse rechter niet nationaal of internationaal, geschreven of ongeschreven recht toe te passen dat botst met een verdrag dat genocide-afspraken tegen de bevolking van een derde staat inhoudt. En deze stelling is niet juist, omdat het voorbeeld zo onwaarschijnlijk is, maar omdat het systeem het buiten toepassing laten van als recht gepresenteerd hoogste onrecht niet verbiedt. En misschien zal de één eerder overtuigd zijn bij de genocide-afpraak en de ander bij de afspraak over het afmaken van krijgsgevangenen (voorbeeld van Fizmaurice, hierna te behandelen) en weer een derde bij het plaatsen van kernwapens waarmee in één klap een wereldstad van de kaart geveegd kan worden. Op dit moment gaat het eisers er echter om duidelijk te maken dat het systeem het buiten toepassing laten van met ius cogens strijdige verdragen, of beter gezegd het ondanks zulke verdragen toch toepassen van ius cogens niet verbiedt. Hierna zullen eiseres uiteen zetten, dat het plaatsingsverdrag, als men toetst, een zodanige strijd oplevert.

Ad 3 Hetgeen eisers hiervoor onder ad 1 over de interpretatie van de Grondwet hebben gezegd geldt - zelfs in sterkere mate - voor de interpretatie van verdragen, hier de interpre-

tatie van het plaatsingsverdrag. Volgens de eisers is het plaatsingsverdrag niet meer dan het verstrekken van de vergunning aan de Verenigde Staten bepaalde wapens hier te installeren en stelt het geen enkele norm, is het niet "law-making" (zie 3). Ook hier is er geen enkele reden om - zo men op dit punt al twijfel meent te moeten hebben - een oplossing te kiezen, die strijdig is met dwingende regels van internationaal recht.

Voor het gewone contractenrecht is algemeen aanvaard de regel dat men een overeenkomst zo moet uitleggen, dat deze van enige uitwerking kan zijn (art. 1380 BW, Asser-Hartkamp II, 1989, nr 288) en niet - althans niet zonder noodzaak - op zodanig wijze, dat deze in strijd komt met de wet, de goede zeden of de openbare orde.

Er is geen enkele reden om deze door het gezonde verstand geïnduceerde interpretatieregel bij de uitleg van verdragen, althans een verdrag als het plaatsingsverdrag niet toe te passen. Het is - behoudens een duidelijke andere indicatie - niet aannemelijk, dat partijen bij een overeenkomst of bij een verdrag zouden beogen te kontrakteren in strijd met - bij voorbeeld - de openbare orde (zie over het één en ander Schachter, t.a.p. blz. 340).

In 3.2 is duidelijk gebleken, dat de VS en Nederland zich juist niet over de verhouding tot ius cogens hebben willen buigen. Dat betekent, dat men er bij de interpretatie van het plaatsingsverdrag van uit moet gaan, dat het niet de bedoeling is geweest inbreuk te maken op ius cogens, daargelaten wat ius cogens

precies voorschrijft (want daar heeft men zich niet mee bezig gehouden).

Ad 4 Zou men al interpreterend toch tot de konklusie komen, dat het plaatsingsverdrag normen probeert te stellen in strijd met ius cogens, dan heeft het verdrag voor dat dwingende recht te wijken. Dat vloeit in laatste instantie uit de aard van ius cogens c.q. het Weens Verdragenverdrag voort. Bij strijd met ius cogens is het plaatsingsverdrag nietig. En die nietigheid richt zich tot beide partijen bij het verdrag, Nederland en de Verenigde Staten. Geen enkel Nederlands overheidsorgaan heeft de bevoegdheid een verdrag dat strijdig is met ius cogens toe te passen. Dat geldt ook - zelfs juist - voor de rechter die zodanige strijd vaststelt. En het laatste wat hij mag doen is wel - omgekeerd - ius cogens buiten toepassing laten wegens strijd met een bilateraal "non-lawmaking"-verdrag, ook al is dat van recentere datum.

Het enige dat men nog zou kunnen tegenwerpen, zou de stelling zijn, dat de door eisers ingeroepen regels het dwingend karakter ontberen. Daarop zullen eisers onder 4.5 ingaan.

4.3 Voorbeelden van Fitzmaurice

In de feitelijke instanties hebben eisers een aantal hypothetische voorbeelden gegeven om hun standpunt met betrekking tot dwingende regels en de werking daarvan binnen een civiele procedure te illustreren: de afspraak tussen de VS en de Nederlandse overheid geen homoseksuelen te werk te stellen op beider ambassades (P blz. 58), een voorbeeld dat aan aktualiteit heeft gewonnen; de "niet-jood" afspraken bij een uitwisseling tussen Nederland en Saoedi-Arabië (PA, 5.5 en 5.6); en de ten onrechte als defensief

gekwalficeerde oorlogsverklaring aan België (PA, 5.6, blz. 58 e.v.).

Eisers willen hier enkele veel in de literatuur besproken voorbeelden van Fitzmaurice aan toevoegen (zie bij voorbeeld The Vienna Convention on the Law of Treaties van Sir Ian Sinclair, Manchester University Press, 2e druk, 1984, blz. 209 en 216). Het gaat om een verdrag tussen staten A en B dat bepaalt dat zij - in geval van oorlog tussen hen - geen krijgsgevangenen zullen maken en in plaats daarvan een ieder die gevangen genomen wordt onmiddellijk zullen executeren (voorbeeld 1). Een harde, maar - in de ogen van deze staten - efficiënte en kostenbesparende afspraak die zeker niet harder is dan de hier en daar voorkomende werkelijkheid.

Fitzmaurice geeft ook het voorbeeld van twee staten die een bilateraal verdrag sluiten om een agressieve oorlog te voeren tegen een derde staat (voorbeeld 2). En men kan deze twee voorbeelden ook nog combineren: in dat laatste verdrag wordt tevens afgesproken, dat de gevangenen van de vijand niet als krijgsgevangenen zullen worden beschouwd, maar onmiddellijk zullen worden geëxecuteerd (voorbeeld 3).

Men is het er wel over eens, dat dat soort verdragen nietig zijn (zie onder meer Sinclair t.a.p. en op blz. 215 en 216). Een militair, die in het vooruitzicht is gesteld belast te worden met de uitvoering van de betrokken executies (voorbeeld 1 en 2) of met de direkte leiding over (een deel) van de voorgenomen aanval (voorbeeld 2) zou bezwaar kunnen maken en daartegen met een beroep op ius cogens in een civiele procedure kunnen opkomen dan wel ius cogens in een tegen hem aangespannen militair strafrechtelijke zaak kunnen invoeren. De civiele of militaire rechter zou hem conform het oordeel van het hof kunnen voorhouden, dat het beroep op die rechtsregels niet kan

baten, omdat de rechter zich aan het betrokken bilaterale verdrag heeft te houden. En hetzelfde zou gelden als een potentieel slachtoffer van de in de betrokken verdragen afgesproken praktijken zich tot de rechter wendt.

Ongetwijfeld zal de staat in zo'n zaak ook weer tal van verweren als het ontbreken van belang of gebrek aan causaliteit opwerpen. Maar als de vordering zou moeten worden afgewezen, dan zeker niet op de grond, dat de ingeroepen normen "nu eenmaal voor het verdrag hebben te wijken". Als men al aan een toetsingsvraag toekomt - quod non - dan zal hebben te gelden, dat de betrokken verdragen wegens de op grond van strijd met ius cogens volstrekt onaanvaardbare inhoud ervan niet aan de betrokken eisers kan worden tegengeworpen.

Ook de eisers in deze procedure beroepen zich op zulke zwaarwegende en dwingende regels. Nu betwist de staat dat dwingende karakter wel en het hof volgt de staat daarin (r.o. 13), doch daar geraakt men in een andere discussie, namelijk de vraag of het hier wel om ius cogens gaat. Als dat het geval is - en eisers zullen hierna nog eens aantonen dat dat zo is - dan kan het toetsingsverbod - zo dat al aan de orde is, quod non - in de onderhavige zaak net als in alle gegeven voorbeelden de toepassing van de ingeroepen dwingende normen niet verhinderen.

4.4 De VS en het Weens Verdragenverdrag

Ondanks het feit dat 58 landen, waaronder Nederland, het Weens Verdragenverdrag hebben geratificeerd, zijn de Verenigde Staten nog steeds geen verdragspartij. Zoals ook voor sommige andere niet door de Verenigde Staten geratificeerde verdragen (zoals de Genocide Conventie) geldt, vormt het Weens Verdragenverdrag slechts de codificatie van geldend ongeschreven recht en is uit dien hoofde evenzeer bindend voor de VS.

De niet-ratificatie heeft dan ook geen gevolgen voor de toewijsbaarheid van de vorderingen van eisers. Zoals eerder uiteengezet berust het begrip *ius cogens* en het bestaan van peremptory norms op ongeschreven recht. Het Weens Verdragenverdrag betekent slechts een bevestiging daarvan. Nederland dient het verdrag bovendien gezien zijn aard - althans inhoudelijk - ook ten opzichte van niet verdragspartijen toe te passen. De niet-ratifikatie door de Verenigde Staten heeft hooguit tot gevolg, dat het door de staat gevoerde procedurele verweer (eerst de weg van art. 65 e.v. Weens Verdragenverdrag) niet opgaat. Aan een procedureregeling kan een niet-verdragsstaat moeilijk worden gebonden. Het verdrag doet dan ook niet af aan de gebondenheid van Nederland en de Verenigde Staten - maar hier is alleen de gebondenheid van Nederland aan de orde - aan de door eisers ingeroepen normen en in het bijzonder het dwingende karakter daarvan.

De niet-ratifikatie door de VS van het Weens Verdragenverdrag kan de toepasselijkheid ervan en in het bijzonder dus van *ius cogens* binnen de Nederlandse verhoudingen niet verhinderen: de eisers hoeven zich geen schending van *ius cogens* ten nadele van hen te laten aanleunen.

4.5 Ius cogens en de door eisers ingeroepen normen

De aard, het ontstaan en de werking van *ius cogens* zullen nu duidelijk zijn. Maar zijn de normen waar eisers zich op beroepen inderdaad dwingend, vormen zij *ius cogens*?

Eisers hebben zich erop beroepen, dat de staat een onrechtmatige daad pleegt wegens schending van geschreven en ongeschreven regels van humanitair oorlogsrecht, van vredesrecht (agressieverbod) en wegens schending van fundamentele mensenrechten. Voor al deze drie categorieën geldt, dat zij dwingend

recht in de zin als hiervoor uiteengezet vormen.
Eisers lichten dat toe.

Als men te royaal regels kandideert voor ius cogens, dan zal de discussie over de akseptatie snel oplaaien en bestaat bovendien het gevaar dat men het begrip devalueert. Zoals al eerder gebleken is (hiervoor 4.2.1), men diene zich te beperken tot regels van fundamentele aard. Naarmate de regel essentiëler is, zal de discussie korter en voor twijfel minder plaats zijn. In de feitelijke instanties hebben eisers al de woorden van Ian Brownlie, een bekende Britse volkenrechtsdeskundige en hoogleraar te Londen, uit zijn klassieke standaardwerk "Principles of public international law" aangehaald:

"A major distinguishing feature of such rules is their relative indelibility. They are rules of customary law which can not be set aside by treaty or acquiescence but only by the formation of a subsequent customary rule of contrary effect. The least controversial examples of the class are the prohibition of aggressive war, the law of genocide, the principle of racial nondiscrimination, crimes against humanity, and the rules prohibiting trade in slaves and piracy." (Ian Brownlie, "Principles of public international law", Oxford, 1979, blz. 513).

Van sommige regels staat op grond van geschreven recht vast dat zij peremptory zijn. Vergelijk bij voorbeeld de kennelijke strekking van de gelijklopende artikelen 1 van de vier Geneefse konventies van 1949:

"The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances."

Zo ook art. 1 van het Rode Kruis Protocol I 1977.

Maar ten aanzien van andere regels is het dwingende karakter niet in een geschreven regel vastgelegd. Waar eisers zich ook op ongeschreven recht beroepen ligt dat voor de hand. De opvattingen van gezaghebbende schrijvers dienen hier als aanvullende rechtsbron (zie art. 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof, "the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations"), althans als kenbron. En de meeste deskundigen van naam van over de gehele wereld onderschrijven het standpunt van Brownlie. Eisers laten er enkelen aan het woord.

Jalil Kasto: "There is a strong connection between *ius cogens* and humanitarian law (-). The humanitarian law or the principles of humanity have many aspects of peremptory character that implies their respect and that their violation cannot be admitted, because the large bulk of these principles or norms are essential for the survival of mankind and the protection of its common interests." (Jalil Kasto, *Ius Cogens and Humanitarian Law*, Institution International de Droit Humanitaire 1980, blz. 98).

Levan Alexidze, hoogleraar internationaal recht in Tbilisi, Sovjet Unie, schrijft:

- "a. (-)
 - b. principles defending the peace and security of nations: prohibition of the use or threat of use of force, peacefull solution of disputes; collective struggle against agres-sion in accordance with the United Nations Charter;
 - c. (-)
 - d. principles prohibiting crimes against humanity, as established in the Statutes of the Neuremberg and Tokio Tribunals, and in
-

the Geneva Conventions of 1949 on Victims of War;

e. (-)."

Ook dit citaat is te vinden in de *Receuil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye*, een uiterst gezaghebbende verzameling van inleidingen over internationaal recht (zie "Legal nature of ius cogens in Contemporary International Law" in *Receuil des Cours de l'Academie de Droit International*, 1981, III, blz. 262 en 263).

De al eerder genoemde Sinclair heeft weinig twijfel, dat de "rules for the protection of civilians and combattants in time of war" ius cogens vormen (Sinclair t.a.p. blz. 217). Sinclair noemt ook expliciet het agressieverbod (t.a.p. blz. 222). Het Tokyo Tribunaal stelde trouwens vast dat overtreding van het agressieverbod destijds al strafbaar was en de soevereine vrijheid van Japan en zijn leiders doorbrak, zelfs in strijd met het adagium "nulla poena sine praevia lege" (zie daarover R 6.1, blz. 30 en 31).

Ook Jean Pictet, lid van het Internationaal Comité van het Rode Kruis (ICRC), voorzitter van de Law Commission van het ICRC, directeur van het Henri Dunant-instituut en lector aan de Universiteit van Genève, gaat in op het ius cogens-karakter van de regels waarop eisers zich beroepen, in het bijzonder het humanitair oorlogsrecht. Zie uitvoerig zijn "Development and Principles of International Humanitarian Law", blz. 87 e.v. (College Straatsburg 1982, Martinus Nijhoff 1985). Pictet stelt ook vast dat art. 60 (hij heeft het oog op lid 5) van het Weens Verdragenverdrag met zich mee brengt dat "provisions relating to the protection of the human person contained in treaties of a humanitarian character" peremptory zijn (t.a.p. blz. 88).

De ook al eerder genoemde Verdross schrijft in The American Journal of International Law, dat "all rules of general international law created for a humanitarian purpose" ius cogens vormen (Alfred Verdross, "Jus Dispositivum en Jus Cogens in International Law", American Journal of International Law 1966, vol. 60, 53 en 59).

Meron, lid van de redactie van de American Journal of International Law en hoogleraar internationaal recht aan de New York University School of Law, haalt de Barcelona Traction Case aan waar overwogen wordt:

"Such obligations (bedoeld worden "obligations erga omnes", PI), derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person including protection from slavery and racial discrimination"

en voegt daar in zijn uitwerking aan toe:

"Most observers would probably agree that protection of the right to life from arbitrary taking and protection of the human person (-) are fundamental rights."

(Zie Theodor Meron, "On a hierarchy of international human rights" in American Journal of International law, 1986, vol. 80, nr 1.) Hier herkent men ook weer het verband tussen grondrechten en ius cogens: in de Engelse tekst luidt de derde zin van het eerste lid van art. 6 van het BuPo-verdrag: "No one shall be arbitrarily deprived of his life" (onderstreping PI). Dat verband volgt evenzeer uit art. 15 lid 2 EVRM, dat een uitzondering op het recht op leven slechts toestaat "als gevolg van geoorloofde oorlogshandelingen" (onderstreping PI, zie hierover uitvoering onder 3).

Zie tenslotte de onder 4.2.1 geciteerde bronnen, in het bijzonder de Encyclopedia of International Law: "The prohibition of the use of force", "fundamental human rights" en "humanitarian law in armed conflict", het is allemaal dwingend recht. En er kan geen twijfel over bestaan dat eisers "basic values of the international legal order" inroepen, die "the community as a whole" beogen te beschermen.

Hier willen eisers nog eens kort stil staan bij rechtsoverweging 13. Het hof neemt aan, dat de door appellanten aangedragen normen niet "door de internationale volkerengemeenschap als "ius cogens" zijn aanvaard, hetgeen reeds hieruit volgt dat, naar de Staat heeft aangevoerd en van algemene bekendheid is, de vijf permanente leden van de Veiligheidsraad kernwapens bezitten en het gebruik ervan niet onder alle omstandigheden als onrechtmatig beschouwen".

Drie aspecten zijn hier van belang.

