



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

Schermerslezing 2011: 'De VN-Veiligheidsraad en de mogelijkheid van rechterlijke toetsing van besluiten van dit orgaan'

Blokker, N.M.

Citation

Blokker, N. M. (2011). Schermerslezing 2011: 'De VN-Veiligheidsraad en de mogelijkheid van rechterlijke toetsing van besluiten van dit orgaan'. In . Leiden. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/18363>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/18363>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Schermerslezing 2011

Lieve Hotsche, beste Rob,

Beste familie Schermers,

Dames en heren,

Precies vijf jaar geleden, op 31 augustus 2006, overleed prof. mr. H.G. Schermers, Hein Schermers. Enkele dagen later vond een herdenkingsbijeenkomst plaats in de Rechtenfaculteit, en graag wil ik vandaag beginnen met de woorden waarmee dochter Gepke Dulek-Schermers haar toespraak bij die bijeenkomst afsloot:

“Voor mijn vader was de faculteit geen kennisfabriek, waarvoor je een boek koopt en dan wat kennis leest, waar je een hoogleraar huurt en kennis aanhoort. Voor hem was het belangrijk dat mensen kennis en ervaringen delen door met elkaar te praten over wat ze weten, over wat ze ervan denken en wat ze erbij voelen. Dat kan je niet in een boek lezen. Dat moet je onderling uitwisselen. Door dat te doen kan je kennis tot wijsheid brengen. En als ik nu u allen bij elkaar zie zitten, mensen van verschillende organisaties, in verschillende functies, bij elkaar gekomen om samen te (her)denken, straks misschien samen wat te drinken, dan weet ik: deze bijeenkomst is de kroon op vaders werk.”

Evengoed, vijf jaar later, is het fijn te zien dat u in zo groten getale vandaag naar het Academiegebouw bent gekomen, voor deze Schermerslezing, maar vooral ook voor wat hierna zal gebeuren: de onthulling van het portret van Schermers in de Senaatskamer. Daarmee eert de Leidse Universiteit een hoogleraar die zich met hart en ziel heeft ingezet voor zijn alma mater.

- Een hoogleraar voor wie de faculteit geen kennisfabriek was.
- Een hoogleraar die graag mensen uit wetenschap en praktijk samenbracht.
- Een hoogleraar die veel heeft betekend en nog steeds veel betekent voor heel veel van zijn studenten.
- Een hoogleraar die bijzondere, onorthodoxe initiatieven heeft genomen, instellingen tot stand heeft gebracht waarin hij voortleeft, zoals Mordenate College, en ook de Schermersleerstoel die ik vanaf 2003 bekleed.

Schermers was in staat op een bijzondere manier idealisme en pragmatisme te combineren. Hij was in zekere zin idealist, maar wel met twee benen op de grond. Hij was praktisch ingesteld, maar zijn praktische oplossingen waren er ook op gericht grotere idealen dichterbij te brengen. Schermers' *idealisme* is mede gevoed door de Tweede Wereldoorlog. Kapteyn heeft hierover het volgende gezegd bij onze herdenkingsbijeenkomst vijf jaar geleden:

“Hein behoorde net als ikzelf tot de generatie juridische studenten die bewust de verschrikkingen van de tweede wereldoorlog en de bezetting hadden meegemaakt. Geen wonder dat wij bevattelijk waren voor wat Van Asbeck ons als student, later promovendus, onder ogen bracht: het

volkenrecht is niet alleen een in intellectueel opzicht fascinerend onderzoeksobject, het is ook een vak van groot maatschappelijk belang dat je met hoofd en hart beoefent. Want in de ontwikkeling van dat recht kan het streven naar een rechtvaardiger en beter georganiseerde internationale samenleving vorm krijgen.

Als er één is die deze boodschap ter harte heeft genomen, dan is het wel Hein Schermers. Onvermoeibaar en optimistisch heeft hij gewerkt aan de ontwikkeling van het internationale en Europese recht. Als onderzoeker en docent, eerst in Amsterdam, daarna lange tijd in Leiden. Ook aan de internationale rechtspraktijk heeft hij vele jaren zijn beste krachten gegeven.”

Schermers’ *praktische inslag* is professioneel gevoed in de ruim negen jaren die hij vanaf 1953 bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken werkte. Bij dat ministerie houdt men van praktische oplossingen. Zijn eerste taak daar heeft hij zelf later mooi omschreven in een interview dat in *Ars Aequi* is verschenen:

“Mijn eerste taak was de ‘kalender hervorming’: een plan om voor de hele wereld een systematischer kalender te maken waarin alle kwartalen precies even lang zouden zijn, zodat je statistieken beter kon vergelijken. In dat plan bleef natuurlijk 1 dag over, want 365 is niet deelbaar door vier, en die dag zou dan een *world holiday* worden. De kerken hadden hier grote bezwaren tegen omdat in de bijbel staat: zes dagen zult ge arbeiden en de zevende dag is de dag des heren. Een week met acht dagen, dat kon dus niet. Minister Luns had besloten dat Nederland ook tegen was en als ik dat maar in mijn hoofd hield dan mocht ik dat onderwerp helemaal zelf behandelen. Ik was

helemaal verantwoordelijk voor de kalenderhervorming, op voorwaarde dat ik er tegen was. Het was maar een heel klein onderwerpje, maar het was wel *mijn* onderwerp.”

Het combineren van idealisme en pragmatisme, “pragmidealisme” zoals ik het maar zal noemen, is kenmerkend voor de manier waarop Schermers ruim veertig jaar generaties studenten in Amsterdam en Leiden heeft onderwezen, en is ook kenmerkend voor zijn wetenschappelijk onderzoek.

