PRODUCTIES ZIJDENS GEDAAGDE BIJ MUBAREK E.A. / BALKENENDE, BOS EN DE STAAT

KORT GEDING VRIJDAG
21 FEBRUARI 2003
OM 10 UUR

PRODUCTIE 1

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2002–2003

23 432 **De situatie in het Midden-Oosten**

Nr. 66

VERSLAG VAN EEN ALGEMEEN OVERLEG
Vastgesteld 10 december 2002

De vaste commissie voor Buitenlandse Zaken[1] heeft op 19 november 2002 overleg gevoerd met minister De Hoop Scheffer van Buitenlandse Zaken over:

- **de brief van de minister d.d. 11 november 2002, zijnde een schriftelijke reactie op het 8 november 2002 verschenen tekstvoorstel betreffende nieuwe resolutie inzake Irak (23 432, nr. 63).**

Van dit overleg brengt de commissie bijgaand beknopt verslag uit.

Vragen en opmerkingen uit de commissie

De heer **Koenders** (PvdA) vindt Veiligheidsraadsresolutie 1441 een enigszins ongemakkelijk compromis, maar vindt het verheugend dat de Veiligheidsraad, mede doordat onder meer Frankrijk een resolutie steeds als absolute voorwaarde voor een eventueel militair optreden tegen Irak heeft beschouwd, unaniem overeenstemming heeft bereikt over deze resolutie: hierdoor hebben de VS ermee ingestemd om binnen het VN-kader te opereren en is een duidelijk signaal afgegeven aan Irak; een zorgvuldige benadering in het kader van de VN werkt ook het beste ten opzichte van de betrokken regio. De doelstelling is helder omschreven: het gaat om ontwapening en niet om «regime change»; de doelstelling moet dus zijn het voorkómen van militair optreden, mede middels samenwerking met Irak en ontwapening.
De rol van de Veiligheidsraad is cruciaal voor het slagen van de missie van de heer Blix, maar er moet ook aan andere voorwaarden worden voldaan. Heeft hij een goede en neutrale staf? Is er overeenstemming over wat een «material breach» inhoudt? De secretaris-generaal (SG) van de VN beschouwt de beschietingen van Amerikaans-Britse vliegtuigen in de no-fly zones terecht niet als een inbreuk op deze resolutie, terwijl de VS dat wél als zodanig beschouwen. Kortom: ten behoeve van de zorgvuldigheid moet de SG van de VN direct betrokken zijn bij de interpretatie van de rapportages van de heer Blix.
Het ontbreken van automatismen stond centraal in de discussie in de Veiligheidsraad: de rapportage door de inspecteurs zal in de Veiligheidsraad aan de orde komen. Maar hoe moet het begrip «final test» voor Irak dan worden geïnterpreteerd? Is het begrip «serious consequences»

[1] Samenstelling:
Leden: Terpstra (VVD), Blaauw (VVD), Vos (GroenLinks), De Graaf (D66), Dijksma (PvdA), Van Oven (PvdA), De Haan (CDA), voorzitter, Koenders (PvdA), Karimi (GroenLinks), Timmermans (PvdA), Van Bommel (SP), Eerlings (CDA), Wilders (VVD), Van Aartsen (VVD), Janssen van Raay (LPF), ondervoorzitter, Zvonar (LPF), Smulders (LPF), Palm (LPF), Ormel (CDA), Ferrier (CDA), Teeven (Leefbaar Nederland), Huizinga-Heringa (ChristenUnie), De Nerée tot Babberich (CDA), Van Dijk (CDA) en Haverkamp (CDA).
Plv. leden: Geluk (VVD), Van den Doel (VVD), Dittrich (D66), Bussemaker (PvdA), Arib (PvdA), Hessels (CDA), Altayrak (PvdA), Van den Brand (GroenLinks), Netelenbos (PvdA), Van Velzen (SP), Sterk (CDA), Monique de Vries (VVD), Joldersma-Lebbink (VVD), De Jong (LPF), Wiersma (LPF), Herben (LPF), Smilde (CDA), Ramboccus (CDA), Jense (Leefbaar Nederland), Van der Staaij (SGP), Eski (CDA), Van Winsen (CDA) en Çörüz (CDA).