1. Niet onder alle omstandigheden onrechtmatig
De vraag of dat zo is hebben eisers echter ook niet aan de rechter voorgelegd. Eisers richten hun vorderingen tegen - het moet helaas herhaald worden - deze kernwapens, met hun parate dreiging, hun lading, hun doelen en hun plaats in de NAVO-strategie (zie onder meer R 3.5). De stelling dat gebruik van deze kernwapens onvermijdelijk de aangedragen normen schendt en dat op grond daarvan en alle overige door eisers gegeven argumenten plaatsing en gebruik jegens hen onrechtmatig zijn is niet strijdig met de door het hof aangenomen notie, dat bezit en gebruik door de vijf permanente leden van de Veiligheidsraad niet onder alle omstandigheden als onrechtmatig worden beschouwd. Eisers laten dan nog daar dat het aannemen van deze

notie daar waar het het gebruik betreft - gelukkig - voorbarig is.

2. Men moet de vraag naar het bestáán van de normen niet verwarren met de vraag of deze ius cogens vormen.

Over de gelding van de normen (alle door eisers genoemde verdragen, de ongeschreven regels en de beginselen van non-agressie, het verbod oorlog te voeren zonder te diskrimineren tussen combattanten en non-combattanten, het proportionaliteitsbeginsel enz.) in het algemeen bestaat geen geschil. En ook de permanente leden van de Veiligheidsraad erkennen die normen. Het ius cogens-karakter heeft van de zijde van de staat geen zelfstandige bestrijding ondervonden (zie R 7.2). Hetgeen het hof overweegt onder 13 is derhalve onvoldoende doordacht en bovendien onjuist. Bestaan en status van de normen zijn - in zijn algemeenheid - wereldwijd erkend.

3. Waar de staat wèl tegen op komt is de toepasselijkheid van die normen op kernwapens. Eisers zijn daar herhaalde malen op in gegaan (D 12.4, P 9.2). In het licht van rechtsoverweging 13 willen eisers hier nog slechts het volgende opmerken. Als de vijf permanente leden van de Veiligheidsraad bezit en gebruik van kernwapens onder omstandigheden al toelaatbaar achten, dan betekent dat nog niet dat de normen waar hier steeds sprake van is op dat bezit en dat gebruik niet van toepassing zouden zijn. Van zo'n opvatting van één of meer van de permanente leden blijkt ook niets (hooguit het tegendeel blijktens door sommige leden ingenomen standpunten in de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties). Ook de Verenigde Staten zijn nimmer overgegaan tot konkretisering van hun opvatting wèlk gebruik onder wèlke omstandigheden dan - wellicht - toelaatbaar zou zijn. En

zouden die vijf permanente leden niettemin die opvatting hebben, dan is dat onvoldoende om een wereldwijd geldende norm zijn bestaan of zijn dwingend karakter te ontnemen. Dat vloeit alleen al voort uit art. 53 Weens Verdragenverdrag: de aangedragen normen kunnen slechts worden gewijzigd "by a subsequent norm of general international law having the same character." En zelfs de staat zal niet durven volhouden, dat er een nieuwe norm geaksepteerd en erkend is door "the international community of States as a whole", inhoudende dat kernwapens gebruikt mogen worden. Alleen al de bekende resoluties van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties verhinderen het aannemen van zo'n konklusie. De toelaatbaarheid van een bepaalde wijze van oorlogvoeren wordt nu eenmaal gelukkig niet bepaald door een kleine groep naties. Anders zou men na Rotterdam, Londen, Dresden, Hiroshima en Hanoi moeten vaststellen dat er geen humanitair oorlogsrecht meer over is. Zie over één en ander ook R 6.4.

Laten wij hier nog éénmaal een schrijver aan het woord en wel de onlangs overleden en kort daarvoor teruggetreden president van het Internationaal Gerechtshof, Nagendra Singh. In zijn zeer recentelijk herdrukte standaardwerk over internationaal recht en kernwapens komt hij op grond van verschillende argumenten tot de konklusie dat kernwapengebruik in feite steeds in strijd met het recht zal zijn. Zie bijvoorbeeld zijn samenvattende uitspraak:

"As already pointed out, a fresh specific ban as such is politically desirable, and may even be described as politically necessary, but legally it can only be regarded as welcome, though not essential, since nuclear weapons are already banned under the existing law." (Zie

Nagendra Singh en Edward McWhinney in "Nuclear Weapons and Contemporary International Law", 2nd revised edition, Nijhoff 1989, blz 197). En de co-auteur van Singh, McWhinney, hoogleraar internationaal recht aan de Simon Fraser University te Vancouver en lid van het Permanente Hof van Arbitrage, vermeldt met betrekking tot de Rode Kruisprotocollen de mening in westerse juridische kringen:

"the Protocols operate to render the actual user of nuclear weapons effectively illegal in any future situations of armed conflict", blz 321.

De konklusie uit het voorgaande moet zijn, dat de normen waar eisers zich op beroepen en waarvan de schending jegens hen onrechtmatig is, ius cogens vormen. Dat kernwapens niet door die normen zouden worden beheerd, is niet alleen in strijd met de aard ervan, maar wordt ook niet door de volkerengemeenschap - laat staan "als geheel" - aanvaard en is evenmin in enig Nederland bindend verdrag vastgelegd.

Als de rechter toch zou twijfelen, dan moet hij kiezen, zo schrijven art. 13 Wet Algemene Bepalingen en art. 48 Rv hem voor. Zie hierover nader P. Ingelse, "Onrechtmatige daadsrecht is keuzerecht" in Verdediging van Collectieve Belangen via de Rechter, feestbundel Jonge Balie bij de Hoge Raad, 1988.

Vindt de mogelijke twijfel van de rechter zijn oorzaak in onzekerheid over aspecten die bewijs behoeven, dan dient daartoe een bewijsopdracht te worden gegeven. Voorzover nodig hebben eisers dat bewijs aangeboden (zie onder meer P 3, blz. 14, PA 2.4 en R 4.10. In deze laatste passage hebben eisers de benoeming van deskundigen over inhoud, reikwijdte enz. van het internationale recht geopperd en voorzo-

109 9^u

KAMERSTUKKEN WETSONTWERP WET OORLOGSSTRAFRECHT

artikelen 3, 8 en 9

MvT - blz. 5-6, nr. 3

In artikel 3 is de Nederlandse strafwet mede toepasselijk verklaard op ieder, die zich buiten het rijk in Europa schuldig maakt aan een misdrijf omschreven in de artikelen 8 en 9 van deze wet. De Nederlandse rechter moet kennis kunnen nemen van schendingen van de wetten en gebruiken van de oorlog, ook wanneer deze buiten Nederlands grondgebied door de tegenpartij worden begaan. Hierbij worde verwezen naar het bepaalde in de artikelen 49/50/129/146 van de vier Verdragen van Genève van 12 Augustus 1949.

Wanneer een andere bij het geschonden Verdrag aangesloten mogendheid geen overlevering verzoekt van een krijgsgevangene, die zich in Nederlandse handen bevindt, moet deze door een Nederlandse rechter kunnen worden berecht, al is het misdrijf in het buitenland gepleegd, zelfs ook wanneer het feit niet tegen een Nederlander is gepleegd of geen Nederlands belang daardoor is geschaad.

MvT - blz. 9

Het delict, in het eerste lid van artikel 8 omschreven, is het zich schuldig maken aan schending van de wetten en gebruiken van de oorlog. Deze bepaling verwijst derhalve rechtstreeks naar het oorlogsrecht, niet alleen naar het geschreven oorlogsrecht, dat in internationale overeenkomsten is neergelegd, doch ook naar internationaal gewoonterecht, voor zover op oorlog betrekking hebbende. De eis, dat de overtreding van de geschreven of ongeschreven normen een opzettelijke moet zijn, is niet gesteld. Het zou onbevredigend zijn, als de dader vrijuit zou gaan in die gevallen, waarin hij de geschonden norm weliswaar niet kende, doch die onkunde te wijten is aan grove onverschilligheid, waarvan hij bij zijn optreden blijkt gaf. Ook in artikel 27a van het Besluit Buitengewoon Strafrecht ontbreekt een uitdrukkelijk omschreven schuldvorm. Bij de structuur van dat artikel sluit de thans voorgestelde bepaling aan. De gekozen redactie, die eist, dat de dader zich schuldig maakt aan een schending van het oorlogsrecht, treft, voor zover is te voorzien, die gevallen waarin de dader het gewraakte feit pleegde, hetzij tegen beter weten in, hetzij onder zodanige omstandigheden, dat de schending voortvloeide uit verwijtbare grove onverschilligheid.

artikel 10

MvT - blz. 11, nr. 3

De vraagstukken, die voor ons gemeene strafrecht hun beantwoording hebben gevonden in de artikelen 42 en 43 van het Wetboek van Strafrecht, worden, wanneer het om oorlogsmisdrijven gaat, beheerst door bijzondere factoren.

Voor eerst zijn de oorlogsmisdrijven inbreuken op het internationale recht, terwijl de wettelijke voorschriften, waarin men een rechtvaardiging voor zodanig misbruik zou kunnen zoeken, in het algemeen regels van een of ander nationaal recht zullen zijn en dan nog meestal van het nationale recht van een andere staat dan waarvan de berechting zal uitgaan. Reeds dit maakt het probleem tot een geheel ander dan wanneer regels van één zelfde nationale wetgeving botsen of schijnen te botsen.

Verder is, ook afgezien van dit zuiver principiële verschil, bij conflict van internationale en nationale rechtsregels, de kans groter dan binnen één nationale rechtssfeer, dat de in geding komende regels niet van dezelfde geest doortrokken zullen zijn.

Niet minder belangrijke verschillen echter vloeien voort uit de bijzondere situatie van de oorlog. Binnen een normaal functionerend nationaal rechtssysteem is nauwelijks te verwachten, dat zich tussen een veroorloovende of gebiedende en een op straffe verbiedende wetsbepaling een conflict zal voordoen, dat niet in de grondbeginselen dier rechtssorde zijn beslechting vindt. Ook een ambtelijk bevel, dat zonder speciale bevoegdheid een gedrag gebieden zou, dat onder een delictsomschrijving valt, zal daar een zeldzame abnormaliteit zijn. Voor zover een van beide figuren zich nog zal voordoen, zal dit in de regel betreffen weinig ernstige strafbare feiten, waarbij het verband met de morele sfeer gering is. Uit dit alles volgt, dat de regeling, die de artikelen 42 en 43 geven, een zeer wel passende is, maar dan alleen in de nationale sfeer.

Geheel anders is dit alles in een oorlog. Om te beginnen staan dan mensen tegenover elkaar, die doordrongen zijn van de geest van wellicht zeer verschillend geïnspireerde rechtssstelsels. Veel belangrijker echter nog is de kans, dat „Kriegsraion“ of „oorlogspsychose“ tot met het oorlogsrecht strijdige bevelen zullen leiden. Die kans is, in vrijwel alle oorlogen maar al te aanzienlijk gebleken. In het bijzonder de laatste oorlog heeft aangetoond, dat men niet alleen moet rekenen niet internationaal-misdadige individuele bevelen, maar ook met internationaal-misdadige handelingen, die het karakter van wetgeving voor zich opeisen (Führerbefehle).

Naast dit verschil in de aard van de voorschriften en bevelen staat een niet minder ingrijpend verschil in de positie van degenen, tot wie zij zich richten. Enerzijds zullen dezen in de gevallen, waarom het hier gaat, meer aanleiding hebben om op de gedachte te komen, dat het om ontoelaatbare bevelen gaat, deels reeds op grond van hun menselijk gevoel, deels dank zij het feit, dat althans het geschreven oorlogsrecht een toch altijd nog betrekkelijk beperkte rechtstof vormt, waarvan bovendien voorschriften als artikel 1 van het Vierde Haagse Verdrag van 1907 noemens de wetten en gebruiken van de oorlog te land en artikel 127 van het Krijgsgevangenen Verdrag van 12 Augustus 1949 waarborgen, dat zij bekend zijn aan hen, die enige verantwoordelijkheid in deze dragen. Anderzijds kan men aan geen overheid een verwijt er van maken, dat zij in verband met de oorlogvoering op de plicht van onvoorwaardelijke gehoorzaamheid veel meer nadruk legt dan anders, en is in elk geval het risico van niet gehoorzamen onvergelykelijk groter. Hier komt nog bij, dat beslissingen soms in grote haast en allicht niet in een kalme gemoedsgeesteldheid moeten worden genomen.

Uit het bovenstaande blijkt, dat de artikel 42 en 43, gelijk zij zijn geformuleerd niet passen op oorlogsmisdrijven. Volgens de juist te achten jurisprudentie van de Bijzondere Raad van Cassatie zijn zij trouwens reeds thans in het geheel niet toepasselijk wanneer iemand zich beroept op andere rechtsregels dan Nederlandse of internationaal-rechtelijke, welke Nederland binden. Bij oorlogsmisdrijven zal juist dit geval regel zijn.

artikelen 3, 8 en 9

Voorlopig Verslag - blz. 4, nr. 4

Sommige leden hadden tegen de voorgestelde artikelen 8 en 9 ernstig bezwaar, omdat door de vaagheid, waarmede deze artikelen de oorlogsmisdrijven omschrijven, de rechtszekerheid der verdachten op zeer bedenkelijke wijze wordt aangetast. In het bijzonder hadden zij bezwaar tegen het niet eisen van opzet en tegen het strafbaarstellen van schending van gebruiken, die niet op geschreven recht berusten.

Ook een aantal andere leden achtten het weinig bevredigend, dat in artikel 8 geen feitelijke handelingen omschreven worden, doch slechts verwezen wordt naar de wetten en gebruiken van de oorlog, welke inhoudt geenszins vaststaat. Dit is, zo meenden zij, een uitermate verzwakt strafrecht, hetgeen nog te ernstiger bezwaar oplevert, nu ten gevolge van de weglating van het woord „opzettelijk” opzet niet vereist zal zijn, doch een zekere mate van schuld voldoende zal zijn voor een veroordeling. Ook daarom zouden deze leden de voorkeur geven aan een internationale regeling, waarbij bepaalde feiten, die in de beschaaft wereld algemeen worden beschouwd als oorlogsmisdrijven of misdrijven tegen de menselijkheid, strafbaar gesteld zouden worden. Dit is, zo meenden zij, groeiend strafrecht en zij zagen voor de samenleving minder heil in het straffen van velen op twijfelachtige gronden dan in het straffen van minder velen op niet twijfelachtige, algemeen als deugdelijk aanvaarde gronden.

Zeere vele andere leden, die de totstandkoming van een internationale code eveneens zouden toejuichen, sloten zich aan bij het betoog, dat daarop niet gewacht mag worden. Voorzands is er huns inziens geen andere keuze dan het zeer in het algemeen strafbaar stellen van schending van de wetten en gebruiken van de oorlog. Aan deze vaagheid kan niet worden ontkomen.

blz. 5-6

Verscheidene van deze leden meenden intussen, dat de omschrijving van artikel 8 wellicht kan worden verbeterd, b.v. door in de omschrijving een verwijzing op te nemen naar de conventies, welke in de Memorie van Toelichting vermeld worden. Het ontwerp zelf immers omschrijft niet, wat moet worden verstaan onder de „wetten en gebruiken van de oorlog”. De betekenis hiervan is van het grootste belang, omdat op schending van deze wetten en gebruiken straffen worden gesteld, welke maximum oploopt van 10 jaar tot de doodstraf. Uit de toelichting blijkt, dat ook de Commissie-Donner dit aanvankelijk als een bezwaar heeft gevoeld en heeft getracht de oorlogsmisdrijven in een aantal artikelen te omschrijven met gedetailleerde strafposities, welk systeem echter „niet bevredigend” is gebleken. De zeer uitvoerige toelichting gewaagt verder van „het oorlogsrecht, dat voor een deel gewoonterecht is” en dat „zich niet voor nationale regeling leent”. Dit klinkt, aldus de hier aan het woord zijnde leden, niet erg overtuigend; maar indien ergens, dan geldt hier, dat „la critique est aisée, l'art est difficile”. Strafbarestelling van het handelen in strijd met gewoonterecht is echter weinig in overeenstemming met het crimineelrechtelijke adagium „nulla poena sine praevia lege poenali”. Zou men hieraan niet althans tot op zekere hoogte kunnen tegemoetkomen door ook in de wetstekst te verwijzen naar de vier verdragen van Genève van 12 Augustus 1949? Deze verdragen (het Gewonden- en Ziekenverdrag, het Maritieme Verdrag, het Krijgsgevangenenverdrag en het Burgerverdrag) bevatten een samenstel van internationale voorschriften, welke zeker vallen onder de in artikel 8 gebezigde term „wetten en gebruiken van de oorlog”. Weliswaar betekent een zodanige verwijzing in zoverre een verschuiving van de moeilijkheid, dat bij zulk een redactie de vaagheid in de delictomschrijving niet langer in de Wet Oorlogsmisdrijven zelf, maar bij voorbeeld in de genoemde verdragen wordt aangetroffen, doch daar staat tegenover het denkbare voordeel, dat de jurisprudentie van de internationale rechter op meer exacte wijze de regelen van internationaal gewoonterecht, n.l. de gebruiken van de oorlog, zal definiëren. Aldus zal hij enerzijds de nationale rechter een onmisbare steun verschaffen bij diens interpretatie van die gebruiken en anderzijds zal hij de internationale kenbaarheid dier regels als voorwaarde voor de strafbaarheid van de overtreding daarvan bij de berechting hier te lande een sterker fundament geven. Overigens zal men ook naar het oordeel van deze leden niet kunnen volstaan met een verwijzing naar de genoemde verdragen. Er is ook oorlogsrecht, dat niet in deze verdragen is neergelegd, en ook de schending daarvan moet strafbaar zijn.

