

---

# COMMENTAAR

---

## Lof der lafheid

Ige F. Dekker en Ramses A. Wessel\*

Geen ander veiligheidsvraagstuk heeft de internationale rechtsgemeenschap al voor zo lang en zo diep verdeeld gehouden als de rechtmatigheid van het gebruik van kernwapens. Twee opvattingen stonden (en staan) lijnrecht tegenover elkaar. Sommigen meenden dat het gebruik van kernwapens onder alle omstandigheden in strijd was met het internationale recht, anderen dat er omstandigheden waren waaronder dat niet het geval was. Dit schisma was niet alleen juridisch van betekenis, maar was ook direct van belang voor het stelsel waarop de internationale betrekkingen tussen 'West' en 'Oost' waren gebaseerd: de dreiging met het massale gebruik van kernwapens voor de verdediging van het eigen grondgebied bij een gewapende aanval van de andere zijde. Was en is dit stelsel van afschrikking — zo men wil het 'MAD-systeem' — in strijd met de internationale rechtsorde, die door dat stelsel tegelijkertijd mede in stand wordt gehouden?

Het einde van de Koude Oorlog — en een grote activiteit van een aantal non-gouvernementele organisaties — maakten het mogelijk dat de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties eind 1994 de volgende beknopte vraag aan het Internationaal Gerechtshof voor advies voorlegde: "Is het dreigen met en het gebruik van nucleaire wapens onder enige omstandigheid toegestaan door het internationale recht?" Het Hof liet zich goed informeren over de opvattingen van de staten: ruim 30 staten dienden schriftelijk commentaar in en op de hoorzitting van 30 oktober 1995 verschenen 22 staten. Een half jaar daarna kwam het Hof tot zijn advies, dat op 8 juli 1996 in het Vredespaleis onder grote publieke belangstelling werd uitgebracht.

Het was iedereen duidelijk dat het bovengenoemde schisma ook de beraadslagingen van het veertienkoppige rechterlijk college zou be-

\* Mr I.F. Dekker en drs R.A. Wessel zijn verbonden aan de sectie Recht der Internationale Organisaties van de Vakgroep Internationaal, Sociaal en Economisch Recht aan de Universiteit Utrecht.

heersen. Met spanning was dan ook uitgekeken naar welke kant het resultaat uiteindelijk zou uitvallen. In dit opzicht verraste het uitgebrachte advies dan ook bijna iedere geïnteresseerde omdat het Hof op het kardinale punt niet thuis gaf. Het hoogste rechterlijk college van de wereld kon niet met een voldoende meerderheid een eenduidig antwoord geven op de kern van de gestelde vraag.

De beslissingen die het Hof moest nemen om tot de kern van de zaak te komen zijn nog veelbelovend, maar eigenlijk ook weinig verrassend omdat zij ook buiten het Hof nauwelijks omstreden waren. Dat geldt bijvoorbeeld voor de tautologische conclusie dat het dreigen met of het gebruik van geweld door middel van nucleaire wapens in strijd met het geweldverbod van artikel 2(4) van het VN-Handvest en het recht op zelfverdediging van artikel 51 VN-Handvest onrechtmatig is. Het Hof hecht in dit verband overigens geen afzonderlijke betekenis aan het 'dreigen' met geweld. Indien het gebruik van geweld in een bepaald geval onrechtmatig is, geldt dat ook voor het dreigen daarmee.

Het advies wordt pas spannend als het Hof de vraag onderzoekt of het internationaal recht een alomvattend en universeel geldend verbod op het gebruik van kernwapens als zodanig bevat. Drie rechters – de Guyanees Shahabuddeen, de Srilankees Weeramantry en de Sierra Leonees Koroma – vinden dat dat wel het geval is en geven daarmee al een eenduidig antwoord op de door de Algemene Vergadering gestelde vraag. De overige elf – die dus *niet* vinden dat het internationaal recht zo'n algemeen verbod kent – zijn echter wel van mening dat het gebruik van nucleaire wapens in overeenstemming moet zijn met de vereisten van het oorlogsrecht en in het bijzonder met de beginselen en regels van internationaal humanitair recht die gelden voor gewapende conflicten.