KST65795
ISSN 0921 - 7371
Sdu Uitgevers
's-Gravenhage 2002

hetzelfde als het in eerdere resoluties genoemde begrip «all necessary means»? Vindt de Nederlandse regering het wenselijk dat er na een eventuele inbreuk op de resolutie een nieuwe resolutie komt ten behoeve van eventuele militaire acties? Is er met betrekking tot de interpretatie van deze resolutie nu in zekere mate sprake van een Europese gedragslijn? Onderhoudt de EU of de Nederlandse regering ook relevante relaties met de Iraakse oppositie?
Met betrekking tot het (als drukmiddel op Irak noodzakelijke) opvoeren van de Amerikaanse militaire druk vraagt de heer Koenders of dit proces voor de Amerikaanse regering op een gegeven moment onomkeerbaar kan worden, bijvoorbeeld in verband met de geloofwaardigheid van de positie van president Bush ten opzichte van het terrorisme. Heeft de regering van de VS de Nederlandse regering op de een of andere manier gevraagd om een eventuele Nederlandse bijdrage aan het opvoeren van deze militaire druk?
Tot slot wijst de heer Koenders erop dat de aanpak van Noord-Korea eigenlijk een nog grotere prioriteit zou moeten hebben dan de aanpak van Irak, omdat Noord-Korea blijkbaar al kernwapens heeft ontwikkeld.

De heer **Eurlings** (CDA) benadrukt dat de dreiging die van Irak uitgaat, zo snel mogelijk moet worden weggenomen, met een zo groot mogelijk draagvlak en met zo weinig mogelijk risico's. De CDA-fractie is verheugd over de unaniem aangenomen resolutie 1441, want zij heeft een stevige resolutie die gericht is op onvoorwaardelijke VN-wapeninspecties en die militaire actie nadrukkelijk als een stok achter de deur houdt, steeds als een politieke noodzaak beschouwd. Enkele maanden geleden beschouwde vice-president Cheney VN-inspecties nog als een gepasseerd station. Vanwege het grote belang van de coalitiebenadering is het verheugend dat de VS na consultatie van bevriende landen, zoals Nederland, de weg via de Veiligheidsraad zijn ingeslagen; hierin bewijst zich de waarde van landen zoals Nederland. Juist omdat de VS en een aantal bevriende landen hebben benadrukt dat een resolutie juridisch niet nodig is, omdat resolutie 687 al voldoende legitimatie bood voor ingrijpen in Irak, hebben Frankrijk en Rusland veel toegegeven. Als Saddam Hoessein deze laatste diplomatieke kans op ontwapening niet benut en het streven naar ontwapening, net als in de afgelopen elf jaar, blijft frustreren, is militaire actie immers niet afhankelijk van een nieuwe resolutie in de Veiligheidsraad, waarbij iedere lidstaat van de Veiligheidsraad weer de kans zou hebben om vanwege niet-inhoudelijke redenen op de rem te gaan staan. Hierdoor is de druk op Irak sterk vergroot.
De reactie van Irak op de resolutie lijkt positief, maar is geen reden voor enthousiasme: vanwege de duidelijke stok achter de deur was die reactie te verwachten. Daarnaast stelt Irak in de reactie dat het niet beschikt over massavernietigingswapens, wat volledig in tegenspraak is met de constateringen van onder anderen de VN-inspecteurs in 1998. Bovendien zal Irak nog kritiek leveren op de handelwijze, legitimiteit en de besluiten van de VN en de Veiligheidsraad. Op 8 december zal de werkelijke houding van Irak moeten blijken. De komende weken zijn cruciaal; er mag dus geen enkele twijfel over bestaan dat de stok achter de deur zal worden gebruikt als dat onverhoopt noodzakelijk blijkt te zijn. Wordt met «serious consequences» inderdaad gedoeld op een mogelijk gewapend ingrijpen? Wanneer zal er sprake zijn van tegenwerking van de inspecteurs? Wordt die beoordeling inderdaad door de leden van de Veiligheidsraad gemaakt? Overigens: de Iraakse aanvallen op vliegtuigen die de no-fly zones controleren, zijn in tegenspraak met VN-resoluties, maar resolutie 1441 heeft alleen betrekking op tegenwerking van de wapeninspecteurs.