Vervolgens werd de vraag gesteld, welke precies de verschillpunten zijn tussen het thans voorgestelde artikel 8 en het huidige artikel 27a van het Besluit Buitengewoon Strafrecht. Men wees er hierbij in het bijzonder op, dat ten aanzien van de strafmaat in het ontwerp artikel 8 een geheel ander systeem is gevolgd dan in het bestaande artikel 27a. Tervijl dit laatste de maximumstraffen heeft gelijkgesteld aan die, welke tegen gelijke of daarmee het meest overeenkomende strafbare feiten in onze gewone wetgeving worden be-

artikel 10

Voorlopig Verslag, blz. 16-17, nr.

Artikel 10. Dit artikel bevat het zeer belangrijke beginsel, dat de dader van een oorlogsmisdrijf zich niet kan beroepen op wettelijk voorschrift, noch op ambtelijk bevel als strafuitsluitingsgronden. Vele leden vroegen zich af, of het uitsluiten van een beroep op deze beide gronden niet te ver gaat. Zij herinnerden er aan, dat beide gronden niet anders zijn dan speciale vormen van de algemene strafuitsluitingsgrond: noodtoestand. Een oorlogsmisdadiger, die zich na inwerking-treding van deze wet niet langer mag beroepen op ambtelijk bevel of wettelijk voorschrift, zal zich nog altijd mogen beroepen op noodtoestand. Dat hij in noodtoestand verkeerde, toen hij het misdrijf pleegde, zal hij dan kunnen aantonen door te bewijzen, dat een wettelijk voorschrift (indien hij geen Nederlander is, een voorschrift van zijn eigen land) of een bevel van een meerdere hem tot het plegen dwong, en hij zal bovendien kunnen trachten aannemelijk te maken, dat hij bij niet-opvolging van het voorschrift of bevel zich zelf blootstelde aan zulke risico's, dat niet-opvolging redelijkerwijze van hem niet gevergd kon worden. Men kan zich nu afvragen, wat de wetgever met de schrapping van de beide artikelen — uitsluitend voor oorlogsmisdrijven — kan bereiken. Gelet op het voorgaande, kan dit in wezen niets zijn. Slechts wekt hij op deze wijze de onjuiste indruk, dat er door schrapping wel iets verandert.

Bovendien, zo gingen deze leden verder, zou er inderdaad door het niet toepasselijk verklaren van deze artikelen wel iets veranderen, dan zou dit toch alleen gelden voor Nederlanders en staatlozen. De Bijzondere Raad van Cassatie heeft immers beslist, dat de artikelen 42 en 43 niet toepasselijk zijn, indien de verdachte zich beroept op de regels van zijn eigen, vreemd recht. Kent zijn recht dus wel wettelijk voorschrift en ambtelijk bevel als strafuitsluitingsgronden, dan zal de rechter met die gronden toch rekening moeten houden. Welk nut heeft het nu, de artikelen 42 en 43 op Nederlanders niet toepasselijk te verklaren?

Andere leden konden voor het standpunt der Regering, dat de artikelen 42 en 43 niet geschreven zijn voor oorlogsmisdrijven, wel gevoelen. Zij vreesden echter, dat men uit het niet toepasselijk verklaren van deze artikelen verkeerde conclusies zal trekken. In het bijzonder t.a.v. ambtelijk bevel wezen zij er op, dat zulk een bevel alleen dan straffeloosheid meebrengt, indien het bevoegd gegeven werd („door het daartoe bevoegde gezag”). Nu moet men toch aannemen, dat geen enkel gezag bevoegd is aan zijn ondergeschikten bevelen te geven tot het plegen van oorlogsmisdrijven. Indien men redelijkerwijze van een ondergeschikte mag eisen, dat deze in de gegeven omstandigheden en gelet op de daaraan voor hem verbonden risico's een bevel niet opvolgt, omdat hij moest beseffen, dat het strekte tot het plegen van een oorlogsmisdrijf, dan zal een beroep op de strafuitsluitingsgrond „ambtelijk bevel” hem ook niet kunnen baten, juist omdat hij moest beseffen, dat dit bevel niet bevoegd gegeven kon zijn. Het handhaven van deze strafuitsluitingsgrond, en hetzelfde geldt mutatis mutandis van het wettelijk voorschrift, behoeft er dus niet toe te leiden, dat een verdachte, die in redelijkheid strafwaardig geacht moet worden, vrijuit zal kunnen gaan. Wel zal de rechter bij het hanteren van de beide strafuitsluitingsgronden rekening houden met de omstandigheden, waaronder de verdachte zijn daad pleegde. Of hij moest beseffen, dat het bevel onbevoegd gegeven werd dan wel dat het wettelijk voorschrift strekte tot het plegen van een misdrijf, zal in sterke mate afhangen van zijn ontwikkeling, zijn opleiding (waarbij hem b.v. ingeprent kan zijn, dat zulke voorschriften en bevelen wel rechtmatig zijn), het feit, dat hij geen tijd had om over het probleem na te denken, en andere omstandigheden. In zoverre kan het resultaat van de toepassing van deze artikelen t.o.v. bepaalde oorlogsmisdadigers anders zijn dan t.a.v. burgers, die in geheel andere omstandigheden verkeerden. Ook is het mogelijk, dat de rechter het beroep op ambtelijk bevel verworpt, omdat de verdachte heel goed beseftte, dat dit bevel onbevoegd gegeven was, en toch verdachte niet strafbaar acht, omdat hij door niet te gehoorzamen zich zou hebben blootgesteld aan zodanig gevaar voor zijn eigen leven, dat hier overmacht aanwezig was. Dit laatste staat echter buiten de vraag, of ambtelijk bevel en wettelijk voorschrift uitdrukkelijk als strafuitsluitingsgronden ook voor oorlogsmisdrijven genoemd moeten worden.

Weer andere leden vroegen de aandacht van de Regering voor de suggestie, gedaan door dr L. M. Rollin Couquerque in een artikel in het „Militair Rechtelijk Tijdschrift”, 1951, blz. 529. Deze betoogt daar, dat artikel 43 niet aan de eisen van militaire verhoudingen beantwoordt, en stelt dan voor, in het Wetboek van Militair Strafrecht een afzonderlijk artikel over dit onderwerp in te voegen, waarin o.m. bepaald zou worden, dat een door een meerdere gegeven bevel in tijd van oorlog de strafbaarheid niet opheft, indien de mindere wist of redelijkerwijze kon vermoeden, dat hij zich door uitvoering van het bevel zou schuldig maken aan een volgens oorlogsrecht niet geoorloofd of door oorlogsnoodzaak in redelijkheid niet geboden feit. Gaarne zouden deze leden de mening van de Regering over dit voorstel vernemen. Zij wezen er echter dadelijk op, dat de formulering „door oorlogsnoodzaak in redelijkheid niet geboden” hun niet onbe-

artikelen 3, 8 en 9

artikel 10

dreigt, heeft de Regering hier een geheel ander systeem gekozen: een algemeen maximum van 10 jaar met verhoging tot 15 jaar, resp. tot levenslang of de doodstraf bij aanwezigheid van bepaalde strafverzwarende omstandigheden. Berust dit voorstel wellicht op minder goede ervaringen, welke met het systeem van artikel 27a in de laatste jaren zijn opgedaan? Zo ja, welke waren deze ervaringen dan? Zo neen, waarom heeft men dan het bestaande stelsel losgelaten?

Eindelijk werd opgemerkt, dat de toepasselijkheid van de Nederlandse strafwet op oorlogsmisdrijven wel zeer ver is uitgebreid. Krachtens artikel 3 is onze strafwet n.l. toepasselijk op ieder, die zich, waar ter wereld ook, schuldig maakt aan enig oorlogsmisdrijf. In de Memorie van Toelichting, bovenaan, blz. 6, spreekt de Regering over „schendingen van de wetten en gebruiken van de oorlog, ook wanneer deze buiten Nederlands grondgebied door de tegenpartij worden begaan”. Nu is het echter opvallend, dat de woorden „door de tegenpartij”, welke een zeker verband tussen het misdrijf en ons land aangeven — de tegenpartij zal een misdrijf immers begaan hetzij tegen een Nederlander, hetzij tegen een van onze bondgenoten —, in de tekst van artikel 3 ontbreken. Theoretisch zal het dus mogelijk zijn, dat de Nederlandse rechter een onderdaan van een vreemde Mogendheid, die buiten Nederland een oorlogsmisdrijf begaat tegen een onderdaan van een andere Mogendheid in een oorlog, waarin ons land geen partij is, veroordeelt. Dit is een toepassing van het z.g. universaliteitsbeginsel, dat onze wet tot dusverre alleen kent voor zeeroof (vgl. artikel 4 Wetboek van Strafrecht i.v.m. de artikelen 381—385 van dat wetboek). Nu is ongetwijfeld met het voorkomen van zeeroof een groot Nederlands belang gemoeid. Evenzeer kan men echter zeggen, dat het een belang van alle volkeren is, dat oorlogsmisdrijven, waar en door wie ook begaan, worden bestreden en vervolgd. De verdragen van Genève van 12 Augustus 1949 gaan in elk geval van dit beginsel uit. Hiermede kon men zich verenigen.

blz. 8

Berechting. Het ontwerp wii de berechting van alle in artikel 1 opgesomde misdrijven, onverschillig of ze door militairen dan wel door burgers zijn begaan, in de eerste plaats opdragen aan de militaire rechter

blz. 14 - 15

Artikel 8. In de eerste plaats moge worden verwezen naar de algemene beschouwingen. Naast de daar reeds genoemde bezwaren tegen de vaagheid van het begrip „wetten en gebruiken van de oorlog” werd door sommige leden ook ernstig bezwaar ingebracht tegen het weglaten van het opzetelement. De Regering veronderstelt, dat de rechter, nu dit element niet in de omschrijving van het delict is opgenomen, alleen dan tot een veroordeling zal besluiten, indien de dader het feit pleegde, hetzij tegen beter weten in, hetzij onder zodanige omstandigheden, dat de schending voortvloeide uit verwijtbare grove onverschilligheid. Dat de rechter zich precies aan deze omschrijving zal houden, staat intussen geenszins vast. Hij is in ieder geval vrij in de bepaling van de mate van schuld, welke bij de dader aanwezig moet zijn geweest. Voor de rechtszekerheid achtten deze leden dit bedenkelijk.

Andere leden oordeelden dit bezwaar niet van overwegende aard. Het zou huns inziens nog bedenkelijker zijn, indien de daders van allerlei afschuwelijke feiten vrijuit zouden gaan, hoewel zij bij het plegen daarvan heel goed hadden kunnen beseffen, dat hun daden met de wetten en gebruiken van de oorlog in strijd waren. Men zou desgewenst in het artikel een bepaling kunnen opnemen van deze strekking, dat hetzij de dader opzettelijk moet hebben gehandeld, d.w.z. de overtreden norm moet hebben gekend, hetzij het aan zijn schuld te wijten was, dat hij deze norm niet kende. Daarmee komt men echter niet verder, want ook in dit geval moet de rechter uitmaken, welke mate van schuld bij de dader aanwezig moet zijn geweest.

denkelijk voorkwam. Met een beroep op oorlogsnoodzaak zijn in het verleden tal van afschuwelijke misdaden goedgepraat. Het begrip komt gelukkig in onze wetgeving tot dusverre niet voor. Ware het niet beter om in overeenstemming met artikel 8 van dit ontwerp uitsluitend te spreken van het zich schuldig maken aan een schending van de wetten en gebruiken van de oorlog?

1 he
ind

act.

Artikelen 3, 8 en 9

MvA, blz. 4-5, nr. 5

De ondergetekenden kunnen het door sommige leden gevoelde bezwaar tegen de vaagheid van de artikelen 8 en 9, die de oorlogsmisdrijven omschrijven, niet delen. Men kan volkenrechtelijk nagaan welke rechten en verplichtingen oorlogvoerende Mogendheden en haar militairen tegenover de vijand hebben. In het bijzonder moet men zich niet voorstellen, dat de gebruiken van de oorlog een zo vage inhoud hebben als de uiterlijke betekenis van dit woord zou doen vermoeden.

Op die grond achten de ondergetekenden het ook weinig wenselijk de wetten en gebruiken van de oorlog met zoveel woorden in de Nederlandse strafbepalingen te formuleren. De wetten van de oorlog zijn de regels, die in de tractaten omtrent oorlogvoering zijn neergelegd. Dit zijn o.a. de tractaten van Genève, waarvan in de Memorie van Toelichting gewag wordt gemaakt. Daarnaast bestaan echter gebruiken van de oorlog, die allermint alle ongeschreven gewoonterecht zijn, maar die ten dele in geschreven regels zijn geformuleerd. Het Landoorlogreglement, een der belangrijkste regelingen omtrent de rechten en verplichtingen van oorlogvoerende mogendheden, wordt algemeen beschouwd als te gelden voor alle landen ter wereld, die oorlog voeren ongeacht of dit reglement voor hen kracht van tractaat heeft of niet. Door de verwijzing naar de gebruiken van de oorlog verwijst men derhalve o.a. naar het Landoorlogreglement. Daarnaast bestaan er ook andere, niet met zoveel woorden geformuleerde gebruiken, zoals die met betrekking tot parlementariërs.

Gezien de feiten, zouden de ondergetekenden het bepaaldelijk onjuist achten een verwijzing naar de gebruiken van de oorlog (en dus naar het Landoorlogreglement) achterwege te laten.

Zij sluiten zich gaarne bij de mening aan van die leden, welke, evenals de ondergetekenden, de totstandkoming van een internationale code van wat in de oorlog wel en niet geoorloofd is, zouden toejuichen, maar die van mening zijn, dat men niet in afwachting daarvan een misschien scherpe, doch veel te beperkte omschrijving van de oorlogsmisdrijven mag opnemen.

Het doel van de strafbaarstelling van oorlogsmisdrijven zou niet worden bereikt door in de bepaling een omschrijving op te nemen van de Conventies van Genève, waarvan in de Memorie van Toelichting wordt gesproken. Weliswaar zijn deze conventies (die overigens nog niet geratificeerd zijn) van het grootste belang, doch daarnaast bestaat er, zoals hierboven is opgemerkt, nog een belangrijk stuk wetten en gebruiken van de oorlog, dat niet in deze conventies is vervat. Ten overvloede moge nogmaals gewezen worden op het feit, dat schending van het Landoorlogreglement, dat niet als een wet van de oorlog te beschouwen is, toch zeker als oorlogsmisdrijf strafbaar moet zijn. Terecht merken deze leden derhalve op, dat een verwijzing naar de Conventies van Genève op zich zelf onvoldoende zou zijn. Anderzijds is het duidelijk, dat de in het ontwerp gekozen formulering „wetten en gebruiken van de oorlog” buiten twijfel stelt, dat ook de Conventies van 1949 daaronder begrepen zijn. Tenslotte willen de ondergetekenden er op wijzen, dat ook in de door de International Law Commission opgestelde „Draft Code of Offences against the peace and security of mankind” wordt volstaan met de oorlogsmisdrijven te omschrijven als „acts in violation of the laws and customs of war”.

blz. 13

Artikel 8. Allereerst zij verwezen naar de algemene beschouwingen. Zoals reeds in de Memorie van Toelichting is uiteengezet, zou beperking van de strafbaarheid tot die gevallen, waarin de dader de geschonden normen opzettelijk heeft overtreden, tot consequenties leiden, die het rechtsgevoel weinig bevredigen. Dat het voor de rechtszekerheid bedenkelijk zou zijn om de bepaling van de mate van de schuld, die bij de dader aanwezig moet zijn geweest, aan de rechter over te laten, kunnen de ondergetekenden niet toegeven.

Artikel 10

MvA, blz. 14-15, nr. 5

Artikel 10. Vele leden hebben zich allereerst afgevraagd of de voorgestelde bepaling, welke beoogt de artikelen 42 en 43 van het Wetboek van Strafrecht ten aanzien van oorlogsmisdrijven buiten toepassing te laten, niet te ver gaat. Doch dezelfde leden hebben vervolgens getracht te bewijzen, dat de wetgever hiermede in wezen niets zou bereiken, doch alleen de onjuiste indruk zou wekken, alsof dit wel het geval zou zijn. Deze paradoxale conclusie berust op een misverstand, hetwelk hierin bestaat, dat volgens deze leden artikel 42 als artikel 43 van het Wetboek van Strafrecht niets anders zouden zijn dan speciale vormen van algemene strafuitsluitingsgrond: noodtoestand. Doch dit is zeer bepaaldelijk niet het geval. Degene, die een feit begaat ter uitvoering van een wettelijk voorschrift of van een ambtelijk bevel, gegeven door het daartoe bevoegde gezag, gaat krachtens artikel 42, resp. 43, in ieder geval vrij uit, niet alleen, indien hij tot het begaan van het feit is gedwongen, doch ook indien hij tegen de handeling geen enkel bezwaar had of deze zelfs niet kennelijke instemming heeft verricht. Het is evenwel duidelijk, dat in deze gevallen een beroep op deze artikelen hem niet zal mogen baten, indien hetzij het nationale wettelijke voorschrift, hetzij de nationale wet, volgens welke het gezag, dat het ambtelijk bevel gegeven heeft, daartoe bevoegd was, met het internationale oorlogsrecht in strijd is. De voorgestelde bepaling heeft de strekking dit beroep onmogelijk te maken. Uiteraard moet de betrokkene de mogelijkheid behouden om aannemelijk te maken, dat hij door overmacht tot het begaan van het feit is gedwongen (b.v. omdat hij met neerschieten werd bedreigd, als hij een hem gegeven bevel niet zou uitvoeren). In dat geval zal hij vrij uitgaan krachtens artikel 40, dat wel ten aanzien van oorlogsmisdrijven toepasselijk blijft.