De Schermerslezingen zijn de afgelopen jaren georganiseerd door studentenverenigingen voor wie Schermers veel heeft gedaan: Telders, ELSA, Mordenate, Leiden Model UN en SIB. Het is voor mij vandaag een eer de vijfde en laatste Schermerslezing te houden. Het onderwerp waar ik over wil spreken behoort tot rechtsgebieden die Schermers na aan het hart lagen: recht der internationale organisaties, rechten van de mens en individuele rechtsbescherming. Ik zal spreken over de VN-Veiligheidsraad en de mogelijkheid van rechterlijke toetsing van besluiten van dit orgaan.

De VN-Veiligheidsraad is een produkt van de Tweede Wereldoorlog. De *founding fathers* van de Verenigde Naties hadden voor ogen dat een orgaan in het leven moest worden geroepen dat in staat zou zijn snel en effectief de internationale vrede en veiligheid te handhaven. De ervaringen met de Volkenbond hadden geleerd dat daartoe vergaande bevoegdheden zouden moeten worden overgedragen, en dat besluitvorming bij meerderheid mogelijk zou moeten zijn. Deze ambitie van de oprichters van de VN is ten dele gerealiseerd. Het VN-Handvest bevat vergaande, in algemene termen omschreven bevoegdheden voor de Veiligheidsraad, inclusief de

mogelijkheid van het opleggen van economische en militaire sancties. Om besluiten aan te kunnen nemen is geen unanimiteit vereist, zoals bij de Volkenbondsraad het geval was.

Maar de in het Handvest neergelegde regels bevatten ook beperkingen. Er was nog geen akkoord over de troepen waarover de Veiligheidsraad zou moeten kunnen beschikken. En daarnaast was er het vetorecht voor de vijf grootmachten van dat moment. Met dit vetorecht werd uitgesloten dat de Veiligheidsraad zich tegen een van deze grootmachten zou kunnen keren, ook al zouden zij de wereldvrede bedreigen of schenden. Het in het Handvest neergelegde grondbeginsel van de soevereine gelijkheid van staten werd daarmee op een belangrijk punt terzijde geschoven. Het is dan ook niet vreemd dat dit het lastigste punt was om overeenstemming over te bereiken bij de onderhandelingen over het VN-Handvest. Het overgrote deel van de 50 onderhandelende staten was tegen het vetorecht. Ook Nederland heeft zich hier toen fel tegen verzet. Maar de vijf grootmachten van 1945 maakten duidelijk dat dit vetorecht een *conditio sine qua non* was voor hun deelname aan de VN.

Zoals gezegd, het stond de *founding fathers* van de VN voor ogen dat de Veiligheidsraad snel de noodzakelijke besluiten zou moeten kunnen nemen. Zeker de vijf grootmachten van dat moment wilden alle ruimte geven aan de Veiligheidsraad. Met het vetorecht op zak is het minder lastig zo ruimhartig te zijn. Verschillende andere landen hadden meer twijfels over vergaande bevoegdheden voor de Veiligheidsraad en hebben – tevergeefs – geprobeerd op enkele punten checks en balances te creëren. Voor zover gesproken is over het toetsen van besluiten van de Veiligheidsraad, werd gedacht aan een

rol voor het Internationaal Gerechtshof. Dat lag voor de hand: het Hof wordt immers in het Handvest aangeduid als “the principal judicial organ of the United Nations”. Maar uiteindelijk bevatten noch het Handvest, noch het Statuut van het Internationaal Gerechtshof een bevoegdheid voor het Hof om Veiligheidsraadbesluiten te toetsen. Tegelijk was het ook weer niet zo dat expliciet iedere mogelijkheid werd uitgesloten dat het Hof zich uit zou spreken over besluiten van de Veiligheidsraad, als dat nodig mocht zijn voor de uitoefening van zijn rechterlijke functies, in een interstatelijke procedure danwel in een adviesprocedure. Zeker als de Veiligheidsraad *zelf* een advies over een van zijn besluiten vraagt aan het Hof, dan ligt het voor de hand dat het Hof iets mag zeggen over dat besluit, zoals ook is gebeurd in het Namibië-advies uit 1971.

In zijn Certain Expenses Advies uit 1962 verwijst het Internationaal Gerechtshof kort naar wat tijdens de *travaux préparatoires* voor het Handvest over een toetsingsrecht is gezegd:

“[i]n the legal systems of States, there is often some procedure for determining the validity of even a legislative or governmental act, but no analogous procedure is to be found in the structure of the United Nations. Proposals made during the drafting of the Charter to place the ultimate authority to interpret the Charter in the International Court of Justice were not accepted; [...] As anticipated in 1945, therefore, each organ must, in the first place at least, determine its own jurisdiction”. En in zijn Namibia Advies uit 1971 zegt het Hof kort en krachtig: “Undoubtedly, the Court does not possess power of judicial review or appeal in respect of the decisions taken by the United Nations organs concerned”.

Aan het eind van de Tweede Wereldoorlog stond de wens voorop een krachtige en effectieve Veiligheidsraad op te richten. De Veiligheidsraad moest vergaande bevoegdheden hebben en moest naar eigen oordeel kunnen optreden om vrede en veiligheid te handhaven of te herstellen. Het toetsen van besluiten van de Veiligheidsraad door een rechterlijk orgaan paste daar niet bij. Erg verbazingwekkend is dat misschien niet, in de wereld van 1945, waarin – evenals nu nog steeds trouwens - slechts ongeveer een derde van de staten de verplichte rechtsmacht van het Internationaal Gerechtshof heeft aanvaard.