De heer **Van Bommel** (SP) juicht de over de resolutie bereikte unanimiteit toe. Voor wapeninspecties op zich was een nieuwe resolutie niet nodig, maar de resolutie is juridisch beter en kan vanwege de unanimiteit op

meer steun rekenen, ook van de Arabische Liga. Dat is van groot belang, omdat de Arabische wereld niet verder van de westerse wereld moet worden verwijderd. De resolutie biedt op een aantal punten ook meer zekerheid voor adequate wapeninspecties: de inspecties vinden plaats volgens een strenger regime, op alle locaties en eventueel met het afsluiten van locaties.
Mede omdat de VS menen dat militaire actie ook zonder resolutie gelegitimeerd is en mede gelet op eerdere Amerikaanse opmerkingen over de wenselijkheid van «regime change», biedt de resolutie geen volledige duidelijkheid over het moment waarop geweld gelegitimeerd wordt geacht. Wellicht is dit een bewuste keuze ten behoeve van de unanimiteit, maar hierdoor bestaat in Irak nog steeds grote onzekerheid of de VS bij problemen over de uitvoering van de resolutie wel of niet militair zullen optreden. Oorlogsdreiging is geen goede zaak en doet afbreuk aan de geloofwaardigheid van het inspectieteam. Is het Amerikaanse standpunt over de wenselijkheid van «regime change» nu veranderd omdat wapeninspecties mogelijk worden gemaakt of is er sprake van een principiële wijziging van dat standpunt?
Naar aanleiding van de opmerking van de minister dat in de resolutie rekening is gehouden met de Franse bezwaren vraagt de heer Van Bommel aan welke punten daarbij, naast het hanteren van de door Frankrijk gewenste fasering, wordt gedacht. Als de rapportage van de inspectieteams leidt tot de constatering dat de resolutie niet door Irak wordt nageleefd, zal de Veiligheidsraad bijeenkomen; moet die bijeenkomst volgens de Nederlandse regering leiden tot een nieuwe resolutie met betrekking tot die rapportage? Het in de resolutie opgenomen tijdspad lijkt realistisch, maar is dat ook zo, gelet op de rol die de inspectieteams en de VN daarbij moeten spelen?
Omdat binnen de EU verschillend wordt gedacht over dit vraagstuk, vraagt de heer Van Bommel welk standpunt namens de EU in een eigen verklaring in de Veiligheidsraad is ingebracht. Is die verklaring beschikbaar en wat was de Nederlandse invloed op dat standpunt? Welke technische knowhow kan de EU bijdragen om de wapeninspecties een maximale kans van slagen te geven? Hebben de VN op dat punt verzoeken gedaan aan de EU, aan Nederland of aan Nederlandse instellingen? Het zou heel goed zijn als ook Nederlanders deel uitmaken van de inspectieteams.
Tot slot vraagt de heer Van Bommel wat het onderwerp zal zijn van de op 22 november in Brussel te houden conferentie met de Iraakse oppositie.