Ook de verdere opmerking van deze leden, dat, als er, inderdaad door het niet toepasselijk verklaren van de artikelen 42 en 43 Sr. wel iets zou veranderen, dit toch alleen zou gelden voor Nederlanders en staatlozen, is onjuist. Als het nationale recht van een vreemdeling wettelijk voorschrift en ambtelijk bevel als strafuitsluitingsgronden kent, zal ook volgens de rechtspraak van de Bijzondere Raad van Cassatie de Nederlandse rechter met dat nationale recht alleen in zoverre rekening houden, als dit niet in strijd is met het internationale oorlogsrecht.

Andere leden, die voor het standpunt der Regering, dat de artikelen 42 en 43 van het Wetboek van Strafrecht niet geschreven zijn voor oorlogsmisdrijven, wel bleken te kunnen gevoelen, waren niettemin van oordeel, dat men uit het niet toepasselijk verklaren van deze artikelen verkeerde conclusies zou kunnen trekken. Deze leden hebben betoogd, dat geen enkel gezag bevoegd is aan zijn ondergeschikte bevelen te geven tot het plegen van oorlogsmisdrijven, zodat ook bij handhaving van artikel 43 Sr. een beroep op een hem gegeven bevel tot het plegen van oorlogsmisdrijven de verdachte niet zou kunnen baten, omdat zodanig bevel niet bevoegd gegeven kan zijn. Het handhaven van artikel 43 zou er volgens deze leden dus niet toe behoeven te leiden, dat een verdachte, die in redelijkheid strafwaardig geacht moet worden, vrij uit zou kunnen gaan. Hetzelfde zou mutatis mutandis gelden voor artikel 42.

Hoewel de ondergetekenden niet willen ontkennen, dat de voorgestelde interpretatie van de artikelen 42 en 43 Sr. tot een bevredigend resultaat zou kunnen leiden, vrezen zij, dat handhaving van deze artikelen in dat geval vesleer tot verkeerde conclusies aanleiding zou kunnen geven dan wanneer zij uitdrukkelijk niet toepasselijk worden verklaard. Wat toch is het geval? Wanneer bij handhaving van artikel 43 een vreemdeling een beroep op dit artikel zou doen, zal hij uiteraard bedoelen, dat hij het feit heeft begaan ter uitvoering van een ambtelijk bevel, dat gegeven is door het gezag, dat daartoe bevoegd was volgens de wetgeving van zijn eigen land. Doch dit beroep moet hem niet kunnen baten, als zijn nationale wetgeving in strijd is met het internationale oorlogsrecht. Nog duidelijk blijkt het onbevredigend karakter van de door deze leden voorgestelde oplossing ten aanzien van artikel 42. Wanneer de vreemdeling zich er op zou beroepen, dat hij het feit heeft begaan ter uitvoering van een wettelijk voorschrift, kan hij daarmede immers niets anders bedoelen dan een voorschrift, dat rechtskracht heeft volgens de wetgeving van zijn eigen land. Doch ook dit beroep moet hem niet kunnen baten, als dit voorschrift in strijd is met het oorlogsrecht. Het blijkt derhalve, dat handhaving van de artikelen 42 en 43 Sr. (zoals ook bij de bijzondere rechtspleging herhaaldelijk gebleken is) tot een fundamenteel misverstand zou kunnen leiden, dat wordt voorkomen, als de toepasselijkheid van deze artikelen, zoals in het ontwerp wordt voorgesteld, uitdrukkelijk wordt uitgesloten. Met de overige beschouwingen van deze leden kunnen de ondergetekenden zich zeer wel verenigen.

Het voorstel van dr. L. M. Rolin Couquerque, waarover weer andere leden het oordeel van de Regering hebben gevraagd, achten de

artikelen 3, 8 en 9

artikel 10

ondergetekenden weinig aantrekkelijk. Voor zover met dit voorstel wordt beoogd aan militairen niet onder alle omstandigheden straffeloosheid te verzekeren, als zij zich op ambtelijk bevel aan oorlogsmisdrijven hebben schuldig gemaakt, wordt dit doel op eenvoudiger wijze bereikt door de in het onderhavige wetsontwerp voorgestelde uitsluiting van de toepasselijkheid van artikel 43 Sr. ten aanzien van de feiten, bedoeld in de artikelen 8 en 9 van het ontwerp. Overigens delen de ondergetekenden de door de hier aan het woord zijnde leden geopperde bedenkingen tegen de formulering „door oorlogsnoodzaak in redelijkheid niet geboden“.

eindverslag commissie van
rapporteurs - MvA, nr. 154a
(Eerste Kamer)

De ondergetekenden begrijpen, dat de verwijzing in artikel 8 naar de wetten en gebruiken van de oorlog, zonder dat deze wetten en gebruiken nader worden aangeduid, een zekere huivering bij de aan het woord zijnde leden heeft doen ontstaan. In het algemeen toch pleegt de strafwetgever de elementen van de strafbare feiten te omschrijven. Op het stuk van oorlogsmisdrijven was dit niet mogelijk. Het internationale strafrecht is, mede door de aandacht, die daaraan in internationaal verband gewijd wordt, nog zozeer in ontwikkeling, dat het bepaaldelijk onjuist zou zijn een gedetailleerde omschrijving van oorlogsmisdrijven op te nemen. Deze omschrijvingen zouden immers, naar zich laat aanzien, binnen korte tijd als verouderd moeten worden aangemerkt, terwijl het onmogelijk is een volledige inventaris van oorlogsmisdrijven op te stellen. Gelijk in de Memorie van Toelichting is uiteengezet, zou het stellen van de eis van opzet medebrengen, dat bewezen moest worden, dat de dader de geschonden norm van oorlogsrecht kende. Afgezien van de bewijsmoeilijkheden, die dit zou opleveren, zou het tot onbillijkheden leiden in gevallen, waarin dit bewijs niet geleverd werd, maar waarin zou komen vast te staan, dat het niet kennen en niet opvolgen van de geschonden norm te wijten zou zijn aan grove onverschilligheid. Terecht wordt door de aan het woord zijnde leden opgemerkt, dat steeds het bewijs van grove schuld bij de dader noodzakelijk zal zijn.

De ondergetekenden delen de opvatting van de aan het woord zijnde leden, dat het ook noodzakelijk is, dat aan de burgers voorlichting wordt verschaft aangaande de kennis van de wetten en gebruiken van de oorlog en de daaruit voor hen voortvloeiende rechten en verplichtingen.

De Conventies van Genève, waarover in de Memorie van Toelichting wordt gesproken, bevatten het overgrote deel van het oorlogsrecht, dat voor de burgers van belang is. Deze conventies bevatten de verplichting voor de toegetreden Staten om haar inhoud op zo ruim mogelijke schaal onder de bevolking te verspreiden en de bestudering daarvan zo mogelijk ook in het programma van de burgerlijke op-
leiding op te nemen.

De Regering zal zich nog nader beraden over de wijze, waarop aan deze verdragsbepaling uitvoering kan worden gegeven.

PRESIDENT ARRONDISSEMENTSRECHTBANK TE 's-GRAVENHAGE

Zitting van 29 maart 1999 te 9.00 uur

Pleitnotities van mr G.J.H. Houtzagers

inzake:

DE STAAT DER NEDERLANDEN

tegen

1. ALEXANDER DANIKOVIC
2. RADOMIR ZIVKOVIC
3. VLADIMIR KOSTIC
4. FILIP GAVRIC
5. VLASTA DJURINAC
6. GORAN VASIC
7. MILORAD SESLIJA
8. MIJA SESLIJA
9. MILE MIGAILOVIC

1. Inleiding

Opnieuw wordt in kort geding verzocht de Staat te bevelen zich te onthouden van deelname aan oorlogsgeweld in NAVO-verband tegen de Federale Republiek Joegoslavië.

Zoals u weet is de inzet van de Nederlandse regering en die van de diverse internationale organisaties, waaronder de OVSE, de EU en de NAVO, steeds geweest dat alles op alles gezet moest worden om met gebruikmaking van diplomatieke middelen een vreedzame oplossing te bereiken voor Kosovo.

Door de Servische opstelling zijn helaas luchtaanvallen onvermijdelijk geworden.

Ik citeer uit de brief van 24 maart 1999 van de Ministers van Buitenlandse Zaken en Defensie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer. Deze brief heb ik u, en mijn tegenpleiter, op voorhand toegestuurd.

"Gisteravond heeft de NAVO-raad geconstateerd dat alle mogelijkheden om met diplomatieke middelen een oplossing voor Kosovo te bereiken op dit moment zijn uitgeput. Secretaris-Generaal Solana heeft daarom aan SACEUR de opdracht gegeven om tot uitvoering van luchtacties over te gaan. Deze zijn bedoeld om een halt toe te roepen aan de aanvallen van het Joegoslavische leger en de politie en deze zodanig te verzwakken dat een grotere humanitaire ramp wordt voorkomen, alsmede ter ondersteuning van de internationale inspanningen om de FRJ tot ondertekening van een interim-akkoord te brengen.

...

Milosevic weigert niet alleen een akkoord te tekenen, maar negeert ook de eisen uit VR-resoluties 1199 en 1203 en de eerder gemaakte afspraken met de NAVO over aantallen toegestane militaire en politie-eenheden in Kosovo. De schorsing van het overleg in Parijs en de terugtrekking van de KVM op 21 dezer zijn door Milosevic aangegrepen om een grootscheeps offensief met inzet van zware wapens te beginnen, in een kennelijke poging om het UCK een vernietigende slag toe te dienen. Hierbij is tot op heden met name in noord- en centraal-Kosovo grote schade aangericht. Zeer verontrustend is dat het Joegoslavische leger nu weer op grote schaal huizen verwoest. Als gevolg van het geweld is er sprake van nieuwe stromen ontheemden en een dreigende humanitaire catastrofe. Exacte gegevens zijn nog niet beschikbaar, doch hoogstwaarschijnlijk zijn enkele tienduizenden mensen op de vlucht geslagen als gevolg van het nieuwe geweld."

Zie: productie 3 van de Staat.

Luchtaanvallen zijn en worden uitgevoerd. Ik wil nog eens met nadruk onderstrepen dat de aanvallen in NAVO-verband uitdrukkelijk zijn gericht op

militaire doelen, zoals de Servische luchtafweer, commandocentrales, communicatiemiddelen en militaire stellingen. De NAVO voert geen oorlog tegen de burgerbevolking van de Federale Republiek Joegoslavië.

2. De aangevoerde normschending

Opnieuw wordt gesteld dat er geen juridisch deugdelijke grondslag zou bestaan voor het gebruik van oorlogsgeweld in NAVO-verband. Die stelling is onjuist. Tijdens de vorige behandeling heb ik een uitvoerige schets gegeven van de situatie in voormalig Joegoslavië vanaf oktober 1998, ook in het licht van de Resolutie van de Veiligheidsraad 1199. Ik zal niet in herhaling vervallen en verwijs voor die uiteenzetting naar de pleitnotities van 4 maart jl. Wel wil ik hier nogmaals wijzen op de conclusies die mijns inziens gegeven de geschetste ontwikkelingen en omstandigheden getrokken kunnen worden:

1. de Nederlandse regering is van oordeel dat de blijvende weigerachtigheid om Veiligheidsraadresolutie 1199 uit te voeren militair optreden in NAVO-verband in voldoende mate legitimeert;
2. het oordeel van de Nederlandse regering wordt - bijna unaniem - gedeeld door de Tweede Kamer;
3. de lidstaten van de NAVO zijn unaniem van oordeel dat een militair optreden in NAVO-verband gerechtvaardigd is met het oog op naleving van Veiligheidsraadresolutie 1199.

Met betrekking tot de gestelde normschending wordt in feite, in een ander jasje, hetzelfde aangevoerd als tijdens het kort geding dat heeft geleid tot het vonnis van 18 maart 1999. De norm die geschonden zou zijn betreft het zogenaamde agressieverbod. Het gebruik van geweld door een staat jegens andere staten is verboden. Die norm is tot uitdrukking gebracht in art. 2 lid 4 van het Handvest van de Verenigde Naties. Om te ontkomen aan de conclusie die getrokken is in het vonnis van 18 maart 1999 beroepen eisers zich thans niet op schending van art. 2 lid 4 van het Handvest van de Verenigde Naties, maar op schending van dezelfde norm die zou voortvloeien uit het volkenrechtelijk gewoonterecht. Volgens eisers hoort de

betreffende norm tot het zogenaamde jus cogens, het dwingend volkenrecht, waarvan niet afgeweken kan worden. Op schending van deze norm zou door eisers rechtstreeks een beroep gedaan kunnen worden.

Die stelling is juridisch niet juist.

Voor de vraag of er sprake is van rechtstreekse werking dient gekeken te worden naar de inhoud van de norm. Het gaat dus niet om de vraag of een norm is vastgelegd in een verdrag, dan wel of die norm voortvloeit uit gewoonterecht, maar om de vraag of die norm, gezien haar inhoud en strekking, een ieder verbindt als bedoeld in art. 93 van de Grondwet. Uit de norm zelf, het verbod om geweld te gebruiken tegen andere staten, blijkt overduidelijk dat eisers hieraan niet rechtstreeks rechten kunnen ontlelen. Het gaat hier immers om een norm die bij uitstek ziet op de betrekking tussen staten onderling (niet tussen staten en burgers). Voor de inhoud en strekking van deze norm verwijs ik naar de uiteenzetting in de pleitnotities van 4 maart 1999, meer in het bijzonder naar de bladzijdes 12, 13 en 14. De vraag of een norm behoort tot het zogenaamde jus cogens is derhalve niet beslissend voor de vraag of op die norm rechtstreeks een beroep kan worden gedaan. Dit staat ook los van de vraag of de door eisers ingeroepen norm beschouwd kan worden als behorend tot het jus cogens.

De redenering van eisers zou ook tot de bijzondere consequentie leiden dat zij geen beroep zouden kunnen doen op een norm die voortvloeit uit een verdrag, terwijl dat wel zou kunnen met betrekking tot dezelfde norm voortvloeiend uit het volkenrechtelijk gewoonterecht. Gezien de inhoud van de norm waarop eisers zich beroepen dient de conclusie dan ook te zijn dat het hier in ieder geval niet gaat om een ieder verbindende bepaling in de zin van art. 93 van de Grondwet, zodat eisers zich tegenover de Staat niet op deze norm kunnen beroepen. Ik meen dan ook dat exact dezelfde vraag aan de orde is als de vraag waarover reeds beslist is in het vonnis van 18 maart 1999. Dat wordt niet anders doordat eisers militairen zouden zijn in werkelijke dienst van het Joegoslavische leger.

Met betrekking tot andere verdragsbepalingen die door eisers worden aangehaald in de dagvaarding wil ik nogmaals opmerken dat de door eisers

gestelde en door de Staat betwiste schending van het agressieverbod niet automatisch leidt tot de conclusie dat er sprake zou zijn van een schending van het humanitaire oorlogsrecht. De aangehaalde verdragsbepalingen zien op de behandeling van krijgsgevangenen, burgers en de bescherming van slachtoffers. Een eventuele schending van humanitair oorlogsrecht dient geïndividualiseerd te worden. Geen van de eisers voert in dit verband omstandigheden aan waaruit zou blijken dat er ten opzichte van hen sprake zou zijn van een schending van het humanitaire oorlogsrecht.

3. Conclusie

De vorderingen dienen te worden afgewezen; kosten rechtens.

ARRONDISSEMENTSRECHTBANK 's-GRAVENHAGE

Sector Civiel Recht - President

Vonnis in kort geding van 7 april 1999,
gewezen in de zaak met rolnummer KG 99/339 van:

1. Aleksander Danikovic, wonende te Belgrado,
 2. Radomir Zivkovic, wonende te Belgrado,
 3. Vladimir Kostic, wonende in Jagodina,
 4. Filip Gavric, wonende in Belgrado,
 5. Vlasta Djurinac, wonende te Pristina,
 6. Goran Vasic, wonende te Pristina,
 7. Milorad Seslija, wonende te Ajvalija
 8. Mija Seslija, wonende te Ajvalija,
 9. Mile Migailovic, wonende te Vucak,
- voornoemde steden alle gelegen in de Republiek Servië,
eisers,
procureur mr. A.B.B. Beelaard,
advocaat mr. N.M.P. Steijnen te Zeist,

tegen:

De Staat der Nederlanden,
(Ministeries van Defensie en Buitenlandse Zaken),
zetelende te 's-Gravenhage,
gedaagde,
procureur mr. G.J.H. Houtzagers.

1. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 29 maart 1999 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

- De Nederlandse regering heeft ten aanzien van deelname door Nederland aan militaire luchtacties van de NAVO tegen de Federale Republiek Joegoslavië, hierna te noemen 'de FRJ', besloten dat een dergelijke participatie verantwoord is indien tenminste aan de volgende voorwaarden wordt voldaan: Het moet duidelijk zijn dat een besluit tot ACTORD (Activation Orders) door de gehele NAVO wordt ondersteund en dat een zo groot mogelijke meerderheid van de bondgenoten ook actief aan de operaties meedoet, hetgeen impliceert dat er binnen de NAVO ook overeenstemming moet bestaan over de legitimiteit van een militair optreden.
- In de brief van de Ministers van Buitenlandse Zaken en Defensie van 13 oktober 1998 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer staat -onder meer- vermeld: "Vanochtend heeft de NAVO-raad eenstemmig besloten de militaire autoriteiten te machtigen Activation Orders voor luchtacties tegen de FRJ uit te vaardigen(..)"
- Bij brief van 24 maart 1999 hebben de Ministers van Buitenlandse Zaken en Defensie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer medegedeeld dat Secretaris Generaal Solana, na constatering door de NAVO-raad dat alle mogelijkheden om met diplomatieke

- middelen een oplossing voor Kosovo te bereiken waren uitgeput, opdracht heeft gegeven tot uitvoering van luchtacties over te gaan,
- Sedert 24 maart 1999 worden luchtaanvallen op de FRJ uitgevoerd, waaraan ook vliegtuigen van de Koninklijke Landmacht deelnemen.
 - Bij uitspraak van de President in Kort Geding van deze rechtbank van 18 maart 1999 zijn de door een tweetal Nederlandse verenigingen en de stichting Stichting Tribunaal voor de Vrede, alsmede 139 burgers uit diverse landen waaronder de republiek Servië, ingestelde vorderingen, strekkende tot (onder meer) een verbod aan de Staat jegens de FRJ oorlogsgeweld toe te passen, daarmee te dreigen, of in NAVO-verband aan die toepassing of dreiging mee te werken en bedoeld oorlogsgeweld politiek en militair te steunen, afgewezen. De afwijzing was onder meer gebaseerd op de onmogelijkheid van eisers zich tegenover de Staat op de bepaling in artikel 2 lid 4 van het Handvest van de VN te beroepen. Tegen dit vonnis is hoger beroep aangetekend.

2. De vorderingen, de gronden daarvoor en het verweer

- 2.1. Eisers vorderen bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, gedaagde te bevelen zich met onmiddellijke ingang te onthouden van (deelname aan) verder oorlogsgeweld tegen de FRJ, alsmede de NAVO-bondgenoten er terstond van in kennis te stellen dat Nederland zich van verder geweld jegens de FRJ onthoudt, met veroordeling van gedaagde in de kosten van dit geding.
- 2.2. Daartoe voeren zij onder meer het volgende aan.
- Gedaagde handelt onrechtmatig jegens eisers door in NAVO-verband luchtaanvallen op de FRJ uit te voeren. De verantwoordelijkheid voor het handelen van de NAVO moet worden toegerekend aan de verschillende lidstaten zodat gedaagde zelf verantwoordelijk en aansprakelijk is voor elk NAVO-optreden dat in strijd is met het internationale recht. Dat het hier gaat om onrechtmatig handelen wordt als volgt toegelicht:
 - Er is sprake van grootscheepse veelvoudige schendingen van het internationaal recht. Naar volkenrechtelijk gewoonterecht van dwingende aard is het gebruik van geweld jegens andere staten -en daarmee tegen eisers- verboden. De uitzonderingen op dit agressieverbod, verwoord in het handvest van de VN -kort gezegd- zelfverdediging en handelen op instigatie van de Veiligheidsraad, doen zich hier niet voor.
 - De interpretatie door gedaagde van Veiligheidsraadsresolutie 1199 en Hoofdstuk VII van het Handvest van de Verenigde Naties is malafide. Gedaagde heeft geen deugdelijke grondslag voor het geweld aangevoerd. Het geweld is derhalve onrechtmatig.
 - Het uitvoeren van onrechtmatig oorlogsgeweld is een misdrijf tegen de vrede. Zo gedaagde van mening is dat zijn optreden niet onrechtmatig is rust bij hem de bewijslast.
 - Ingevolge geldende jurisprudentie komt, ondanks de beleidsvrijheid waar gedaagde zich in dit soort aangelegenheden stelselmatig op beroept, aan de rechter de bevoegdheid toe het beleid van gedaagde op rechtmatigheid te toetsen.
 - De situatie thans is een andere dan die ten tijde van het voornoemde

vonnis van 18 maart 1999:

- Anders dan toen is er thans sprake van een oorlogssituatie; eisers zijn gemobiliseerde soldaten, die voor hun leven vrezen.
- Ook indien als een gegeven moet worden aangenomen dat aan de diverse bepalingen in de verdragen geen rechtstreekse werking jegens burgers kan worden toegekend betekent dit nog niet dat aan de achterliggende normen van volkenrechtelijk gewoonterecht met een jus cogens karakter evenmin zelf bindende werking kan worden toegekend.
- De wet op het Oorlogsstrafrecht is thans wel aan de orde.
- In het vonnis van 18 maart is niet gereflecteerd op het beroep ten aanzien van het toepassen van disproportioneel oorlogsgeweld.

2.3. Gedaagde voert als volgt verweer.

- Het gestelde ontbreken van een juridisch deugdelijke grondslag voor het gebruik van oorlogsgeweld in NAVO-verband is tijdens de behandeling van de zaak die leidde tot het voornoemde vonnis van 18 maart 1999 betwist en uitvoerig besproken. Thans is de situatie bereikt dat diplomatieke maatregelen om tot een vreedzame oplossing voor Kosovo te komen zijn uitgeput. Door de Servische opstelling zijn de luchtaanvallen noodzakelijk geworden. Dat is het oordeel van de Nederlandse regering, dat -bijna unaniem- wordt gedeeld door de Tweede Kamer. De lidstaten van de NAVO zijn unaniem van oordeel dat een militair optreden in NAVO-verband gerechtvaardigd is met het oog op naleving van Veiligheidsraadsresolutie 1199.
- Met betrekking tot de normschending wordt in feite thans hetzelfde aangevoerd als in de vorige procedure; immers de vraag of een norm is vastgelegd in een verdrag of voortvloeit uit gewoonterecht dat behoort tot het zogenaamde jus cogens is niet relevant; het gaat om de vraag of die norm, gezien haar inhoud en strekking, een ieder verbindt als bedoeld in artikel 93 van de Grondwet. Dat betekent dat thans exact dezelfde vraag aan de orde is als waarover is beslist in het vonnis van 18 maart 1999. Dat wordt niet anders doordat eisers militairen zijn in werkelijke dienst van het Joegoslavische leger.
- Zelfs als er sprake zou zijn van schending van het agressieverbod, quod non, leidt zulks niet automatisch tot de conclusie dat er sprake zou zijn van een schending van het humanitaire oorlogsrecht. Eventuele schending van humanitair oorlogsrecht dient geïndividualiseerd te worden; geen van eisers heeft omstandigheden aangevoerd waaruit jegens hem of haar van schending terzake zou kunnen blijken.

3. Beoordeling van het geschil

3.1. Eisers hebben ter zitting gesteld dat de vordering beheerst wordt door Nederlands recht, hetgeen door gedaagde niet is weersproken. Partijen hebben, naar wordt aangenomen, aldus voor de toepasselijkheid van Nederlands recht gekozen.

3.2. Dat het beleid van gedaagde door de rechter op rechtmatigheid mag worden

getoetst is in beginsel juist.

De vraag of gedaagde rechtmatig handelt, derhalve of het besluit van gedaagde om in NAVO-verband te participeren aan het oorlogsgeweld tegen de FRJ op een juridisch deugdelijke grondslag is gebaseerd, komt aan de orde als is komen vast te staan dat aan de volkenrechtelijke normen, waarvan in casu wordt gesteld dat zij worden geschonden, door burgers rechtstreeks rechten kunnen worden ontleend.

Eisers stellen dat gedaagde inbreuk maakt op normen die voortvloeien uit het volkenrechtelijk gewoonterecht, welke normen tot het jus cogens behoren en onafhankelijk van het Handvest van de VN overal en altijd gelden. Zij wijzen daarvoor naar art. 3 van Protocol II bij de Verdragen van Genève. In wezen gaat hier echter om dezelfde normen als in het Handvest van de VN vastgelegd, te weten het geweldsverbod, en het interventieverbod. Deze normen betreffen, ook als zij tot het volkenrechtelijke jus cogens gerekend moeten worden, gezien hun inhoud en strekking in elk geval de betrekkingen tussen staten onderling.

- 3.3. De vraag is nu of burgers aan genoemde normen ook rechtstreeks rechten kunnen ontleenen. In NJ 1991, nr 248 is de Hoge Raad de beantwoording van deze vraag uit de weg gegaan. Hij heeft in het midden gelaten of aan "alle regels van internationaal recht waarop SVK zich ... heeft beroepen, door burgers rechtstreeks rechten kunnen worden ontleend." Daarbij had de Hoge Raad veronderstellenderwijs aangenomen dat SVK zich ook op het in art. 2 lid 4 van het Handvest neergelegde verbod had beroepen. Dat beroep werd verworpen omdat het verbod in samenhang met het recht op zelfverdediging moest worden begrepen en in dit geval van zelfverdediging sprake was.
- 3.4. Verder is in evengenoemd arrest onderzocht of er sprake was van strijd met het grondrecht op leven, zoals gewaarborgd in art. 2 EVRM en art. 6 IVBP. Ook eisers beroepen zich op deze artikelen. De HR oordeelde dat daarvan in het concrete geval geen sprake was.
- 3.5. Bij deze stand van de jurisprudentie moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat onder omstandigheden aan het in het Handvest neergelegde verbod tot agressie en tot non interventie rechtstreekse werking wordt toegekend. Een argument hiervoor lijkt ook art. 15 lid 2 EVRM te verschaffen, dat afwijking van art. 2 EVRM niet toestaat behalve ingeval van dood als gevolg van "rechtmatige oorlogshandelingen". In het hierna volgende wordt veronderstellenderwijs aangenomen dat aan de evengenoemde verboden rechtstreekse werking toekomt.
- 3.6. Daarbij wordt aangetekend dat, anders dan eisers kennelijk menen, aan het vonnis in kort geding van 18 maart 1999 geen gezag van gewijsde toekomt, aangezien in deze zaak andere eisers optreden.
- 3.7. Nederland neemt momenteel deel aan luchtaanvallen op het grondgebied van de FRJ. Eisers zullen, afhankelijk van de plaats waar zij als militairen van het leger van de FRJ worden ingezet, kans lopen blootgesteld te worden aan deze luchtaanvallen. In zoverre bestaat de mogelijkheid dat hun recht op leven wordt aangetast. Een dergelijke aantasting kan gerechtvaar-

digd zijn indien sprake is van rechtmatige oorlogshandelingen.

3.8. In dit verband heeft gedaagde zich beroepen op resolutie 1199 van de Veiligheidsraad. Deze resolutie legitimeert gedaagdes militair optreden. De eisen die de Veiligheidsraad in deze resolutie stelt zijn gebaseerd op Hoofdstuk VII van het Handvest. In deze resolutie wordt de situatie in Kosovo niet langer als interne aangelegenheid beschouwd. De militaire actie beoogt prompte naleving van resolutie 1199. Het gaat niet om een strafexpeditie. De uitvoering wordt geautoriseerd door de NAVO-raad. Alles is er op gericht door de actie de gewelddadigheden in Kosovo te beëindigen. De deelname aan het militair optreden wordt door de overgrote meerderheid van de Tweede Kamer gesteund. Tot zover, kort weergegeven, gedaagde.

3.9. Overwogen wordt dat resolutie 1199 onder meer inhoudt:

"Gravely concerned at the recent intense fighting in Kosovo and in particular the excessive and indiscriminate use of force by Serbian security forces and the Yugoslav Army which have resulted in numerous civilian casualties and, according to the estimate of the Secretary-General, the displacement of 230.000 persons from their homes.

(...)

Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations,

(...)

4. Demands further that the Federal Republic of Yugoslavia, in addition to the measures called for under resolution 1160 (1198), implement immediately the following concrete measures towards achieving a political solution in Kosovo as contained in the Contact Group statement of 12 June 1998:

(a) cease all action by the security forces affecting the civilian population and order the withdrawal of security units used for civilian repression;

(...)

(c) facilitate, in agreement with the UNHCR and the international Committee of the Red Cross (ICRC), the safe return of refugees and displaced persons to their homes and allow free and unimpeded access for humanitarian organizations and supplies to Kosovo;

(...)

Notes, in this connection, the commitments of the President of the Federal Republic of Yugoslavia, in his joint statement with the President of the Russian Federation of 16 June 1998:

(a) to resolve existing problems by political means on the basis of

equality for all citizens and ethnic communities in Kosovo;

(b) not to carry out any repressive actions against the peaceful population;

(...)

(e) to facilitate the unimpeded return of refugees and displaced persons under programmes agreed with the UNCR and the ICHR, providing State aid for the reconstruction of destroyed homes;

(...)

16. Decides, should the concrete measures demanded in this resolution and resolution 1160 (1998) not be taken, to consider further action and additional measures to maintain and restore peace and stability in the region."

- 3.10. Resolutie 1199 is genomen op basis van de bepalingen in Hoofdstuk VII van het Handvest. Dit hoofdstuk staat de mogelijkheid van het ondernemen van militaire actie toe, zij het dat daartoe dan besloten dient te worden door de Veiligheidsraad.
- 3.11. In dit kort geding wordt aangenomen dat de FRJ niet is overgegaan tot het onmiddellijk staken van repressieve acties tegen de bevolking van Kosovo en evenmin de terugkeer van vluchtelingen heeft mogelijk gemaakt. Integendeel, de repressie tegen de burgerbevolking is onverminderd doorgegaan en de vluchtelingenstroom is sinds begin van dit jaar alleen maar toegenomen.
- 3.12. De omstandigheid dat niet de Veiligheidsraad, maar de NAVO-raad vervolgens heeft besloten tot het ondernemen van militaire acties teneinde de FRJ te bewegen tot naleving van de resolutie 1199 kan niet op voorhand als onrechtmatig worden aangemerkt, ook al brengt dit voor eisers een zeker risico met zich mee voor hun recht op leven. Bij de huidige stand van zaken kan niet worden beoordeeld of er sprake is van disproportioneel oorlogsgeweld
- 3.13. Het beroep op de Wet Oorlogsstrafrecht gaat niet op. Deze wet ziet op misdrijven gepleegd door natuurlijke personen. Ook het beroep op Protocol I bij de verdragen van Genève van 12 augustus 1949 faalt, daar eisers geen concrete omstandigheden hebben aangevoerd, waaruit kan blijken dat er ten opzichte van hen persoonlijk sprake zou zijn van een schending van het humanitaire oorlogsrecht.
- 3.14. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het gevorderde moet worden afgewezen. Eisers worden, als de in het ongelijk gestelde partij, veroordeeld in de kosten van dit geding.

4. Beslissing

De President:

Wijst het gevorderde af.

Veroordeelt eisers in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van gedaagde begroot op f 1.950,--, waarvan f 400,-- aan griffierecht.

Aldus gewezen door mr. Von Maltzahn en uitgesproken ter openbare zitting van 7 april 1999 in tegenwoordigheid van de griffier.

md



Mr. ABB Beelaard
griffier van de
Arbeidsrechtbank te 's-Gravenhage
op heden 7-4-'99



41919
Heden, de zestiende
op verzoek van:

april negentienhonderd negenennegentig,

1. Aleksander Danikovic, wonende te Belgrado,
 2. Radomir Zikovic, wonende te Belgrado,
 3. Vladimir Kostic, wonende in Jagodina,
 4. Filip Gavric, wonende in Belgrado,
 5. Vlasta Djurinac, wonende te Pristina,
 6. Goran Vasic, wonende te Pristina,
 7. Milorad Seslija, wonende te Ajvalija,
 8. Mija Seslija, wonende te Ajvalija,
 9. Mile Migailovic, wonende te Vucak,
- voornoemde steden alle gelegen in de Republiek Servië,

te dezer zake domicilie kiezend te 's-Gravenhage aan de Valkenboslaan 72, ten kantore van Mr. A.B.B. Beelaard, die tot procureur wordt gesteld,

heb ik,

Arrondissementsrechtbank
te 's-Gravenhage
aan de Procureur-Generaal
ten deze voornemen te doen.

AAN:

Ministerie
van Defensie
en Ministerie
van Buiten-
landse
Zaken
f.i.

de STAAT DER NEDERLANDEN, /zetelend te 's-Gravenhage aan de Kazernestraat 52, ten parkette van de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden, aldaar mijn exploit doende, sprekende met en afschrift dezes latende aan:
Dhr F.R. van Diggele, aldaar werkzaam

voor ieder der
Ministeries
f.i.

AANGEZEGD:

dat mijn verzoekers in hoger beroep komen van het door de President van de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage op 7 april 1999 onder rolnummer KG 99/339 in kort geding gewezen vonnis tussen mijn requiranten als eisers en gerequireerden als gedaagden;

en heb ik, deurwaarder, de Staat der Nederlanden

GEDAGVAARD:

/x/ om op donderdag ~~tweëntwintig~~ april negentienhonderd
negenennegentig, des morgens om 10 uur, vertegenwoordigd door
negenen- een procureur, te verschijnen ter terechtzitting van het
twintigste Gerechtshof te 's-Gravenhage, welke terechtzitting zal worden
f.i. gehouden in het Paleis van Justitie te 's-Gravenhage aan de
Prins Clauslaan 60 aldaar;

TENEINDE:

alsdan en aldaar te horen eis doen en concluderen dat het het Hof moge behagen te vernietigen het vonnis, op 7 april 1999 onder rolnummer KG 99/339 in kort geding door de President van de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage tussen partijen gewezen en, opnieuw rechtdoende, alsnog bij arrest, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,

zolang een resolutie van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties die tot het gebruik van geweld tegen de Federale Republiek Joegoslavië opdracht geeft of daartoe bepaald machtigt, ontbreekt,

de Staat der Nederlanden te bevelen om zich met onmiddellijke ingang te onthouden van (deelname aan) verder oorlogsgeweld tegen de Federale Republiek Joegoslavië, alsmede de NAVO-bondgenoten er terstond van in kennis te stellen dat Nederland zich van verder geweld jegens de Federale Republiek Joegoslavië onthoudt, en tevens de Staat te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding van f 1000.- aan elk der appellanten bij wijze van (voorlopige en vooralsnog alleen immateriële) schadevergoeding, vanwege de grote spanningen waaraan zij bloot staan, c.q. hebben gestaan als gevolg van de voortdurende bedreiging van hun leven en hun welzijn door de toepassing van onrechtmatig oorlogsgeweld van de zijde van de Staat jegens hen,

met veroordeling van geïntimeerden in de kosten in beide instanties.