Toch moet het geven van toetsingsrecht aan het Internationaal Gerechtshof ook weer niet worden gezien als juridische luchtfietserij, ver van de politieke realiteit. Dat bleek ook kort na 1945 bij de onderhandelingen over de oprichting van een Internationale Handels Organisatie. Deze organisatie zou moeten beschikken over zeer ruime bevoegdheden, en de onderhandelende staten wilden hier alleen mee akkoord gaan als een beperkt toetsingsrecht zou worden gegeven aan het Internationaal Gerechtshof. Artikel 96 van het oprichtingsverdrag van deze organisatie – het Havana Charter - bepaalde dat besluiten van het plenaire orgaan “shall, at the instance of any member whose interests are prejudiced by the decision, be subject to review by the International Court of Justice by means of a request for an advisory opinion ...”; “the organization shall consider itself bound by the opinion of the Court”. Ook al is dit verdrag uiteindelijk niet in werking getreden, dit voorbeeld toont toch aan dat het toetsen van besluiten van internationale organisaties door het Internationaal Gerechtshof in de praktijk werd gezien als een reël antwoord op een vraag naar checks and balances bij overdracht van ruime bevoegdheden aan een internationale organisatie.

Na 1945 heeft de vraag naar de mogelijkheid van toetsing van Veiligheidsraadbesluiten aanvankelijk niet vaak gespeeld. Dat kwam vooral omdat de Veiligheidsraad niet zoveel besluiten nam. De Koude Oorlog bracht met zich mee dat de Veiligheidsraad meestal geen rol van betekenis kon spelen bij de grote conflicten die zich tussen 1945 en 1990 voordeden. En voor zover de Veiligheidsraad al besluiten nam, leidde dat niet vaak tot discussie over de rechtmatigheid van die besluiten en de mogelijkheid van toetsing.

Dat veranderde vanaf 1990. Het einde van de Koude Oorlog betekende enerzijds nieuwe instabiliteit en conflicten, anderzijds was de Veiligheidsraad nu eindelijk in staat de actieve rol te spelen die men in 1945 voor ogen had. Vanaf 1990 nam de Veiligheidsraad jaarlijks een groot aantal resoluties aan: gemiddeld 63 per jaar, tegenover gemiddeld 15 in de periode 1945-1990. Belangrijker is dat veel van die besluiten van vergaande strekking waren. Tegen die achtergrond lag het voor de hand dat vragen naar de grenzen van de bevoegdheid van de Veiligheidsraad en naar de mogelijkheid van toetsing van zijn besluiten hernieuwde belangstelling kregen. Wel moet gezegd worden dat die belangstelling vooral in kringen van juristen speelde. In de politiek en onder beleidsmakers werden en worden dit soort vragen meestal gezien als weinig relevant.

Vanaf de jaren '90 is de mogelijkheid van toetsing van Veiligheidsraadbesluiten aan de orde geweest in zaken voor het Internationaal Gerechtshof en bij andere rechterlijke organen. Voor zover dit speelde voor het Internationaal Gerechtshof, met name in de Lockerbie-zaak,

leidde dit niet tot nieuwe inzichten na de eerdere jurisprudentie. Vooral de jurisprudentie van andere internationale rechterlijke organen is interessant. In de Tadic-zaak achtte de Appeals Chamber van het Joegoslaviëtribunaal zich in 1995 bevoegd het besluit te toetsen waarbij de Veiligheidsraad dit Tribunaal had opgericht. En in 2008 was er de Kadi-uitspraak van het Europese Hof van Justitie. Daarin toetste dit Hof weliswaar niet, strikt gezien, het besluit van het sanctiecomité van de Veiligheidsraad waarbij Kadi op de sanctielijst werd geplaatst en waarbij zijn tegoeden werden bevroren; maar in feite kwam het daar wel op neer, omdat de getoetste EU-uitvoeringsbesluiten vrijwel letterlijk de besluiten van het sanctiecomité kopieerden. Verder zijn ook nationale rechters actiever geworden aan het toetsingsfront. Zo noemde een Canadese rechter in 2009 de situatie waarin iemand zich bevindt die op een VN-financiële sanctielijst staat “not unlike that of Josef K. in Kafka’s *The Trial*, who awakes one morning, and for reasons never revealed to him or the reader, is arrested and prosecuted for an unspecified crime”. Toetsen van Veiligheidsraadbesluiten is in.

Dit zijn allemaal voorbeelden van onafhankelijke internationale, regionale en nationale rechters, die steeds m.b.t. een specifieke zaak die zij voorgelegd krijgen niet voor zoete koek willen aannemen wat de Veiligheidsraad in zijn wijsheid heeft besloten, maar in meer of mindere mate, direct of indirect, zulke besluiten gaan toetsen. Het is interessant daarnaast te zien of door staten, dan wel door de Veiligheidsraad zelf, nu anders wordt aangekeken tegen toetsing van Veiligheidsraadbesluiten dan in 1945. Er zijn twee voorbeelden van vrij recente datum waaruit blijkt dat dit enigszins het geval is; die wil ik graag met u bespreken. Het eerste voorbeeld betreft individuele

financiële sancties van de VN. Het tweede voorbeeld gaat over het Internationaal Strafhof en het misdrijf agressie.

Individuele financiële sancties en toetsing van sanctiebesluiten door de Ombudsperson

Al vanaf de periode voor 9/11 zijn door sanctiecommissies van de Veiligheidsraad financiële sancties uitgevaardigd tegen specifiek genoemde individuen. De aanslagen van 11 september 2001 brachten met zich mee dat dit instrument van terrorismebestrijding intensiever werd gebruikt. Sinds die tijd staan honderden met naam, toenaam, en ‘aliassen’ genoemde individuen op lijsten van de VN, terug te vinden op de VN-website. Staten zijn verplicht de tegoeden van deze individuen te bevriezen.