Mevrouw **Karimi** (GroenLinks) constateert dat, hoewel er geen nieuwe resolutie nodig was voor de hervatting van de wapeninspecties, de resolutie de positie van de wapeninspecteurs heeft versterkt. De kernvraag bij de beoordeling van de resolutie is echter of zij een oorlog voorkómt of juist dichterbij brengt, omdat een oorlog als middel erger is dan de dreiging van het regime van Saddam Hoessein, ook al is dat regime al jaren een van de meest verwerpelijke regimes ter wereld en ook al beschikt het waarschijnlijk over massavernietigingswapens. Bepalend daarbij is hoe de resolutie geïnterpreteerd wordt; het Amerikaanse standpunt inzake de beschietingen door Irak van vliegtuigen in de no-fly zone is op dat punt niet hoopgevend en is terecht weerlegd door de SG van de VN. In het begin van de crisis koos de Nederlandse regering te snel voor het standpunt dat er geen resolutie nodig was, maar kiest zij nu voor een interpretatie van de resolutie die ruimte creëert om de positie van de VS te corrigeren? Is de EU het eens over de interpretatie van de resolutie, bijvoorbeeld over de noodzaak van een nieuwe resolutie als Irak niet aan zijn verplichtingen voldoet?
Bij de beoordeling van de implicaties van een mogelijke militaire aanval op Irak moet de bij de bevolking van de landen in de betrokken regio levende woede en frustratie over het internationale optreden niet worden

onderschat. Gelet op het uitblijven van internationale acties tegen Israël naar aanleiding van het Israëlisch-Palestijnse conflict, dat men beschouwt als een veel grotere bedreiging voor de stabiliteit van de regio, meent men dat er met twee maten gemeten wordt. Hierdoor neemt de gewelds-dreiging tegen westerse diplomaten toe. De inactieve houding van de eigen regeringen zal bovendien leiden tot toenemende verwijdering tussen de bevolking en die regeringen en daarmee tot toenemende repressie en versterking van extreme krachten. De unanimiteit over de resolutie is verheugend, maar weet de Nederlandse regering welke afspraken de VS daarvoor met Syrië hebben gemaakt?
Omdat het heel goed zou zijn als de Iraakse oppositie in staat zou worden gesteld om het regime van Saddam Hoessein omver te werpen, is het belangrijk om haar bij de ontwikkelingen te betrekken. Een buitenlandse bezetting van Irak kan immers op geen enkele steun rekenen en ook een eventuele ontwapening zal de ellendige situatie voor de Iraakse bevolking niet verbeteren. Welke contacten heeft de EU met de Iraakse oppositie en wordt die oppositie ook gesteund in haar streven om een eventueel alternatief voor het regime van Saddam Hoessein te vormen? De huidige economische sancties verminderen overigens de mogelijkheden voor de Iraakse bevolking om zich te ontwikkelen en zich tegen het regime te verzetten.

De heer **Stuger** (LPF) hoopt dat deze resolutie daadwerkelijk in de praktijk wordt gebracht en daarmee de dreiging van Irak zal afwenden, want anders verliezen de VN hun geloofwaardigheid en zullen de VS terecht het heft in eigen handen nemen. Is de heer Blix, die zich als voorzitter van het IAEA al enkele malen door Irak om de tuin heeft laten leiden, sterk genoeg om de missie te leiden? Is het tijdsbestek voor de inspecties wel realistisch, gelet op de omvang van het land, de gebrekkige infrastructuur, het relatief geringe aantal inspecteurs en het feit dat Irak ongetwijfeld niet van harte zal meewerken?
Het is niet duidelijk wat op basis van de resolutie zal worden beschouwd als overtredingen en hoeveel zware overtredingen er nodig zijn alvorens tot actie wordt overgegaan. Wat is bijvoorbeeld de sanctie als de wapenprogramma's op 8 december nog niet bekend zijn en wat gebeurt er als bepaalde typenummers op de lijst van wapenprogramma's niet correct zijn?