DE GRIEVENInleiding

In appèl dienen de vorderingen van appellanten - uit hun aard - uitdrukkelijk ook aldus te worden verstaan dat het daarin gevraagde bevel om zich met onmiddellijke ingang te onthouden van (deelname aan) verder oorlogsgeweld tegen de FRY geacht moet worden eveneens betrekking te hebben op een situatie waarin weliswaar een staakt-het-vuren tot stand is gekomen, dan wel een

vredesakkoord, doch de Staat, in samenwerking met de NAVO-partners, zich niettemin het recht voorbehoudt om, indien de FRY naar hun oordeel niet of niet in voldoende mate aan de termen voor dat staakt-het-vuren, dan wel dat akkoord, tegemoetkomt, het oorlogsgeweld tegen de FRY te hervatten, zonder dat de Veiligheidsraad een resolutie zal hebben aanvaard die tot het gebruik van zodanig oorlogsgeweld opdracht geeft of daartoe bepaaldelijk machtigt.

Aanvulling van de eis

Voorts willen appellanten de vorderingen aanvullen met de eis dat de Staat wordt veroordeeld tot het betalen van de schadevergoeding van f 1000.- aan elk der appellanten, bij wijze van (voorlopige en vooralsnog alleen immateriële) schadevergoeding, vanwege de grote spanningen waaraan zij bloot staan als gevolg van de voortdurende bedreiging van hun leven en hun welzijn door de toepassing van onrechtmatig oorlogsgeweld van de zijde van de Staat jegens hen.

Zodat het gevorderde in appèl komt te luiden zoals hierboven weergegeven.

Alles wat appellanten in eerste aanleg hebben aangevoerd en gesteld en al hetgeen zij daartoe in het geding hebben gebracht, maakt opnieuw deel uit van deze procedure in hoger beroep.

Ten onrechte heeft de President in het bestreden vonnis het gevorderde in eerste aanleg afgewezen.

Dit vonnis wordt bestreden op de navolgende gronden:

Grief I

Ten onrechte zijn - aanvankelijk - eisers in eerste aanleg in de kosten veroordeeld.

Het gevorderde had dienen te worden toegewezen, zodat de kostenveroordeling ten onrechte bij - aanvankelijk - eisers is terecht gekomen.

Grief II

onderdeel 1

Ten onrechte wordt in het bestreden vonnis onder 2.2., waarin de belangrijkste rechtsgronden geacht moeten worden te zijn vervat waarop - aanvankelijk - eisers zich beroepen om hun vorderingen te schragen, geen melding gemaakt van het feit dat de belangrijkste rechtsgrond waarop - aanvankelijk - eisers, allen gemobiliseerde soldaten in werkelijke dienst van het Joegoslavische leger, zich beroepen, is de onrechtmatige

dreigende aantasting van het belangrijkste hun toekomstige mensenrecht, namelijk het recht op leven, dat door het onrechtmatige oorlogsgeweld waaraan de Staat der Nederlanden in het kader van geïntegreerde NAVO-acties deelneemt, dan wel eventueel opnieuw dreigt deel te nemen, doelgericht en opzettelijk in de waagschaal wordt gesteld. In het kader van deze geïntegreerde NAVO-acties, waarin Nederland participeert, is het zelfs de expliciete opzet om hen, als combattanten van het Joegoslavische leger, fysiek uit te schakelen.

Daarnaast wordt onder 2.2, eveneens ten onrechte, onvermeld gelaten dat door - thans - appellanten ook een beroep wordt gedaan op de evenzeer dreigende schending van andere subjectieve rechten als gevolg van onrechtmatig oorlogsgeweld, zoals een schending van het recht op gezondheid, het recht op eigendom, benevens van een groot aantal andere mensenrechten en subjectieve rechten, die door het streven om hen middels onrechtmatig oorlogsgeweld zoveel mogelijk afbreuk te doen, geschonden dreigen te worden.

Het bepaalde in de artikelen 6 IVBPR en 2 EVRM waarop - aanvankelijk - eisers primair een beroep doen, heeft bij uitstek rechtstreekse werking, terwijl hetzelfde geldt voor de normen die andere hierboven bedoelde subjectieve rechten bescherming bieden.

Ook in oorlogssituaties is bescherming van het recht op leven in het geding, zoals nog maar kort geleden in de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof van 8 juli 1996 onder 85 (prod. 4 in eerste aanleg) wordt bevestigd.

Het recht op leven is slechts dan - nader geclausuleerd - opgeschort, indien het gaat om rechtmatige oorlogshandelingen, zoals in artikel 15 lid 2 EVRM wordt aangegeven.

Dit wordt ook door de Staat nog eens onderschreven in het Memorandum van de Staat der Nederlanden, ingebracht in de procedure voor het Internationaal Gerechtshof leidend tot de uitspraak van het Hof van 8 juli 1996 (prod. 4 in eerste aanleg, ad 27).

Hieruit valt af te leiden dat de bescherming van het recht op leven ook als absoluut heeft te gelden in situaties van onrechtmatig oorlogsgeweld.

Dit veronderstelt echter noodzakelijkerwijs dat voor de rechter ook kenbaar en beoordeelbaar moet zijn of er in enige omstandigheid van (dreigend) oorlogsgeweld sprake is van (dreigende) "lawfull acts of war", dan wel "unlawfull acts of war".

Hetgeen op zijn beurt weer zonder meer veronderstelt dat een oordeel over de vraag of het in het geval van oorlogsgeweld sprake is van (dreigende) "lawfull acts of war", dan wel "unlawfull acts of war", - d.w.z. schending van het agressieverbod, van het interventieverbod, van het verbod tot het gebruik van disproportioneel oorlogsgeweld, van het gebruik van ontoelaatbare wapensystemen of ontoelaatbare methodes van oorlogvoering, etc. - , niet alleen aan staten is voorbehouden, doch dat noodzakelijkerwijs ook de rechter geacht moet worden daarover te kunnen en ook te moeten oordelen.

Zou aan de norm van het agressieverbod, het interventieverbod, het verbod van disproportioneel wapengeweld, het verbod van verboden wapens en verboden methoden van oorlogvoering, etc., rechtstreekse werking worden ontzegd, dan zou dat impliceren dat de rechter daarover geen oordeel zou kunnen vellen, hetgeen dan zou betekenen dat rechtstreekse werking van fundamentele mensenrechten als het recht op leven in oorlogssituaties geheel zou zijn geblokkeerd en gefrustreerd.

Dit zou ook niet te rijmen zijn met het feit dat voor een oordeel of een (dreigende) aantasting van het recht op leven onrechtmatig is, dan wel de situatie zich voordoet als bedoeld in artikel 15 lid 2 EVRM, een rechterlijk oordeel ook hierover onontbeerlijk is.

Of de mogelijkheid tot een zodanig rechterlijk oordeel nu ontleend wordt aan de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen, waarin de normen die uitmaken of een bepaald oorlogsgeweld rechtmatig is of niet zijn vervat, aan het volkenrechtelijk gewoonterechtelijke karakter met jus cogens - status van deze normen zelf, of aan een zekere reflexwerking hiervan, is daarbij om het even.

Aldus overwegend had de President in het bestreden vonnis met veel grotere kracht en stelligheid dienen vast te stellen, dat uiteraard een rechterlijk oordeel over de rechtmatigheid van het (dreigen met) oorlogsgeweld als in het onderhavige geval niet alleen mogelijk is, maar zelfs een obligatoir karakter draagt, dan door de voorzichtige formulering te kiezen onder 3.5 van het bestreden vonnis, dat "bij deze stand van de jurisprudentie (...) rekening (moet) worden gehouden met de mogelijkheid dat onder omstandigheden aan het in het Handvest neergelegde verbod tot agressie en tot non-interventie (bedoeld zal zijn: het interventieverbod) rechtstreekse werking wordt toegekend", is gebeurd.

onderdeel 2

Ten onrechte wordt onder 2.2. voorts geen melding gemaakt van het feit dat - aanvankelijk - eisers er bij pleidooi uitdrukkelijk op hebben gewezen dat (het) (dreigen met) (verder) oorlogsgeweld van Nederland in NAVO-verband om de FRY tot instemming met enige akkoord met volkenrechtelijke status te dwingen ook alleen al daarom onrechtmatig is, aangezien artikel 52 van het Weens Verdragenverdrag bepaalt dat:

"Elk verdrag is nietig, waarvan de totstandkoming is bereikt door bedreiging met of gebruik van geweld in strijd met de beginselen van het volkenrecht, neergelegd in het Handvest van de Verenigde Naties."

Mitsdien heeft de Staat zich ook uit dien hoofde van (het) (dreigen met) (verder) oorlogsgeweld jegens de FRY en jegens eisers te onthouden.

Ten onrechte wordt een zodanig oordeel in het bestreden vonnis gemist, nu immers het afdwingen van (implementatie van) een door

de FRY te ondertekenen vredesakkoord als een belangrijk doel - en tevens rechtvaardiging - voor (dreiging met) (nieuw) oorlogsgeweld jegens de FRY wordt gegeven. (Dreigen met) (hernieuwd) oorlogsgeweld om een dergelijk resultaat af te dwingen is echter ook alleen al daarom onrechtmatig en ontoelaatbaar, zo had bepaaldelijk in het bestreden vonnis behoren te worden vastgesteld.

onderdeel 3

Onder 2.2 wordt er weliswaar melding van gemaakt dat - aanvankelijk - eisers aan het gevorderde mede ten grondslag hebben gelegd dat het gebruik van onrechtmatig oorlogsgeweld een misdrijf vormt tegen de vrede, maar wordt ten onrechte achterwege gelaten er melding van te maken dat - aanvankelijk - eisers tevens hebben aangevoerd dat ook reeds het beramen van een dergelijk onrechtmatig oorlogsgeweld een misdrijf tegen de vrede vormt.

Zou na een staakt-het-vuren of na een vredesakkoord, het onrechtmatig oorlogsgeweld door de Staat dreigen te worden hervat, zal reeds dit voornemen derhalve opnieuw een misdrijf tegen de vrede vormen.

onderdeel 4

Wat een misdrijf tegen de vrede is, wordt omschreven in artikel 6 van het Handvest van Neurenberg. In het bestreden vonnis wordt er onder 2.2 ten onrechte geen melding van gemaakt dat - aanvankelijk - eisers zich ook rechtstreeks beroepen op artikel 6 van het Handvest van Neurenberg, waar zij zich keren tegen het onrechtmatig oorlogsgeweld dat door de Staat doelbewust op hen wordt gericht, teneinde hen fysiek uit te schakelen.

Artikel 6 van het Handvest van Neurenberg luidt, voor zover hier van belang:

"Het maken van plannen voor, het voorbereiden van, het nemen van initiatieven tot, of het voeren van een aanvalsoorlog of een oorlog in strijd met internationale verdragen, overeenkomsten of verzekeringen, of deelneming aan een gemeenschappelijk plan of samenzwering voor het verrichten van bovengenoemde handelingen",

worden gekwalificeerd als misdrijven tegen de vrede.

Artikel 6 van het Handvest van Neurenberg besluit dan:

"Leiders, organisatoren, zij die hebben uitgelokt en medeplichtigen, die hebben deelgenomen aan het opstellen of uitvoeren van een gemeenschappelijk plan of samenzwering om één van de bovengenoemde misdrijven te begaan, zijn aansprakelijk voor alle daden, die door personen ter uitvoering van dit plan zijn verricht". (Stcrt. 1946,18)

Grief III

Ten onrechte wordt onder 3.1 van het bestreden vonnis overwogen dat - toen - eisers ter zitting zouden hebben gesteld dat de vorderingen zouden worden beheerst door Nederlands recht. Eisers hebben duidelijk aangegeven dat de vorderingen worden beheerst door Nederlands recht en het op deze casus betrekking hebbende internationale recht.

Grief IV

onderdeel 1

Terecht wordt door de President in het bestreden vonnis onder 3.7 overwogen dat - aanvankelijk - eisers als militairen in het leger van de FRY de kans lopen het slachtoffer te worden van luchtaanvallen.

Ook in de situatie van een staakt-het-vuren, waarin de Staat zich het recht voorbehoudt de akties in NAVO-verband te hervatten dreigt opnieuw een situatie te ontstaan waarin - thans - appellanten doelbewust en opzettelijk tot slachtoffer worden gemaakt.

Terecht wordt dan ook onder 3.7 voorts overwogen, dat in zoverre de mogelijkheid bestaat dat hun recht op leven wordt aangetast. Terecht wordt ten slotte onder 3.7 overwogen, dat een dergelijke aantasting gerechtvaardigd kan zijn, indien er sprake is van rechtmatige oorlogshandelingen.

Terecht wordt voorts onder 3.8 overwogen dat de Staat zich ter rechtvaardiging van zijn oorlogshandelingen, dan wel in de toekomst eventueel opnieuw dreigende oorlogshandelingen, beroept op resolutie 1199 van de Veiligheidsraad en het feit dat deze resolutie in het teken van Hoofdstuk VII van het Handvest van de Verenigde Naties is gezet.

Terecht overweegt de President onder 3.10 voorts dat resolutie 1199 is genomen op basis van de bepalingen van Hoofdstuk VII van het Handvest.

En voor zover met de zinsnede: "Dit hoofdstuk staat de mogelijkheid van het ondernemen van militaire aktie toe", onder 3.10, wordt bedoeld dat indien een Veiligheidsraadsresolutie in het teken van dit hoofdstuk wordt gesteld, het treffen van dwangmaatregelen daarmee voor de Veiligheidsraad tot de mogelijkheden gaat behoren, wordt ook dit terecht overwogen. Volkomen terecht - en dat kan niet genoeg benadrukt worden - wordt dan ook in de daarop volgende zinsnede onder 3.10 overwogen:

"Zij het dat daartoe dan besloten dient te worden door de Veiligheidsraad."

Daaraan is echter diametraal tegengesteld, daarmee is volkomen inconsistent en een en ander laat zich in geen enkel opzicht ermee rijmen dat vervolgens onder 3.12 wordt overwogen als daar weergegeven:

"De omstandigheid dat niet de Veiligheidsraad, maar de NAVO-raad vervolgens heeft besloten tot het ondernemen van militaire acties teneinde de FRJ te bewegen tot naleving van de resolutie 1199 kan niet op voorhand als onrechtmatig worden aangemerkt, ook al brengt dit voor eisers een zeker risico met zich mee voor hun recht op leven."

Zoals blijkt uit het overwogene onder 3.8 beroept de Staat voor de beweerde rechtmatigheid van zijn oorlogsgeweld zich op resolutie 1199 van de Veiligheidsraad en het Handvest van de Verenigde Naties.

De schending van deze resolutie zou oorlogsgeweld tegen de FRY legitimeren, omdat deze resolutie in het teken van Hoofdstuk VII van het Handvest van de Verenigde Naties zou staan.

Maar vervolgens geeft de rechter zelf, volkomen terecht, onder 3.10 aan, dat voor het zover kan komen, "daartoe dan besloten dient te worden door de Veiligheidsraad".

Het is van algemene bekendheid dat een dergelijk besluit door de Veiligheidsraad nimmer is genomen.

En dan plotseling, als een deus ex machina, komt de President met de overweging dat het feit dat niet de Veiligheidsraad, maar de NAVO een dergelijk besluit heeft genomen evenzeer legitimerend zou werken als wanneer de Veiligheidsraad zelf een dergelijk besluit zou hebben genomen.

Dat staat weliswaar niet letterlijk zo in 3.12.

Wat er staat is dat het feit dat de NAVO heeft besloten tot militair geweld jegens de FRY niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt. Maar ook al zou strikt genomen het louter nemen van een besluit door de NAVO tot het toepassen van oorlogsgeweld op zich niet onrechtmatig zijn, het gaat natuurlijk om het uitvoeren van een dergelijk besluit en dat is dan ook precies wat hier aan de orde is (dan wel opnieuw aan de orde dreigt te komen bij een blijvende dreiging van hervatting van het oorlogsgeweld na een akkoord of staakt-het-vuren).

En dat is wat hier in overweging 3.12 bij een redelijke interpretatie ook geacht moet worden bedoeld te zijn.

De President geeft hiermee behalve onder 3.12 aan dat toepassing van oorlogsgeweld door de NAVO voor rechtmatig moet worden gehouden, nu daartoe niet door de Veiligheidsraad is besloten, maar door de NAVO.

De President is hier kennelijk een gloednieuw leerstuk op het spoor in het volkenrecht, inhoudende dat de NAVO-raad even competent is als de Veiligheidsraad, als het gaat om besluiten die zijn gebaseerd op het Handvest van de Verenigde Naties.

Tot de ontdekking van dit nieuwe volkenrechtelijke leerstuk is de President kennelijk krachtig opgewekt door de Staat, die - net als zijn NAVO-bondgenoten - de openbaring van dit nieuwe leerstuk al eerder deelachtig was geworden.