Er is geen enkele twijfel over dat de Veiligheidsraad bevoegd is dit soort individuele financiële sancties op te leggen. Daarbij geldt ook dat binnen het gehele scala van economische sancties dit soort individuele sancties de voorkeur verdient boven algemenere economische sancties, die een heel land kunnen treffen en niet specifiek gericht zijn tegen de bron van het kwaad dat door de Veiligheidsraad wordt bestreden. In de jaren '90 legde de Veiligheidsraad zulke algemene, veelomvattende sancties op aan, onder meer, de voormalige republiek Joegoslavië en Irak. Hierop kwam kritiek; deze sancties zouden de leiders van deze landen amper raken en zij zouden vooral de sociaal-economische rechten van de bevolking in die landen schenden. Mede uit mensenrechtelijke overwegingen is de Veiligheidsraad daarna meer gebruik gaan maken van zgn. *targeted of smart sanctions*, individuele sancties specifiek gericht tot de individuen die verantwoordelijk

worden geacht voor het kwaad waartegen de Veiligheidsraad zich richt. So far so good.

Dit is een van de vele voorbeelden waarbij we kunnen zien dat het werk van internationale organisaties de afgelopen jaren directere gevolgen heeft gekregen voor de burger. De Amsterdamse hoogleraar Tammes – door wiens inspanningen Schermers begin jaren '60 naar de Universiteit van Amsterdam ging - kon in 1951 nog schrijven dat “de werkzaamheid van internationale organisaties, in het huidige stadium van haar ontwikkeling, zich afspeelt aan de oppervlakte van de sociale werkelijkheid. [...] Relatief zelden komen zij met mensen in aanraking, anders dan met mensen als orgaandragers”.

Individueen zoals Kadi en Yusuf ervaren dat dit nu wel anders kan zijn. Maar waar deze individualisering van Veiligheidsraads sancties een oplossing bracht voor het ene mensenrechtelijke probleem, creëerde zij tegelijk een ander mensenrechtelijk probleem. Konden individuen zomaar op een zwarte lijst worden geplaatst zonder enige vorm van rechtsbescherming?

Aanvankelijk vond de Veiligheidsraad dat dit kon. Dat is aan de ene kant zorgelijk. Waarom zou de Veiligheidsraad iets mogen doen wat op nationaal of Europees niveau niet mag, omdat dit strijdig is met elementaire regels van *due process*? Aan de andere kant is dit verklaarbaar, tegen de achtergrond van de grote discretionaire vrijheid die de Veiligheidsraad heeft gekregen in het Handvest, tegen de achtergrond van de noodzaak deze financiële sancties in te zetten in de strijd tegen het terrorisme, en tegen de achtergrond van het idee dat deze sancties een verbetering waren ten opzichte van de eerdere, algemene sancties tegen landen. In ieder geval is het fascinerend te zien hoe de fundamentele kritiek op het ontbreken van rechtsbescherming de

afgelopen jaren stapje voor stapje heeft geleid tot een verbetering van de procedures bij dit soort individuele financiële sancties. Het zou nu teveel tijd kosten al deze stapjes na te lopen. Ik zal daarom aangeven in hoeverre *nu* de mogelijkheid bestaat om besluiten te toetsen waarbij individuen op een VN-financiële sanctielijst worden geplaatst.

Allereerst geldt dat het ervan afhangt op welke lijst een individu staat. Voor de meeste lijsten geldt dat geen enkele toetsing door een onafhankelijk orgaan mogelijk is. Maar voor de grootste lijst is dat anders. Dat is de sanctielijst waarop individuen staan die banden hebben met Al Qaida. De regels die voor deze lijst gelden zijn het meest recent neergelegd in Res. 1989 van 17 juni van dit jaar. Deze resolutie bevat de bevoegdheden van de zgn. Ombudsperson. De Ombudsperson is in 2009 door de Veiligheidsraad in het leven geroepen, en is onafhankelijk. De Canadese Kimberley Prost, voorheen rechter in het Joegoslavietribunaal, vervult deze functie. Kernvraag is of deze Ombudsperson het besluit kan toetsen waarbij een individu op de Al Qaida sanctielijst is gezet. In een lezing gehouden in maart van dit jaar gaf Prost zelf aan dat van formele toetsing van het besluit tot plaatsing op de sanctielijst geen sprake is. Niettemin, zo zegt zij,

“I bring an independent, third party ‘eye’ to the underlying information related to the listing. In my view, this is a form of review not with respect to decisions, of course, but in relation to the information. To this end, I have from the start indicated that while I have not been accorded a right to make recommendations, I do consider that it is within my mandate to ‘observe’ or comment on the underlying information. [...] In my view, though it is not a

conventional approach to review, I believe that it may be adequate to meet this aspect of due process.”

Het is nog maar de vraag of nationale en Europese rechters hier net zo over denken, wanneer zij oordelen over de VN-sanctieprocedures. In ieder geval kan daarbij nu worden aangetekend dat de situatie voor individuen op de VN-Al Qaidalijst vanaf 1 juli dit jaar verder is verbeterd. In Resolutie 1989 zijn de bevoegdheden van de Ombudsperson uitgebreid. Zij heeft nu wel expliciet de bevoegdheid aanbevelingen te doen aan het Sanctiecomité. En als een individu een verzoek indient om van de lijst te worden gehaald, en de Ombudsperson doet de aanbeveling dat dit verzoek gehonoreerd zou moeten worden, dan gebeurt dit in beginsel.