De heer **Van Aartsen** (VVD) benadrukt dat Irak moet worden aangepakt omdat de huidige dictator een ramp voor het land is en omdat het land een bedreiging voor de regio en de wereldvrede is. Het is zeer positief dat de Veiligheidsraad unaniem met de zeer krachtige en duidelijke resolutie 1441 heeft ingestemd; ook alle over de resolutie afgelegde verklaringen van de leden van de Veiligheidsraad en van de SG van de VN laten geen misverstand bestaan over de uitleg van de resolutie. Zonder dreiging zou er niets worden bereikt. De ontwikkelingen van de afgelopen anderhalve maand zouden nooit hebben plaatsgevonden als de VS niet het initiatief hadden genomen om Irak na elf jaar discussie nu stevig aan te pakken. Overigens had president Bush al op 12 september in zijn speech voor de Algemene Vergadering van de VN aangegeven dat hij via het VN-mechanisme en de Veiligheidsraad wilde werken. Moeten de in de resolutie opgenomen overwegingen en de operatieve paragrafen overigens als één geheel worden gelezen? Die vraag is van belang, omdat in de vierde overweging wordt verwezen naar resolutie 687.
Uit de brief van de Iraakse minister van buitenlandse zaken aan de SG van de VN blijkt dat er bij de wapeninspecteurs geen enkele sprake mag zijn van naïviteit. Wat is het oordeel van de Nederlandse regering over deze brief? De VVD-fractie heeft overigens alle vertrouwen in de heer Blix en zijn inspectieteam.

De Arabische Liga en de Syrische regering hebben een belangrijke rol gespeeld in het onderhandelingsproces. Het is van groot belang dat de Arabische wereld druk blijft uitoefenen op het Iraakse regime. Zal de Nederlandse regering alle tot haar beschikking staande kanalen benutten om daaraan een bijdrage te leveren?

Antwoord van de minister

De **minister** wijst erop dat resolutie 1441, ook blijkens de gezamenlijke verklaring van China, Frankrijk en Rusland, door alle leden van de Veiligheidsraad én door de SG van de VN wordt beschouwd als middel om ontwapening dichterbij te brengen; hoe die ontwapening wordt gerealiseerd, hangt in hoge mate van Saddam Hoessein af. De resolutie is keihard en laat geen enkel misverstand bestaan over wat van Irak wordt gevraagd. Zij is er gekomen in het kader van de permanente maximale politieke en militaire druk die op Irak is uitgeoefend. Zonder die druk op Saddam Hoessein zal er immers niets bereikt worden. Mede dankzij de vasthoudende pogingen van een aantal landen, waaronder Nederland, om de VS ervan te overtuigen om in het kader van de VN te opereren, hebben de VS voor het VN-spoor gekozen; dat spoor is niet gericht op «regime change», maar op ontwapening. Dat neemt niet weg dat het een zegen zou zijn als het regime van Saddam Hoessein zou verdwijnen.
De resolutie heeft geen betrekking op de no-fly zones, maar alleen op de ontwapening. Het niet voldoen aan de resolutie betekent niet automatisch dat dan het geweldsmiddel wordt ingezet. Op dat punt is de resolutie niet helder, omdat zij een politiek compromis is ten behoeve van de unanimiteit. Frankrijk wilde bijvoorbeeld geen automatische «trigger» in de resolutie; de minister heeft geen informatie over wat aan de Syrische instemming vooraf is gegaan. Er komt een nieuwe vergadering van de Veiligheidsraad als op grond van de rapportage door de wapeninspecteurs onverhoopt blijkt dat Irak niet voldoet aan zijn zware, maar terecht opgelegde opdracht. De vermelding van «serious consequences» betekent echter dat de Veiligheidsraad dan niet een geheel nieuw debat begint: «serious consequences» kan naar de mening van de minister alleen worden gelezen als «de inzet van het geweldsmiddel». Dat is echter een aparte afweging die op dat moment moet worden gemaakt. Als militaire actie onverhoopt nodig is, is het opsporen en vernietigen van massavernietigingswapens de doelstelling daarvan, maar die militaire actie zal hopelijk ook leiden tot de beëindiging van het regime van de afschuwelijke dictator Saddam Hoessein.
Op basis van eerdere ervaringen en gelet op de brief van de Iraakse minister van buitenlandse zaken, die veel mogelijkheden tot traineren openlaat, is de minister sceptisch over de opstelling van Irak; de druk op Irak mag dus niet verslappen. Voor de vaststelling van «non-compliance» is meer nodig dan het opgeven van een verkeerd typenummer van een raket, maar het is duidelijk dat Irak niet mag vervallen in een patroon van non-compliance. Tot nu toe heeft Irak permanent gebruik gemaakt van list en bedrog, maar de minister heeft vertrouwen in de heer Blix, die een zeer zware opdracht heeft en die fair zal moeten rapporteren.
De Nederlandse regering vindt dat bij de onverhoopte inzet van het geweldsmiddel een nieuwe resolutie wenselijk is, maar niet noodzakelijk voor de volkenrechtelijke legitimatie van dat geweld. Zij is in die al voor de totstandkoming van resolutie 1441 bestaande opvatting gesterkt doordat die unaniem aangenomen resolutie duidelijk verwijst naar eerdere resoluties, met name naar resolutie 678, en naar de totale inbreuk («material breach») die Irak daarop permanent heeft gepleegd; die resoluties worden ook verhelderd. Resolutie 1441 moet dus inderdaad als één geheel gelezen worden en is dus ook een gevolg van de ontwikkelingen in de afgelopen elf jaar, waarin niet tegen Irak werd opgetreden omdat de wereldgemeenschap en de VN om allerlei politieke redenen daar toen te