Dat leerstuk luidt dus kennelijk - kort en goed - dat de

NAVO-raad, op gelijke voet met de Veiligheidsraad, competent is in aangelegenheden van het Handvest van de Verenigde Naties, zodat overal waar in dit Handvest gesproken wordt van "de Veiligheidsraad" tevens gelezen kan worden "de NAVO-raad", met bovendien de aantekening dat in aangelegenheden waar de Veiligheidsraad "er verder niet uit komt", de besluitvormingsbevoegdheid automatisch verschuift van de Veiligheidsraad naar de NAVO-raad.

Deze herschrijving van het Handvest van de Verenigde Naties, waarin de NAVO-raad als besluitvormend orgaan in de oorspronkelijke ook aan appellanten bekende versie geheel ontbreekt, zou inmiddels in stilte zijn beklonken en is appellanten tot hun spijt geheel ontgaan.

En omdat de NAVO-raad inmiddels, op gelijke voet met de Veiligheidsraad, geacht moet worden in aangelegenheden van het Handvest van de Verenigde Naties competent te zijn, is een besluit tot geweldstoepassing van de NAVO-raad thans even legitimerend als een besluit van de Veiligheidsraad dat is, zo simpel is het voortaan.

Voortaan is dan ook oorlogsgeweld waartoe door de NAVO wordt besloten in het kader van Hoofdstuk VII van het Handvest van de Verenigde Naties, in beginsel even rechtmatig als oorlogsgeweld waartoe in dat Handvest-kader door de Veiligheidsraad wordt besloten.

Toen de President tot zijn geloofsaanname van zijn dit door de Staat verkondigde nieuwe leerstuk geraakte, verloor hij klaarblijkelijk uit het oog dat onafhankelijkheid de enige echt wezenlijke bestaansgrond vormt van de institutie die hij vertegenwoordigt.

Een onafhankelijkheid die hij in zo'n cruciale kwestie had hoog te houden tegenover de Staat, die in dit verband in processu niets beter te berde heeft weten te brengen dan het als een Tibetaanse gebedsmolen herhalen van de steeds in dezelfde afgepaste bewoordingen gestelde, armetierige frase:

"De Nederlandse regering is van oordeel dat de blijvende weigerachtigheid om Veiligheidsraadsresolutie 1199 uit te voeren militair optreden in NAVO-verband in voldoende mate legitimeert."

(zie bladzijde 3 pleidooi van de Staat in eerste aanleg)

Diezelfde frase wordt ook, in dezelfde afgepaste bewoordingen, door de andere NAVO-landen voortdurend op exact dezelfde wijze gebezigd, waaruit op zich al duidelijk kan worden afgeleid dat hier sprake is van onderlinge afstemming en van een gezamenlijk besloten strategie van de NAVO-landen.

Van deze gezamenlijke strategie maakt onmiskenbaar deel uit dat uitdrukkelijk is besloten met deze pseudo-juridische argumentatie te volstaan.

Er wordt dan ook geen titel of jota aan toegevoegd. De plaat wordt alleen steeds weer opnieuw afgedraaid.

Er was voor de President geen enkele reden om deze geheel niet onderbouwde, in onderling NAVO-verband bekokstoofde quasi-juridische prietpraat als nieuwe geloofsleer te omhelzen. Des te kwalijker is hier het prijsgeven van de rechterlijke onafhankelijkheid door het klakkeloos volgen van de Staat, nu het hier in de meest letterlijke zin gaat om een zaak van leven of dood van - thans - appellanten en op deze wijze de rechtsbescherming die appellanten bij de onafhankelijke rechter probeerden in te roepen tegen de Staat der Nederlanden, die hen rechtstreeks en direct naar het leven staat, op voorhand al werd verkwanseld.

Aanvankelijk-eisers hebben bij pleidooi in eerste aanleg uitvoerig uiteengezet dat, in een zaak als deze waarin hun recht op leven rechtstreeks door de Staat wordt belaagd, het aan de Staat is om te bewijzen, dan wel toch in elk geval aannemelijk te maken, dat deze aanslag van de Staat op hun leven op een rechtmatige grondslag berust.

Waarbij voorts door - toen - eisers is aangevoerd dat het gebruik van oorlogsgeweld en het dreigen daarmee sinds de totstandkoming van het Handvest van de Verenigde Naties in beginsel buiten de wet is gesteld en nog slechts in nauwkeurig in het Handvest omschreven gevallen is toegestaan, zodat hier sprake is van een situatie van nee, tenzij. Ook hieruit volgt dat de Staat met duidelijke bewijzen moet komen, dat het oorlogsgeweld dat hij toepast, c.q. eventueel opnieuw dreigt toe te passen, rechtmatig is.

Slaagt de Staat daar niet in, dan dient de onafhankelijke rechter zulk oorlogsgeweld te verbieden en ogenblikkelijk een einde te maken aan de aanslagen die de Staat onderneemt op het leven van - thans - appellanten, dan wel meent in de toekomst, na een staakt-het-vuren, te kunnen ondernemen tegen appellanten.

Het is niet de bedoeling van onafhankelijke rechtspraak dat de rechter de Staat dan laat weggelaten met een voortdurend jegens de Tweede Kamer, de politici, de pers, de media en de rechter in exact dezelfde bewoordingen herhaalde standaard-frase, waaraan geen titel of jota wordt toegevoegd en die niet anders kan worden betiteld als pseudo-juridische fraseologie. Nochtans is dat wel wat onder 3.12 van de bestreden uitspraak heeft plaatsgevonden.

onderdeel 2

En het kan ook niet zo zijn dat de rechter, in een dergelijke zaak van leven of dood van appellanten, er zelf mee weggelaten zijn oordeel op dit punt volstrekt ongemotiveerd te laten en ermee te volstaan hier alleen maar dicht tegen de Staat aan te kruipen. Voor zijn cruciale oordeel onder 3.12 dat - aanvankelijk - eisers, ook al is hun recht op leven in het geding, zoals de President hier zelf vaststelt, geweld in NAVO-verband van de Staat maar op gelijke voet als rechtmatig hebben te accepteren als wanneer daartoe door de Veiligheidsraad zou zijn besloten, wordt immers werkelijk geen schijn van argumentatie gegeven.

In zijn meest naakte vorm wordt hier zonder meer de opvatting van de Staat gevolgd.

Thans-appellanten hebben bij pleidooi in eerste aanleg het ius cogens-karakter van het Handvest uiteengezet en in een bijlage toegelicht.

Natuurlijk kan juist vanwege dit ius cogens-karakter, van het Handvest niet worden afgeweken.

Artikel 53 van het Weens Verdragenverdrag omschrijft het ius cogens aldus:

"Voor de toepassing van dit Verdrag is een dwingende norm van algemeen volkenrecht een norm die aanvaard en erkend is door de internationale gemeenschap van Staten in haar geheel als een norm, waarvan geen afwijking is toegestaan en die slechts kan worden gewijzigd door een latere norm van algemeen volkenrecht van dezelfde aard."

Het Handvest geeft bij exclusiviteit de Veiligheidsraad bevoegdheid om in het kader van Hoofdstuk VII de geëigende dwangmaatregelen vast te stellen.

Daarop kan dus niet worden "ingebroken", ook niet door een bondgenootschap van de machtigste staten van de wereld, die in hun machtsarrogantie menen de bevoegdheid van de Veiligheidsraad te kunnen usurperen, zoals bij pleidooi in de eerste aanleg en in de bij de stukken in de eerste aanleg bijgevoegde conclusie van eis uitvoerig is uiteengezet.

Voorzover de Staat het nu plotseling, achteraf, zou willen doen voorkomen alsof de legitimatie van het (dreigende nieuwe) oorlogsgeweld niet binnen het systeem van het Handvest zou moeten worden gezocht, maar daarbuiten, namelijk in wat wel als het zogenaamde leerstuk van de humanitaire interventie wordt aangemerkt, moet allereerst worden opgemerkt dat de baaierd van vernietiging die door de NAVO-bombardementen wordt aangericht, op zich al aangeeft dat elke humanitaire pretentie een alles verslindend cynisme vormt.

Voorzover dus de Staat nu opeens inderdaad een dergelijke rechtvaardiging niet langer binnen maar buiten het Handvest van de Verenigde Naties zou willen zoeken, wordt verwezen naar wat - aanvankelijk - eisers daarover hebben opgemerkt in de ingebrachte conclusie van eis, tevens nadere memorie (bladzijde A-13 t/m A-23) en bij pleidooi in eerste aanleg (bladzijde 9 t/m 13).

Alles wat daar wordt gesteld, moet hier als herhaald en ingelast worden beschouwd.

Waarbij dan met name nog eens expliciet naar voren moet worden gehaald dat:

1. Gelet op het ius cogens-karakter van het geweldsverbod en interventieverbod, zijnde ius cogens het hoogste recht, het niet voorstelbaar is dat er normen zouden zijn die daar nog boven zouden gaan.

2. Als er al normen boven de van ius cogens zijnde normen van het geweldsverbod en het interventieverbod zouden kunnen gaan - quod non -, dit althans in casu alleen al daarom niet het geval kan zijn, aangezien hier door de NAVO geweld gebruikt wordt dat uiteindelijk feitelijk ten dienste komt van de gewapende separatistische beweging van één bevolkingsgroep in het betrokken gebied, met voorzienbare catastrofale gevolgen voor (de rechten van) andere bevolkingsgroepen in dat gebied.

3. Als er al normen boven de van ius cogens zijnde normen van het geweldsverbod en interventieverbod zouden gaan - quod non -, kan dit althans in casu alleen al daarom geen opgeld doen, nu de geweldgebruikende en de het interventieverbod schendende NAVO-landen wél tegen de FRY zodanig geweld aanwenden, maar dat niet wensten te doen tegen Kroatië, toen dat in één klap 200.000 Serviërs uit de Krajina verdreef en daarbij duidenden Servische burgers vermoordde, welke actie zelfs door diezelfde NAVO-landen politiek en militair werd gesteund, alsmede evenmin geweld wensten toe te passen tegen Turkije, toen dit de Koerden te vuur en te zwaard verdreef uit Oost-Turkije, waarbij meer dan 200.000 doden zijn gevallen (zie prods. 12 en 13 in eerste aanleg), zodat de schending van het interventieverbod en het agressieverbod hier, ook in het licht van zogenaamde humanitaire bewogenheid, een volkomen arbitrair karakter krijgt. Dit arbitraire karakter verdraagt zich niet met de gelijkwaardigheid van staten als basisprincipe van het volkenrecht, op grond waarvan staten ook jegens elkaar aanspraak kunnen maken op een gelijke bejegening in gelijke gevallen.
Dit betekent dat, indien Kroatië en Turkije erop kunnen rekenen in gevallen van grootscheepse etnische schoonmaak verschoond te blijven van beweerdelijk "humanitaire" geweldstoepassing door de NAVO-landen, ook Joegoslavië erop moet kunnen rekenen bij beweerdelijk massaal gewelddadig optreden tegen een separatistische beweging op haar territorium evenzeer van zogenaamd "humanitair" optreden verschoond te blijven.
Het ius cogens-karakter van het agressieverbod en het interventieverbod kan in elk geval niet wijken voor zogenaamd "humanitair" geweld, dat naar volstrekke willekeur alleen bepaalde staten treft.

4. Als het van ius cogens-karakter zijnde agressieverbod en interventieverbod - dat nog eens expliciet wordt bevestigd in artikel 3 van het ook door de Staat geratificeerde Tweede Aanvullende Protocol bij de Verdragen van Genève - al zou kunnen wijken voor zoiets als "humanitair geweld" - quod non -, dan behoort dit in elk geval zo effectief en doelgericht mogelijk te worden uitgevoerd.
Dit zou dan in casu betekenen het binnentrekken met grondtroepen van het betrokken gebied om dit te bezetten en te pacificeren. Niet het lafhartig vernietigen van een heel land met terreurbombardementen, omdat men de moed niet heeft om daadwerkelijk grondtroepen in te zetten.

Hetgeen dan tot gevolg heeft dat door de verwoestingen op grote schaal de burgerbevolking van het gehele land zwaar wordt getroffen in haar fundamentele rechten op een menswaardig bestaan, terwijl tegelijkertijd de bevolkingsgroep die men beoogt te willen "helpen", daardoor vooralsnog juist extra wordt getroffen. Hun bestaansvoorwaarden worden evenzeer vernietigd, nu de civiele infrastructuur en de economie van de gehele FRY wordt vernietigd door wekenlange barbaarse bombardementen.

5. Naast de eis van effectiviteit dient voor zgn. "humanitair" oorlogsgeweld, voorzover rechtmatig - quod non -, in elk geval ook de eis van proportionaliteit te worden gesteld. Deze eis van proportionaliteit geldt te allen tijde voor elk oorlogsgeweld, zoals ook in de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof van 8 juli 1996 over de (on)rechtmatigheid van het gebruik van kernwapens en het dreigen daarmee nog eens uitdrukkelijk wordt bevestigd (prod. 4, ad 41 en 42). Dit proportionaliteitsbeginsel wordt in elk geval in casu zwaar geschonden, nu Joegoslavië naar de Middeleeuwen wordt terug gebombardeerd, hetgeen de bestaansvoorwaarden van de gehele Joegoslavische bevolking van meer dan 10 miljoen mensen, inclusief de bewoners van Kosovo, voor onafzienbare tijd vernietigt.
6. Een zuiver militair bondgenootschap is per definitie nimmer geschikt voor het uitvoeren van zgn. "humanitair geweld", indien dit al, in afwijking van het handvest, geoorloofd zou zijn - quod non -. Een militair bondgenootschap kan zich namelijk niet permitteren te "falen", d.w.z. er niet in te slagen militair zijn wil op te leggen. Dit torpedeert een gerichtheid op het tijdig inzetten van diplomatieke middelen. Een dergelijke inzet zou immers uitgelegd worden als "verliezen", en daarmee de geloofwaardigheid van het militair bondgenootschap aantasten. Een militair bondgenootschap staat daarmee per definitie haaks op het uitvoeren van zgn. "humanitaire operaties", waarvoor, als deze al, in afwijking van het Handvest, juridisch voor mogelijk zouden moeten worden gehouden - quod non -, in elk geval als voorwaarden geformuleerd zouden moeten worden bereidheid tot tijdige diplomatie, flexibiliteit en de bereidheid om op elk moment over te gaan tot niet-militaire oplossingen. Gelet op de geloofwaardigheid die een militair bondgenootschap koste wat het kost overeind denkt te moeten houden, mist dit uit zijn aard de daarvoor benodigde instelling en eigenschappen. Met andere woorden: uit zijn aard kan de NAVO niet functioneren als een "Leger des Heils".
7. Afwijking van regels van ius cogens, zoals het interventieverbod en het geweldverbod, is slechts mogelijk - zo geeft ook artikel 53 van het Weens Verdragenverdrag aan -, indien er sprake is van het totstandgekomen zijn van:

"een latere norm van algemeen volkenrecht van dezelfde aard."

Daarvoor is nodig dat zich een *opinio juris* heeft gevestigd. Niet kan zomaar worden aangenomen dat een zodanige *opinio juris* zich heeft ontwikkeld, als een handvol westers-georiënteerde volkenrecht "deskundigen" roepen dat dit zo langzamerhand wel geacht mag worden het geval te zijn. Een *opinio juris* kan zich immers alleen vestigen bij een langdurige statenpraktijk. En kan ook nimmer totstandkomen in een situatie waarin de voorstanders van een dergelijke *opinio juris* in evenwicht worden gehouden door de tegenstanders daarvan. Zolang vaste leden van de Veiligheidsraad, zoals China en Rusland, gesteund door een groot aantal andere landen van de niet-westerse wereld, alsmede door een groot aantal volkenrechts-geleerden, zich verzetten tegen de rechtmatigheid van afwijking van het Handvest van de Verenigde Naties, kan nimmer een statenpraktijk groeien, waarin een *opinio juris* is uitgekristalliseerd die een dergelijke afwijking ten gunste van zgn. "humanitair geweld" toestaat.

Voor het niet totstandkomen van een afwijkende *opinio juris*, zolang daartegen voortdurend verzet bestaat, wordt verwezen naar het voorbeeld van de rechtmatigheid van kernwapens, zoals behandeld door rechter Shahabuddeen in zijn "opinion" bij de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof van 8 juli 1996: als kernwapens vanaf het begin onrechtmatig waren, dan kan daarin geen verandering zijn gekomen middels een latere *opinio juris*, gelet op de voortdurende tegenstand tegen de rechtmatigheidsthese omtrent kernwapens. Waren kernwapens echter vanaf het begin rechtmatig, dan hebben de voorstanders van deze rechtmatigheid effectief verhinderd dat er een *opinio juris* zich heeft uitgekristalliseerd die ze later onrechtmatig heeft gemaakt.

DEEL I. INLEIDENDE UITEENLOPENDE KWESTIES

1. De hoofdzaak

De aanvang van het atoomtijdperk vormt een juridisch referentiepunt voor de onderhavige zaak. Eén argument was dat, op dat tijdstip, het gebruik van kernwapens niet verboden was volgens internationaal recht, maar dat later een verbodsregel ontstond, waarbij de noodzakelijke *opinio juris* zich ontwikkelde onder de gecombineerde invloeden van het algemene verbod van het gebruik van geweld dat is neergelegd in artikel 2, lid 4, van het Handvest, en van het groeiende besef van en gevoeligheid voor de kracht van kernwapens. Met het oog op het standpunt dat in de laatste vijf decennia is ingenomen door de voorstanders van de rechtmatigheid van het gebruik van kernwapens (hierna te noemen "voorstanders van rechtmatigheid"), zal het moeilijk zijn vast te stellen dat de noodzakelijke *opinio juris* later is uitgekristalliseerd, indien deze niet al eer-

der bestond. Die redenering werd niet gevolgd door de meeste voorstanders van de onrechtmatigheid van het gebruik van kernwapens (hierna te noemen "voorstanders van onrechtmatigheid").