Komt dit nu toch neer op toetsing van Veiligheidsraadbesluiten? Ja en nee. Eigenlijk gaat het niet om besluiten van de Veiligheidsraad, maar om uitvoeringsbesluiten van een orgaan van de Veiligheidsraad, het sanctiecomité. Het gaat wel om toetsing, want in de kern wordt door een *andere* instantie dan het orgaan dat tot plaatsing op de sanctielijst heeft besloten beoordeeld of die plaatsing wel terecht is. Ook al is dit oordeel formeel juridisch niet bindend, verwacht mag worden dat dit in de praktijk doorgaans opgevolgd zal worden.

Tegelijk zijn er belangrijke beperkingen. De Ombudsperson functioneert alleen bij de Al Qaida sanctielijst. Afgelopen juni is om politieke redenen beslist tot een aparte lijst voor individuen verbonden met de Taliban. Bij de procedures voor deze lijst is een belangrijke rol voorzien voor Afghanistan, en heeft de Ombudsperson geen enkele bevoegdheid. Evenmin heeft de Ombudsperson bevoegdheden bij andere VN-sanctieregimes. Dit laat nog

eens duidelijk zien hoe politiek en selectief de Veiligheidsraad is. Vooral blijkt hieruit duidelijk dat de hoofdreden voor een verbetering van de procedure niet de overtuiging is dat dit juridisch-principieel noodzakelijk is; een eventuele *opinio iuris* is ver te zoeken. De hoofdreden voor deze verbetering, het belangrijkste argument dat landen hiermee akkoord deed gaan, was het reële gevaar dat dit sanctieregime anders ineffectief zou kunnen worden, gegeven alle kritiek van nationale en Europese rechters. Andere beperkingen zijn dat de Ombudsperson steeds, als onderdeel van het specifieke Al Qaida sanctieregime, voor een periode van anderhalf jaar wordt aangesteld. Dat is heel kort. Idealiter zou een Ombudsperson een aanstelling voor een aantal jaren moeten krijgen, en een mandaat voor *alle* individuele financiële sanctieregimes.

Ten slotte zou het wellicht helpen als de Veiligheidsraad en zijn leden op een wat andere manier zouden kijken naar de toetsing van individuele sanctiebesluiten. Dit zou niet meteen moeten worden gezien als ‘second guessing the Security Council’, en daarmee een directe bedreiging van het primaat van de Veiligheidsraad bij kwesties van vrede en veiligheid. Per slot van rekening zijn het geen Veiligheidsraadresoluties die worden getoetst. Het enige dat wordt getoetst is een specifiek uitvoeringsbesluit, genomen door een suborgaan van de Veiligheidsraad, waarbij een individu op een sanctielijst wordt geplaatst. Bij een moderne invulling van de bevoegdheden van de Veiligheidsraad, waarvan bij dit soort individuele sancties sprake is, horen ook behoorlijke procedures en respect voor regels van due process, net zoals die op nationaal en Europees niveau gelden. Anders leidt dit op termijn niet alleen tot ondermijning van de effectiviteit van deze sancties, maar ook tot erosie van het gezag en de legitimiteit van de Veiligheidsraad.

Het misdrijf agressie en toetsing van Veiligheidsraadbesluiten door het Internationaal Strafhof

Tot zover de eerste recente ontwikkeling waarbij toetsing van Veiligheidsraadbesluiten aan de orde is. Nu een tweede voorbeeld, waarbij het niet gaat om uitvoeringsbesluiten van een orgaan van de Veiligheidsraad, maar om een belangrijk besluit van de Veiligheidsraad zelf: de vaststelling dat door een staat agressie is gepleegd. De instelling die zo'n besluit in de toekomst zal mogen toetsen is het Internationaal Strafhof.

Over het misdrijf agressie en over deze nieuwe toetsingsmogelijkheid is vorig jaar een akkoord bereikt, bij de Herzieningsconferentie van het Internationaal Strafhof. Hier zijn tientallen jaren van onderhandelingen aan vooraf gegaan. Bij de oprichting van het Strafhof in 1998 stond het vast dat dit Hof rechtsmacht zou moeten hebben over het misdrijf agressie. Maar er kon nog geen overeenstemming worden bereikt over de definitie van dit misdrijf en over de voorwaarden waaronder het Hof hierover rechtsmacht zou moeten kunnen uitoefenen. Dit leidde tot het paradoxale art. 5 van het Statuut: in lid 1 kreeg het Strafhof rechtsmacht over onder meer dit misdrijf, maar in lid 2 werd bepaald dat het Hof pas echt rechtsmacht hierover zou mogen uitoefenen nadat een definitief akkoord was bereikt. Dit is vorig jaar gelukt, al zal het nog jaren duren voordat de nieuwe regeling in werking zal treden.