De conclusies die uit deze laatste bevinding kunnen worden getrokken – met name betreffende de omstandigheden waaronder het gebruik van kernwapens in het licht van deze beginselen en regels toelaatbaar is – heeft de 'elf' echter hevig verdeeld gehouden. Zeven rechters concluderen dat “in het algemeen” het gebruik van nucleaire wapens in strijd zal zijn met het oorlogsrecht, maar zij menen tevens dat zij, gezien de huidige stand van het internationale recht en de ter beschikking staande feiten, *niet definitief* kunnen concluderen of dit onder alle omstandigheden het geval zal zijn. Met name kunnen zij de vraag niet beantwoorden of het gebruik van dergelijke wapens rechtmatig of onrechtmatig is in een extreme situatie van zelfverdediging waarin het bestaan van een staat als zodanig op het

spel staat. Tot deze zeven rechters behoort ook de President van het Hof, de Argentijn Bedjaoui, die via zijn `beslissende' stem deze niet-beslissing tot de mening van het Hof verheft. Zeven rechters stemden op dit punt tegen. Naast de drie eerder genoemden, ook de Amerikaanse rechter Schwebel, de Japanse rechter Oda, de Franse rechter Guillaume en de Britse rechter Higgins. Deze vier zijn van mening dat het Hof wel had kunnen en moeten nagaan onder welke — bijzondere — omstandigheden het internationale recht het gebruik van kernwapens — en dus ook het dreigen daarmee — toestaat.

Deze weergave van de belangrijkste conclusies van het Hof doet vanzelfsprekend geen recht aan de vaak interessante overwegingen die daaraan ten grondslag liggen. Deze zijn overigens niet alleen te vinden in de — veertig pagina's tellende — uitspraak zelf, maar ook in de verklaringen en (uitvoerige) opinies die alle rechters persoonlijk aan de uitspraak toevoegden. Het geheel biedt, zeker voor juristen, een boeiende verzameling beschouwingen over de grondslagen van het internationale recht op het gebied van vrede en veiligheid.

De kern van de uitspraak is echter in verschillende opzichten uiterst teleurstellend. Op een zeer essentieel punt van het internationale recht zegt het Hof voor het eerst in zijn geschiedenis het niet te weten en geeft het in feite een niet-beslissing, een *non liquet*. Noch afgezien van de — omstrede — vraag of het Hof dat mag, kan met rechter Schwebel worden vastgesteld dat het niet aangaat dat — na maanden van hartverscheurend onderzoek van het recht — het Hof tot het verbijsterende oordeel komt dat er geen recht is. En inderdaad, als het Hof meent dat op grond van het internationale recht niet kan worden bepaald wanneer het gebruik van kernwapens onrechtmatig is, had het Hof beter geheel kunnen afzien van het geven van een advies — waartoe het Hof immers gerechtigd is. Dat de President zijn *casting-vote* gebruikt met betrekking tot een *non liquet* is een novum in het kwadraat.

Het Hof had naar onze mening tot een `definitieve' beslissing moeten en ook kunnen komen. *Moeten*, omdat het als een van de weinige gezaghebbende internationale instanties geroepen is het internationale recht vast te stellen en daarmee wezenlijk kan bijdragen aan de belangrijkste functie van het recht: het scheppen van enige voorspelbare orde in de overwegend anarchistische internationale samenleving. Vanuit dit gezichtspunt maakt het niet uit naar welke kant van het schisma de beslissing van het Hof zou zijn uitgevallen. In

beide gevallen zou het Hof zijn maximale bijdrage hebben geleverd aan de rechtszekerheid in het internationale politieke verkeer in een zaak waarin de vitale belangen van de staten en van de wereldgemeenschap als geheel op het spel staan. Het Hof heeft deze taak verloochend en daarmee de internationale samenleving, het internationale recht en zichzelf geen dienst bewezen.