slap voor waren, waardoor de Veiligheidsraad zijn geloofwaardigheid dreigde te verliezen. Het in de resolutie opgenomen tijdspad is zeer strikt, maar wel realistisch.
Binnen de EU zijn gesprekken gaande over eventuele onverhoopte volgende fases; daarover voert de Nederlandse regering ook gesprekken met de VS. De regering zal echter uiteraard geen enkele beslissing nemen zonder dat het Nederlandse parlement daarmee heeft ingestemd.
De EU is bij de ontwikkelingen betrokken geweest, maar helaas richten Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk hun blik bij dit soort fundamentele politieke vraagstukken eerder op de Veiligheidsraad dan op «Brussel». Het zou beter zijn als zij zich realiseren dat zij ook belangrijke lidstaten van de EU zijn. De EU heeft zich wel vanaf het begin sterk gemaakt voor het volgen van het VN-spoor, maar mede door de ontwikkelingen in Duitsland namen Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk zeer verschillende posities in, wat ten koste is gegaan van de geloofwaardigheid van het buitenlands beleid van de EU. De minister zal zich blijven inzetten voor verbeteringen op dit punt.
UNMOVIC heeft geen officieel verzoek aan Nederland gedaan om kandidaten voor te dragen voor de inspectieteams. De eerste groep voor de eerste drie maanden is al compleet; voor de periode daarna zoekt UNMOVIC nieuwe inspecteurs, vooral specialisten uit de industriële en met name de petrochemische sector; daarvoor is al een Nederlandse specialist gerekruteerd. Daarnaast is contact opgenomen met het Prins Mauritslaboratorium, omdat de regering deelname van Nederlanders belangrijk vindt en niet wil wachten op nadere verzoeken. Hiernaast heeft het International atomic energy agency (IAEA) onder meer Nederland op 11 november schriftelijk verzocht om kandidaten te leveren voor het IAEA-deel van de inspectieteams; daarover is contact opgenomen met Urenco en de Nuclear research and consultancy group.
Via NGO's was vernomen dat de Iraakse oppositie in Nederland een bijeenkomst wilde houden, maar zij heeft daar uiteindelijk van afgezien. Het is nog niet zeker of zij in Brussel bijeen zal komen, maar als dat gebeurt, is het nuttig als de EU zich op de hoogte houdt van wat daar gebeurt. Het is echter niet aan de Nederlandse regering om samen met de Iraakse oppositie te gaan pleiten voor regime change.
In de landen in de betrokken regio hebben de bevolkingen in het algemeen helaas niet veel in te brengen. Dat mag de wereldgemeenschap echter niet verhinderen om zich uiterst kritisch op te stellen tegen een dictator die zijn bevolking knecht, over massavernietigingswapens beschikt en bereid is gebleken om die wapens in te zetten. In politieke zin heeft de Arabische Liga met de aanvaarding van de resolutie een heel belangrijke stap gezet: de betrokken regimes zijn politiek gebonden aan de resolutie. De Nederlandse regering benut al haar kanalen, inclusief de contacten met de Arabische Liga, om de druk op Irak in stand te houden.