Van een *misdrijf* agressie – dat wordt begaan door een individu, een leider van een land – kan alleen sprake zijn als door dat land een *daad* van agressie is verricht. Maar: wie of welk orgaan is bevoegd vast te stellen of door een

land een daad van agressie is verricht? Dit was bij de onderhandelingen één van de moeilijkste punten. Er bestond geen enkele twijfel over dat in ieder geval de Veiligheidsraad bevoegd was tot zo'n vaststelling te komen. Dat kon ook moeilijk anders, gegeven de tekst van art. 39 van het VN-Handvest: "The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression [...]". Maar het was de grote vraag of ook nog andere organen deze bevoegdheid zouden moeten krijgen. Daarover ging een flink deel van de onderhandelingen. De meeste landen wilden dat behalve de Veiligheidsraad ook nog een ander orgaan deze bevoegdheid zou krijgen. De Veiligheidsraad komt in de praktijk vrijwel nooit tot de conclusie dat een staat agressie heeft verricht, en daarmee zou de uitoefening van rechtsmacht over dit misdrijf door het Strafhof een papieren tijger blijven. Bovendien zou het Strafhof nooit leiders kunnen berechten van een van de landen met vetorecht in de Veiligheidsraad. Uiteindelijk is vorig jaar aanvaard dat onder bepaalde voorwaarden ook het Strafhof zelf mag vaststellen of door een staat agressie is gepleegd. Dat betekende een doorbraak, die lang door niemand voor mogelijk werd gehouden.

Het interessante is dat bij deze onderhandelingen alle aandacht uit ging naar het zoeken naar een aanvaardbaar alternatief orgaan dat naast de Veiligheidsraad zou mogen vaststellen of door een staat agressie is gepleegd. Daardoor is weinig aandacht gegeven aan de situatie waarover men het toch al eens was: vaststelling van agressie door de Veiligheidsraad zelf. Bijna ongemerkt, als het ware in de schaduw van het onderhandelingsgeweld over zo'n politiek gevoelig en juridisch complex onderwerp, is er op het laatste moment een bepaling in de regeling gekomen die neerkomt op een toetsingsrecht voor het Strafhof. Het is terecht dat die bepaling er gekomen

is. Want: als de Veiligheidsraad heeft vastgesteld dat een staat een daad van agressie heeft gepleegd, en een leider van dat land voor het Strafhof wordt vervolgd, moet deze leider bij zijn verdediging kunnen aanvoeren dat helemaal geen sprake was van agressie door zijn of haar land, en moet het Strafhof hierover kunnen oordelen. Als dit niet zou kunnen, zou zo'n leider eigenlijk al bij voorbaat schuldig zijn. Het is daarom zonder twijfel noodzakelijk dat het Strafhof in deze situatie over een toetsingsrecht beschikt. Maar dat betekent dus dat het Strafhof moet kunnen beoordelen of door de Veiligheidsraad terecht de conclusie is getrokken dat door het betreffende land agressie is gepleegd. Daarom bevat de vorig jaar overeengekomen regeling de volgende bepaling: "A determination of an act of aggression by an organ outside the Court shall be without prejudice to the Court's own findings under this Statute". Het staat er wat technisch, terloops en onopvallend. De woorden zijn zorgvuldig gekozen om alles zoveel mogelijk te ontdoen van alle politieke lading. Maar het staat er wel. Bij "An organ outside the Court" gaat het bijna per definitie om de Veiligheidsraad. En bij "the Court's own findings" gaat het onder meer om de beoordeling of de Veiligheidsraad terecht heeft vastgesteld dat door een staat een daad van agressie is gepleegd. Zo staat er dus eigenlijk: 'the Court shall have the right to review the determination by the Security Council that the state concerned has committed an act of aggression'.

Dit toetsingsrecht voor het Strafhof is opmerkelijk. Want het gaat om toetsing van een zeer vergaand besluit van de Veiligheidsraad, de vaststelling dat door een staat agressie is gepleegd. Natuurlijk heeft de toetsing door het Strafhof maar een beperkt effect. Het Hof kan het besluit van de Veiligheidsraad niet vernietigen. Toetsing door het Hof kan hooguit

tot gevolg hebben dat het Hof tot de conclusie komt dat de verdachte geen misdrijf agressie heeft gepleegd omdat de Veiligheidsraad ten onrechte tot de conclusie is gekomen dat sprake was van een daad van agressie door het land in kwestie. Maar ook al is dit effect beperkt en blijft het besluit van de Veiligheidsraad formeel onaangetast, toch kan dit in de praktijk bredere implicaties hebben. De Veiligheidsraad kan op basis van zijn vaststelling dat agressie is gepleegd allerlei concrete sanctiemaatregelen hebben aangenomen tegen het betreffende land. Als het Strafhof nu vaststelt dat geen sprake is van agressie kleeft er op zijn minst een smet aan het besluit van de Veiligheidsraad. Dit kan zowel een rol gaan spelen bij verdere politieke onderhandelingen in de Veiligheidsraad, omdat tegenstanders van de sancties dan steviger in hun schoenen komen te staan. Het kan ook een rol spelen bij eventuele juridische procedures voor nationale en internationale rechters waarbij de getroffen sanctiemaatregelen ter discussie staan. Ik kan me niet voorstellen dat deze rechters geen acht zullen slaan op een oordeel van het Strafhof dat de Veiligheidsraad ten onrechte heeft geoordeeld dat sprake was van agressie. Ook vanwege deze mogelijke implicaties zal het Strafhof, wanneer het ooit tot een dergelijke agressiezaak zal komen, uiterst zorgvuldig te werk moeten gaan. Maar dat neemt niet weg dat de mogelijkheid blijft bestaan dat het Hof tot een ander oordeel komt dan de Veiligheidsraad, vooral omdat de Veiligheidsraad een politiek orgaan is en op basis van politieke afwegingen tot de conclusie komt dat door een staat agressie is gepleegd. Het Strafhof kan alleen op basis van het recht tot zijn conclusies komen.