Het standpunt dat in het algemeen werd ingenomen door de voorstanders van onrechtmatigheid, was dat bij de aanvang van het atoomtijdperk een verbodsregel bestond, en dat verdere ontwikkelingen alleen maar getuigden van het voortdurende bestaan van die regel. Van hun kant stelden de voorstanders van rechtmatigheid zich op het standpunt dat zo'n verbodsregel nooit bestaan heeft en dat verdere ontwikkelingen alleen getuigden van het voortdurende niet-bestaan van een dergelijke regel en van het bestaan van een ermee corresponderend recht om kernwapens te gebruiken. Geen discussiepunt was of een verbodsregel, aannemende dat deze bij de aanvang van het atoomtijdperk bestond, zou zijn ingetrokken of gewijzigd door de ontwikkeling van een latere tegenovergestelde regel²; indien dat was bepleit, zou het standpunt ingenomen door de voorstanders van onrechtmatigheid de ontwikkeling van de *opinio juris* verhinderen die noodzakelijk is voor het vervolgens ontstaan van een regel die gebruik van kernwapens toestaat, en dit zou met name zo zijn indien de vroegere verbodsregel tot het *ius cogens*** behoorde. Dit zou het geval geweest zijn indien enige van de humanitaire beginselen waarop de eerdere verbodsregel was gebaseerd, zelf tot het *ius cogens* behoorden, een mogelijkheid die door paragraaf 83 van het Advies van het Hof wordt opengelaten.

Statenpraktijk is belangrijk, maar moet worden beschouwd in het kader van de aan de orde gestelde kwesties. In het kader van de kwesties die in deze zaak aan de orde zijn gesteld, is de statenpraktijk na de aanvang van het atoomtijdperk niet van een zodanige beslissende betekenis als gesuggereerd wordt door de aandacht die er gedurende de behandeling aan is besteed: het is niet noodzakelijk deze praktijk in enig detail meer en

- * Kort voor: *opinio juris sive necessitatis*, ook wel aangeduid met *opinio necessitatis*, een van de vereisten voor het ontstaan van gewoonterecht. De overtuiging van rechtsplicht; de heersende mening dat iets rechtens behoort. In het internationaal recht moet voor het ontstaan van gewoonterecht de statenpraktijk tot een gewoonte geworden zijn waarvan algemeen wordt aangenomen dat er een rechtsplicht uit gegroeid is. (vert.)
- ² Voor de mogelijkheid dat een regel van internationaal gewoonterecht wordt gewijzigd door latere onverenigbare statenpraktijk, zie *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Merits (Militaire en paramilitaire activiteiten in en tegen Nicaragua, Merites), I.C.J. Reports 1986, p. 109, § 207.
- ** De dwingende normen van algemeen internationaal recht. (vert.)

verder te bekijken dan wat redelijkerwijs duidelijk is, namelijk, dat de tegenstand geboden door de voorstanders van rechtmatigheid de ontwikkeling van een verbodsregel zou hebben verhinderd, indien er voorheen geen bestond, en dat, indien voorheen wel een verbodsregel bestond, de oppositie geboden door de voorstanders van onrechtmatigheid het tenietgaan van de regel zou hebben voorkomen. In beide gevallen zou de rechtstoestand zijn zoals die was bij de aanvang van het atoomtijdperk. De vraag is wat was die rechtstoestand?

Het essentiële punt is dus of bij de aanvang van het atoomtijdperk een regel van internationaal recht bestond die het een staat verbodde gevolgen teweeg te brengen zoals in het vervolg konden worden veroorzaakt door het gebruik van kernwapens. Indien toentertijd niet zo'n regel bestond, is er sindsdien ook geen ontstaan, en is de zaak beslist in het voordeel van de voorstanders van rechtmatigheid. Indien een dergelijke regel toentertijd wel bestond, is die sindsdien ook niet tenietgegaan, en valt de beslissing uit ten voordele van de voorstanders van onrechtmatigheid.

(blz. 167 - 168)

en:

2. *De situatie volgend op de aanvang van het atoomtijdperk*

Een "koppig vasthouden aan gewoonte wekt evenveel beroering als een vernieuwing", zegt Bacon.¹⁷ Aannemend derhalve dat bij de aanvang van het atoomtijdperk een verbodsregel bestond, moet nog onderzocht worden of die regel later werd gewijzigd of tenietgedaan door het ontstaan van een nieuwe regel die in de tegenovergestelde richting werkte: zou het "koppig vasthouden" aan het eerdere verbod van het gebruik van kernwapens als een "beroering wekkend" iets zijn beoordeeld?

Het is noodzakelijk om oog te hebben voor de structuur van het debat. Het argument van sommige staten is dat er geen verbodsregel van het gebruik van kernwapens bestaat of ooit bestaan heeft. Om dit punt te beslissen, is de aanvang van het atoomtijdperk een nuttig referentiepunt. De situatie op dat tijdstip moet worden vastgesteld aan de hand van het recht zoals het toen gold. Latere ontwikkelingen maken geen deel uit van welk proces dan ook dat leidde tot enigerlei regel over het onderwerp zoals toen bestond. Indien de bevinding juist is dat, volgens het recht zoals het bestond bij de aanvang van het atoomtijdperk, toentertijd een verbodsregel bestond, kunnen aanwijzingen voor een latere statenpraktijk niet dienen om die bevinding te weerleggen door aan te tonen dat, in strijd met die bevinding, toentertijd geen verbodsregel bestond. Wat een latere statenpraktijk wel kan doen is een *opinio juris* in het leven roepen dat een nieuwe regel is ontstaan die de oude regel wijzigt of herzielt. Maar er is niet naar voren gebracht dat, indien bij de aanvang van het atoomtijdperk een verbodsregel bestond, deze werd gewijzigd of herzien door het ontstaan van een latere regel die in de tegenovergestelde richting werkt. Nu dit zo is, volgt daaruit dat indien er bij de aanvang van het atoomtijdperk een verbodsregel bestond, die regel nog steeds van kracht is.

Indien in feite zou worden beargumenteerd dat een eventuele eerdere verbodsregel werd tenietgedaan door het ontstaan van een latere regel die in tegenovergestelde richting werkt, komt men ook tot dezelfde conclusie. De krachtige en langdurige oppositie binnen de gelederen van de niet-kernwapenstaten tegen de stelling dat er een wettig recht bestaat om kernwapens te gebruiken, zou voldoende zijn geweest om de ontwikkeling van de *opinio juris* te voorkomen die nodig is om een dergelijke nieuwe regel tot stand te laten komen, en met name zou dat het geval zijn indien de eerdere regel de status van *ius cogens* had. Dit zou het geval geweest zijn indien de humanitaire beginselen waarop de eerdere regel gebaseerd was, die status hadden, welke mogelijkheid wordt opengelaten door paragraaf 83 van het Advies.

Een laatste punt. Aangevoerd werd dat de kernwapenstaten "staten [zijn] die speciaal in hun belangen worden getroffen" in de betekenis van het beginsel dat betrekking heeft op het ontstaan van internationaal gewoonterecht, zoals geformuleerd door het Hof in 1969 (*Zaken betreffende het Continentaal Plat in de Noordzee, I.C.J. Reports 1969*, p. 43, §74) en dat in feite "in het huidige geval een statenpraktijk ten aanzien van de bedreiging met of het gebruik van kernwapens, alleen zou kunnen komen van staten die de status van erkende kernwapenstaat bezitten" (C.R. 95/24, p. 3, vertaling). Het argument is interessant, maar niet overtuigend. Waar de rechtmatigheid van het gebruik van een wapen ter discussie staat dat de mensheid zou kunnen uitroeien en op die manier alle staten vernietigen, gaat het bij de test welke staten speciaal worden getroffen, niet om het bezit van

het wapen, maar om de gevolgen van het gebruik ervan. Vanuit dit oogpunt gezien worden alle staten in gelijke mate getroffen, want, net als de volkeren die die staten bewonen, hebben zij allemaal een gelijk recht om te bestaan.

Om deze redenen had het Hof, aannemend dat voorheen een verbodsregel bestond, tot de uitspraak kunnen komen dat het standpunt ingenomen door een aanzienlijk aantal niet-kernwapenstaten, zoniet door de meerderheid, de ontwikkeling van de *opinio juris* zou hebben tegengehouden die nodig is om een nieuwe regel tot stand te laten komen die de oude tenietdoet. De oude verbodsregel zou daarom tot op heden van kracht zijn gebleven.

(blz. 197 - 198)

Ditzelfde geldt, mutatis mutandis, voor de onderhavige kwestie.

Afwijking van de *ius cogens*-normen van het geweldsverbod en het interventieverbod zou slechts mogelijk zijn bij totstandkoming van een *opinio juris* die afwijking hiervan toestaat.

De totstandkoming van een zodanige *opinio juris* wordt echter effectief verhinderd door het voortdurende brede verzet tegen de vorming van een zodanige *opinio juris*, onder aanvoering van Rusland en China, gesteund door veel staten en een groot aantal volkenrechtdeskundigen. Zij koesteren daarvoor dezelfde argumentatie, in meer algemene zin, als appellanten in onderhavige kwestie.

Het hek is immers van de dam als allerlei staten, onder humanitaire voorwendsels, elkaar naar believen de oorlog zouden mogen aandoen.

Eigenrichting zou daarmee weer de norm zijn en daarmee zouden we terug zijn bij af.

8. Herhaalde malen treft men met name in de westerse media de voorstelling van zaken aan, als zou het zgn. leerstuk van het "humanitair geweld" in elk geval tenminste moeten gelden als voor de toekomst wenselijk recht. Ook die opvatting dient bestreden te worden. Naar de mening van een aantal volkenrechtsgeleerden vormt dit zgn. leerstuk juist een regressie in de rechtsontwikkeling, in plaats van progressie. Deze opvatting wordt ook weergegeven door prof. Victor Conde, hoogleraar internationaal recht der mensenrechten aan de Trinity Law School, in een voordracht voor een internationaal forum op 25 maart jl. in de Verenigde Staten:

In my opinion there is no such "evolving right to humanitarian intervention" in International Law. The doctrine of Humanitarian Intervention which was considered by some as part of customary international law back in the 18th and 19th centuries and perhaps into the first half of this century, was replaced by the UN Charter paradigm. This was largely because recourse to Humanitarian

Intervention as a legal basis for violating sovereignty/territorial integrity was so easily misused and abused, especially by more powerful states going into smaller less powerful ones, where often the goal was not the ending of the acts that allegedly "shocked the conscience of mankind" but were more for changing the political structure or leadership of the state to meet the likes of the intervening state. The UN Charter, especially in articles 2.4 and 2.7 was meant to make this customary law doctrine no longer necessary with the UN structures, especially the UN Security Council and the Commission on Human Rights in place to handle such problems.

en:

Humanitarian Intervention is definitely not *lex lata*, or even *lex ferenda*. There may well be some other "humanitarian" types of norms ripening in the field of customary international law but humanitarian intervention is not one. Indeed, the sort of aggression threatened by NATO to stop atrocities in KOSOVO now is the very type of conduct the UN meant to resolve within its own house. When states like the US do not feel they can politically win the UN mandate to do what they want to do (and are going to do anyway), they must turn to alternative legal justifications, such as the erroneous soundbyte claim of an "evolving norm" of Humanitarian Intervention. Let us call this for what it really is, a specious claim to a right to use force (*jus ad bellum*) which has no legal basis in either contemporary conventional or customary international law.

Grief V

Ten onrechte wordt in het bestreden vonnis onder 3.12 ten slotte nog overwogen:

"Bij de huidige stand van zaken kan niet worden beoordeeld of er sprake is van disproportioneel oorlogsgeweld".

onderdeel 1

Deze overweging komt neer op rechtsweigeren. Thans-appellanten hebben de rechter uitdrukkelijk gevraagd de Staat te bevelen zich met onmiddellijke ingang te onthouden van deelname aan verder oorlogsgeweld tegen de FRY vanwege het feit dat de Staat zich bij dat oorlogsgeweld medeplichtig maakt aan het oorlogsmisdrijf van disproportioneel oorlogsgeweld.

Een oordeel over de hier opgeworpen rechtskwestie wordt in het bestreden vonnis echter geweigerd. Onder de motivering dat dit "bij de huidige stand van zaken niet kan worden beoordeeld".

onderdeel 2

De President had bovendien dienen vast te stellen dat hier reeds op eerste gezicht sprake is van disproportioneel oorlogsgeweld aangezien:

1. onrechtmatig oorlogsgeweld als in kwestie in beginsel ipso facto als disproportioneel oorlogsgeweld moet worden aangemerkt;
2. het oorlogsgeweld ook nog eens is gericht op een onrechtmatig doel, met name het onder (dreigen met) geweld doen tekenen en implementeren van een - uit dien hoofde - nietig verdrag, en ook daarom nog eens ipso facto als disproportioneel oorlogsgeweld is aan te merken;
3. de grootscheepse en wekenlange verwoestingen aangericht op het grondgebied van de gehele FRY in geen enkele verhouding staan tot de "ernst" van het door de FRY gepleegde "delict", namelijk het weigeren van NAVO-troepen op zijn grondgebied. Hier is immers van een "delict" dat dergelijke grootschalige verwoestingen zou rechtvaardigen in het geheel geen sprake;
4. de NAVO is inmiddels begonnen met het vernietigen van grote delen van de civiele infrastructuur van de FRY. Ook dit is ipso facto disproportioneel oorlogsgeweld, ook al omdat het vernietigen van de civiele infrastructuur geen gerechtvaardigd militair doel is. Aanvankelijk-eisers hebben in eerste instantie bewijsstukken overgelegd, waaruit blijkt dat in de Golfoorlog de civiele infrastructuur van Irak grotendeels is vernietigd, hetgeen een belangrijke oorzaak vormt voor de verdergaande verpaupering en massasterfte die zich op het ogenblik in Irak onder burgerbevolking voordoet (prods. 7 en 8 in eerste aanleg). Datzelfde scenario dreigt zich ook in de FRY te gaan voltrekken.

Grief VI

Ten onrechte wordt in het bestreden vonnis onder 3.13 overwogen:

"Het beroep op de Wet Oorlogsstrafrecht gaat niet op. Deze wet ziet op misdrijven gepleegd door natuurlijke personen".

Ook al zou het in de laatste zin gestelde juist zijn - quod non -, dan nog sluit dit een beroep op de Wet Oorlogsstrafrecht in een zaak als deze in het geheel niet uit. De Wet Oorlogsstrafrecht stelt immers normen. Die normen maakt mitsdien deel uit van de Nederlandse rechtsorde en moeten dan ook gewoon gehandhaafd worden. Zoals dit geldt voor de normen van het reguliere Wetboek van Strafrecht, zo geldt dit ook voor de normen van de Wet Oorlogsstrafrecht.

Om maar eens een norm uit het reguliere Wetboek van Strafrecht te noemen - het verbod tot mishandeling.

Als een persoon er weet van heeft dat een ander persoon voortdurend de intentie heeft om hem te mishandelen, kan hij bij de civiele rechter handhaving van het verbod tot mishandeling vragen door het vragen van een bevel tot maatregelen daartegen. Zoals bij voorbeeld een straatverbod.

Zo geldt dit ook voor de normen van de Wet Oorlogsstrafrecht. Indien de Staat schending daarvan beraamt of pleegt, kan degene die door dit onrechtmatig handelen gedupeerd dreigt te worden bij de civiele rechter terecht voor een voorlopige voorziening daartegen.

Zoals ook in kwestie wordt gevraagd.

Of de Wet Oorlogsstrafrecht nu ziet op misdrijven gepleegd door natuurlijke personen of niet, staat daarbuiten.

Overigens is de opvatting van de President natuurlijk volstrekt onjuist.

Geen enkele strafwet beperkt strafbaarstelling uitsluitend tot natuurlijke personen, dus ook de Wet Oorlogsstrafrecht niet. Behalve als het gaat om delicten die naar hun aard alleen door natuurlijke personen kunnen worden begaan. Voor veel delicten als bedoeld in de Wet Oorlogsstrafrecht gaat dit niet op. Met name ook niet voor het bepaalde in artikel 8 van de Wet Oorlogsstrafrecht, waarop expliciet een beroep wordt gedaan.

Grief VII

Ten onrechte wordt in het bestreden vonis onder 3.13 tenslotte nog overwogen:

"Ook het beroep op Protocol I bij de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949 faalt, daar eisers geen concrete omstandigheden hebben aangevoerd, waaruit kan blijken dat er ten opzichte van hen persoonlijk sprake zou zijn van een schending van het humanitaire recht".

Aanvankelijk-eisers hebben zich in die zin op het Eerste Aanvullende Protocol bij de Verdragen van Genève beroepen, dat zij aan hun vorderingen mede ten grondslag hebben gelegd schending van het bepaalde in artikel 52 lid 2 van Protocol I, dat aanvallen strikt tot militaire doelen moeten worden beperkt. Uiteraard worden appellanten erdoor ge-affecteerd - als burgers van de FRY, als soldaten en verdedigers van hun vaderland -, als de Staat in NAVO-verband zich schuldig maakt aan vernietiging van de civiele infrastructuur van hun land, in strijd met dit gebod!

De kosten dezes zijn:

Berod f. 40,35

Advocaat f. 116,00

St. 10 f.

St. 10 f. 4,00

St. 10 f. 10,15

f. 170,50

f. 29,84

f. 200,34