De voorzitter van de vaste commissie voor Buitenlandse Zaken,
De Haan

De griffier van de vaste commissie voor Buitenlandse Zaken,
Van Oort

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2002–2003

23 432 **De situatie in het Midden-Oosten**

Nr. 67

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BUITENLANDSE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 17 december 2002

Naar aanleiding van vragen van de vaste commissie voor Buitenlandse Zaken over het voorlopige regeringsstandpunt inzake het door Irak d.d. 7 december jl. aan de VN overhandigde wapendossier, wil ik u graag als volgt informeren.

Op 7 december jl. overhandigde Irak aan de Uitvoerend Voorzitter van UNMOVIC, Blix, en aan de Directeur-Generaal van het Internationaal Atoomagentschap (IAEA), El-Baradei, de declaratie van zijn programma inzake massavernietigingswapens. Deze was geëist in Veiligheidsraadsresolutie 1441.
UNMOVIC en IAEA zijn thans doende de declaratie te bestuderen. Verwacht wordt dat in de loop van deze week aan de leden van de Veiligheidsraad een versie van de declaratie ter hand zal worden gesteld, die geschoond is van proliferatiegevoelige informatie.
Daarnaast zal deze worden geschoond van informatie over bedrijven die volgens de Iraakse autoriteiten goederen aan Irak hebben geleverd. De voorzitter van de Veiligheidsraad heeft tevens besloten dat Uitvoerend Voorzitter Blix een exemplaar van de declaratie beschikbaar kon stellen aan de vijf permanente leden van de Veiligheidsraad. Het is overigens een noviteit dat de Iraakse declaratie nu ook buiten de twee inspectie-organisaties bekend wordt gesteld. In het verleden werden Iraakse declaraties door UNSCOM en het IAEA geheim gehouden.
Of en in hoeverre de declaratie na verspreiding onder de leden van de Veiligheidsraad openbaar zal worden gemaakt is aan de Veiligheidsraad zelf om te besluiten. De Nederlandse regering heeft hierin geen inspraak. De Regering beschikt niet over de Iraakse declaratie en kan er dan ook geen oordeel over vellen. Bovendien is het in eerste instantie aan de Veiligheidsraad om een oordeel te vellen over de inhoud van de Iraakse declaratie en de vraag of er wel of niet sprake is van zogeheten *material breach*. Voor het verifiëren van de declaratie zijn UNMOVIC en het IAEA Action Team in het leven geroepen. De Regering vertrouwt erop dat het proces waartoe in VR-resolutie 1441 werd besloten, zal leiden tot een evenwichtige oordeelsvorming. Uitvoerend Voorzitter Blix heeft aange-

KST60862
ISSN 0921 - 7371
Sdu Uitgevers
's-Gravenhage 2002

kondigd in de loop van deze week, mogelijk donderdag 19 december, de Veiligheidsraad een eerste, voorlopige analyse van de Iraakse declaratie te zullen verstrekken. Ook de IAEA zal naar verwachting in de loop van deze week een voorlopige analyse verstrekken aan de Veiligheidsraad over de nucleaire aspecten van de Iraakse declaratie. Uiteraard zal de Regering het verloop van de ontwikkelingen terzake nauwlettend volgen en de Kamer hiervan op de hoogte stellen.