Tegelijk heeft dit een dimensie toegevoegd aan het werk van de Veiligheidsraad. In de uitzonderlijke gevallen waarin dit speelt voor de

Veiligheidsraad, zal hij rekening houden met een mogelijke rol van het Strafhof. De Veiligheidsraad kan bijv. vaststellen dat sprake is van een “threat of the peace”, of van een “breach of the peace”, en niet van een “act of aggression”. Hij kan dan nog steeds allerlei vervolgmaatregelen nemen tegen het land in kwestie, zonder dat het Strafhof in beeld komt. Mocht een zaak voor het Strafhof gaan spelen, dan kan de Veiligheidsraad later altijd nog bepalen of al dan niet een daad van agressie is gepleegd. En ALS de Veiligheidsraad al gaat vaststellen dat een daad van agressie is gepleegd, dan zal hij rekening moeten houden met de mogelijkheid dat het Strafhof dit in de toekomst eveneens gaat beoordelen. Als het oordeel van de Veiligheidsraad op drijfzand rust, weet hij dat het risico bestaat dat het Strafhof ooit tot een ander oordeel komt, met alle implicaties van dien.

Conclusie

Hoog tijd nu voor wat concluderende opmerkingen. De situatie in 1945 was duidelijk. Aan de Veiligheidsraad werden vergaande bevoegdheden gegeven. Op zich had dit kunnen betekenen dat een toetsingsrecht in beeld kwam, om de noodzakelijke checks en balances te creëren, net zoals enkele jaren later bij de onderhandelingen over een Internationale Handelsorganisatie gebeurde, en nog weer later bij de Europese Gemeenschappen. Maar dat gebeurde niet, om twee hoofdredenen. Ten eerste omdat men de Veiligheidsraad alle ruimte wilde geven de voor de wereldvrede noodzakelijke besluiten te nemen, zonder beperkingen in te bouwen waarbij bijvoorbeeld werd bepaald dat deze besluiten in overeenstemming met internationaal recht moesten zijn, of waarbij besluiten getoetst zouden mogen worden. De tweede hoofdreden is dat besluiten in zaken van wereldvrede, zoals een besluit om militaire actie te ondernemen tegen een

agressor, geen besluiten zijn waarbij een prominente rol voor een toetsende rechter aan de orde is. Het is geen toeval dat het EU-Hof geen rechtsmacht heeft over besluiten die het Buitenlands en Veiligheidsbeleid van de Unie betreffen.

Dat was de situatie in 1945. Maar de wereld van toen was een andere dan die van nu. Toen was op geen enkele wijze voorzien dat de Veiligheidsraad in bepaalde gevallen besluiten zou kunnen nemen die op directe wijze fundamentele rechten van burgers aantasten. In de wereld van nu volstaat dan niet het antwoord van toen, dat Veiligheidsraadbesluiten hoe dan ook bindend zijn en voorrang genieten boven andere verdragsverplichtingen. Modernere antwoorden zijn nodig, en die zijn ook mogelijk. Net zoals iedere internationale organisatie is de VN bewust gecreëerd als een dynamisch, organisch samenwerkingsverband, dat mee moet groeien met de snel veranderende internationale samenleving. Dat moet, en dat is ook per definitie aanvaard door landen toen zij lid werden van de VN, omdat de organisatie anders haar taken niet goed kan uitvoeren en irrelevant kan worden. Maar dat meegroeien gaat soms moeilijk. In het verleden waren grote stappen voorwaarts vaak alleen mogelijk na een grote oorlog. Après le mort, le médecin. Het is een uitdaging voor de toekomst ook zonder oorlogen grote stappen voorwaarts te zetten op het pad naar een beter georganiseerde wereld en naar een modernere internationale rechtsorde. Zulke stappen moeten worden gezet door landen, maar ook door mensen. Steeds vaker zullen zulke stappen moeten worden gezet door mensen die niet zelf een oorlog hebben meegemaakt, wier idealen op een ander fundament moeten rusten.

In de wereld van nu maakt de Veiligheidsraad regelmatig gebruik van zijn bevoegdheden op een wijze die in de verste verte niet was voorzien in 1945. Daarbij kan het gebeuren dat het creëren van een specifiek toetsingsrecht noodzakelijk is. Net zoals Schermers vroeger zo pragmidealistisch was, zullen anderen dat nu moeten zijn, en zullen zij oplossingen moeten vinden voor de problemen die zich hierbij voordoen. De Veiligheidsraad opereert niet in een vacuüm maar in een zich ontwikkelende internationale rechtsorde. Elementaire regels van deze internationale rechtsorde moeten worden gerespecteerd, anders zullen Veiligheidsraadbesluiten weinig effectief blijken te zijn en zal de Veiligheidsraad op termijn aan geloofwaardigheid en legitimiteit inboeten. Anderzijds zullen internationale en nationale rechters terughoudend moeten zijn bij het toetsen van Veiligheidsraadbesluiten, expliciet of impliciet, direct of indirect, omdat anders het primaat van de Veiligheidsraad bij de handhaving van internationale vrede en veiligheid in het gedrang kan komen. Het is in het collectief belang van alle VN-leden dat het uitgangspunt overeind blijft dat zij zich houden aan besluiten van de Veiligheidsraad. Toetsing van Veiligheidsraadbesluiten betekent dat de mogelijkheid bestaat dat de toets der kritiek niet wordt doorstaan en dat een lidstaat Veiligheidsraadbesluiten naast zich neer zal leggen. Als lidstaat A dit mag doen om reden X, waarom zou lidstaat B dat dan niet mogen om reden Y? Daarom moet hierbij zowel door de Veiligheidsraad zelf als door de leden van de VN uiterst zorgvuldig worden gehandeld.