Het Hof had ook tot een definitief oordeel *kunnen* komen. Op grond van zijn constante jurisprudentie over de vorming, interpretatie en toepassing van het internationale recht is er slechts één conclusie mogelijk. Niet betwist — ook niet door kernwapenstaten — is dat het gebruik van nucleaire wapens onderworpen is aan het internationale recht. Naar de huidige stand van het volkenrecht geldt er echter in dit opzicht geen *absoluut* verbod. De `militaire' noodzaak van het gebruik van kernwapens in een gewapend conflict dient steeds te worden beoordeeld in het licht van de beginselen en regels van humanitair oorlogsrecht. Deze afweging zal er, zo geeft ook de meerderheid van het rechtscollege terecht aan, “in het algemeen” toe leiden dat het gebruik van kernwapens in strijd is met het internationale recht. Immers, gegeven de unieke eigenschappen van nucleaire wapens, zal het gebruik ervan nauwelijks te verenigen zijn met de fundamentele eisen ontleend aan het beginsel van proportionaliteit, het gebod onderscheid te maken tussen burgers en combattanten en tussen burgerdoelen en militaire doelen, alsmede de plicht geen onnodig letsel aan combattanten toe te brengen.

De woorden `in het algemeen' impliceren dat er uitzonderingen zijn, dat wil zeggen dat het gebruik van kernwapens onder bepaalde omstandigheden *wel* rechtmatig is. Logisch zou zijn geweest als het Hof deze uitzonderingen vervolgens zo nauwkeurig mogelijk had omschreven. Maar het Hof doet dat niet. Het kan al niet beslissen of er uitzonderingen zijn. De opmerking dat de huidige stand van het internationale recht het niet mogelijk maakt definitief vast te stellen of het gebruik van kernwapens in een extreem geval van zelfverdediging rechtmatig of onrechtmatig is, is daarom een laf compromis.

Toegegeven, het is allerminst eenvoudig om de uitzonderingen op het `algemene' verbod op het gebruik van kernwapens enigszins sluitend aan te geven. Maar het Hof wordt daar, om het maar simpel te zeggen, wel voor betaald. De beschouwingen in de uitspraak zelf, maar vooral ook in de individuele opinies, laten zien dat op grond van het oorlogsrecht, ook los van concrete situaties, kan worden vastgesteld wanneer het gebruik van *bepaalde* kernwapens in *bepaalde* situaties

rechtmatig is. Het Hof verwijst zelf naar het mogelijk belang in dit verband van verschillende soorten kernwapens en de onderscheiden wijzen van gebruik ervan, maar constateert dat het daarover in onvoldoende mate is geïnformeerd. Voor de relevantie van de omstandigheid waarin het bestaan van een staat op het spel staat moet men te rade gaan bij de opinies van vooral de westerse rechters. Het Hof voert dit element – dat, hoe dan ook, essentieel is voor zijn conclusie – zonder enige argumentatie en uitwerking op. Zeer terecht valt met name de Britse rechter Rosalyn Higgins het Hof op deze ernstige nalatigheid hard aan.

Het is natuurlijk voor een *wereld*rechter niet gemakkelijk te moeten vaststellen dat het huidige internationale recht staten in zeer extreme situaties toestaat zijn eigen vitale belangen te stellen boven die van de mensheid als geheel. Inderdaad, een dilemma-situatie van de eerste orde. Maar dit dilemma is, met alle respect voor het eerbiedwaardige college, niet de zorg van de wereldrechter in de huidige internationale rechtsorde. Het Hof kan zich zonder enige schaamte beperken tot het positieve, bestaande internationale recht. Zijn Statuut geeft aan welke bronnen hij daarvoor dient toe te passen en, voorzover over gelding en inhoud daarvan verschil van mening bestaat, is het nu juist de primaire taak van de rechter daarover een eenduidig oordeel te vellen. In dit verband is de slotconclusie van de uitspraak – waarin het Hof de bestaande verplichting van staten op grond van het Non-proliferatieverdrag te komen tot volledige nucleaire ontwapening bevestigt – weliswaar niet onjuist, maar geheel buiten de orde.