Uiteindelijk moeten de toegenomen mogelijkheden voor toetsing van Veiligheidsraadbesluiten ertoe leiden dat de positie van de Veiligheidsraad hierdoor niet wordt verzwakt, maar wordt versterkt. Een sterke rol voor de

Veiligheidsraad, dat was wat de *founding fathers* van de VN in 1945 voor ogen stond, en dat is wat anno 2011 onverkort noodzakelijk is.

Dames en heren, aan het eind gekomen van deze vijfde en laatste Schermerslezing wil ik nog graag kort de tijd nemen voor vier dingen: wat persoonlijke herinneringen, een initiatief, een klein verzoek, en een kadootje.

Ieder van ons heeft zijn of haar eigen herinneringen aan Hein Schermers, in alle rollen die hij heeft vervuld: die van broer, echtgenoot, vader, schoonvader, grootvader, collega, docent en nog meer. Mijn herinneringen gaan terug tot het moment dat ik met vrij veel wilde haren in 1980 aanschoof in de collegeserie Internationaal Institutioneel Recht. Wij moesten het vak leren aan de hand van de drukproeven voor de tweede druk van het standaardwerk *International Institutional Law*, en wij gingen met prof. Schermers op RIO-reis naar Straatsburg, Luxemburg en Brussel. Die reis, met daarin de koppeling van theorie aan praktijk, was uitermate nuttig. Ik weet nog goed dat sommige studenten geschokt waren toen bleek dat het ideaal van Europese integratie op de banenmarkt kon betekenen dat je een dagtaak kon hebben aan onderhandelingen over de omvang van tabaksbladeren. Prof. Schermers gebruikte de RIO-reis intensief om zijn studenten beter te leren kennen, naar hun toekomstplannen te informeren, en carrièremogelijkheden te schetsen. Bij onze bezoeken aan internationale instellingen werden wij veelal toegesproken door oud-studenten van Schermers, die inmiddels vaak interessante functies hadden gekregen. Ons

werd duidelijk dat Schermers over een enorm netwerk beschikte, ook al werd dat woord toen nog weinig gebruikt.

Waarom heeft Schermers zoveel betekend voor studenten? Ik zie in ieder geval drie redenen. Ten eerste sprak uit Schermers' onderzoek en onderwijs een zeker idealisme, op het terrein van mondiale en Europese ("Uropese") samenwerking, en op het terrein van de rechten van de mens. Dat is niet onbelangrijk voor mensen tussen de 18 en 25. Ten tweede wist Schermers complexe problemen helder uit te leggen en terug te brengen tot hun harde kern. Hij was praktisch ingesteld. Terecht verwees collega Rick Lawson bij onze herdenkingsbijeenkomst vijf jaar geleden treffend naar een van Schermers' favoriete motto's: "elk probleem heeft zijn oplossing". Naar de studenten toe bediende hij zich niet van verheven taalgebruik en lange zinnen; hij was toegankelijk, in taal en in daad. Ten slotte, een derde reden waarom Schermers veel voor studenten heeft betekend, en dat is misschien wel de belangrijkste: zijn grote persoonlijke betrokkenheid, lang niet alleen bij de studie, maar bij al het wel en wee van zijn studenten. Dat ging heel ver. Een student heeft weken bij Schermers aan de Herengracht gewoond nadat hij uit zijn kamer was gezet. Bij aio Sam Muller was ingebroken, en Schermers trok zijn portemonnee. Het is dan ook niet vreemd dat hij wel eens getuige is geweest bij het huwelijk van een student. Er zijn veel en veel meer voorbeelden. Waar het om gaat is dat zijn persoonlijke betrokkenheid een extra dimensie gaf aan de relatie. Voor zijn medewerkers was dat een stimulans voor extra inzet. Ook ikzelf heb dat door de jaren heen ervaren. Ik koester daarom wat Schermers heeft geschreven in mijn exemplaar van de derde druk van het boek *International Institutional Law*:

"Niels,

Van student naar assistent,

van assistent naar medewerker,
van medewerker naar collega,
van collega naar co-auteur,
en door alles heen een groeiende vriendschap van huis tot huis.
Die is de basis waar tenslotte alles op rust.
Leiden, 9 augustus 1995, Hein.”

Naast deze persoonlijke herinneringen nu nog drie dingen. Allereerst een initiatief. Dit is de vijfde en laatste Schermerslezing. Maar graag wil ik in de toekomst in een andere vorm doorgaan met Schermerslezingen. Vanaf 2012 zal jaarlijks in het kader van een van mijn collegeseries een Schermerslezing worden gehouden, op het terrein van het recht van internationale organisaties, door een vooraanstaande deskundige uit wetenschap of praktijk.

Dan heb ik aan u een verzoek. Kort na het overlijden van Schermers is bij het Leids Universiteitsfonds het Schermersfonds opgericht. Studenten kunnen een beroep doen op dit fonds als zij voor hun studie een paar maanden naar het buitenland willen. Dit fonds past bij het pragmeidealisme van Schermers. Door dit soort kijkjes over de grens mogelijk te maken voor studenten, verleg je hun grenzen, en draag je, heel praktisch, op microschaal bij aan de bevordering van de internationale rechtsorde. Als u dit fonds wilt steunen, dan vindt u straks bij de receptie foldertjes met verdere informatie, en anders kunt u hiervoor altijd bij het Leids Universiteitsfonds of bij mij terecht.

Ten slotte, een cadeautje. De afgelopen twee jaren heb ik gewerkt aan de vijfde druk van *International Institutional Law*, met veel genoegen, maar ook

wat eenzaam nu ik het alleen moest doen. Het boek is net uitgekomen. Het eerste exemplaar heb ik hier voor mij, en dat wil ik heel graag aanbieden aan Hotsche.

Ik dank u voor uw aandacht.