De Minister van Buitenlandse Zaken,
J. G. de Hoop Scheffer

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2002–2003

23 432 De situatie in het Midden-Oosten

Nr. 68

VERSLAG VAN EEN ALGEMEEN OVERLEG

Vastgesteld 17 januari 2003

De vaste commissie voor Buitenlandse Zaken[1] en de vaste commissie voor Defensie[2] hebben op 3 december 2002 overleg gevoerd met minister De Hoop Scheffer van Buitenlandse Zaken en minister Korthals van Defensie over **de brief van de minister van Buitenlandse Zaken en de minister van Defensie d.d. 21 november 2002 inzake VN-resolutie 1441 (23 432, nr. 64)**.
Van dit overleg brengen de commissies bijgaand beknopt verslag uit.

Vragen en opmerkingen uit de commissies

De heer **Eurlings** (CDA) is verheugd over de unanieme aanvaarding van resolutie 1441 over de ontmanteling van massavernietigingswapens in Irak op 8 november jongstleden. Het leidt geen twijfel dat een grote dreiging van Irak uitgaat. Niet alleen heeft dat land in het verleden gifgassen tegen zijn vijanden ingezet, maar ook is tijdens de in 1998 afgebroken wapeninspecties door de VN duidelijk gebleken dat Irak beschikte over een aanzienlijk arsenaal van massavernietigingswapens. Hij memoreert dat zijn fractie vanaf het allereerste begin voorstander is geweest van een VN-resolutie die is gericht op een onvoorwaardelijke toegang van de wapeninspecteurs tot Irak. Deze resolutie moet ook worden gezien als een stok achter de deur. Als Irak niet of onvoldoende meewerkt aan de uitvoering van de resolutie, zal dit ernstige consequenties hebben. Irak dient op 8 december aanstaande de lijst met wapens in te leveren. Is daar al iets over bekend?
Naar de mening van de heer Eurlings moet alles op alles worden gezet om de wapeninspecteurs hun doel te laten bereiken: het onbelemmerd uitvoeren van wapeninspecties en het verwijderen van gevaarlijke wapens, zo die worden aangetroffen. Juist ter voorkoming van een oorlog moet de druk op Saddam Hoessein maximaal zijn. De Irakese president moet weten dat de internationale wereld desnoods geweld zal gebruiken om de dreiging van de massavernietigingswapens weg te nemen. Het is in dat licht van belang dat het internationale front tegen Irak gesloten blijft. De CDA-fractie interpreteert het verzoek van de Verenigde Staten als een verzoek om een bijdrage te leveren aan het verder opvoeren van de militaire druk. Het gaat dus absoluut niet om een bijdrage aan een concrete militaire actie. Zij is van mening dat dit verzoek in het licht van het bovenstaande positief bejegend moet worden. Hopelijk kan juist met

[1] Samenstelling:
Leden: Terpstra (VVD), Blaauw (VVD), Vos (GroenLinks), De Graaf (D66), Dijksma (PvdA), Van Oven (PvdA), De Haan (CDA), voorzitter, Koenders (PvdA), Karimi (GroenLinks), Timmermans (PvdA), Van Bommel (SP), Eurlings (CDA), Wilders (VVD), Van Aartsen (VVD), Janssen van Raay (LPF), ondervoorzitter, Zvonar (LPF), Smolders (LPF), Palm (LPF), Ormel (CDA), Ferrier (CDA), Teeven (Leefbaar Nederland), Huizinga-Heringa (ChristenUnie), De Nerée tot Babberich (CDA), Van Dijk (CDA) en Haverkamp (CDA).
Plv. leden: Geluk (VVD), Van den Doel (VVD), Dittrich (D66), Bussemaker (PvdA), Arib (PvdA), Hessels (CDA), Albayrak (PvdA), Van den Brand (GroenLinks), Netelenbos (PvdA), Van Velzen (SP), Sterk (CDA), Monique de Vries (VVD), Jorritsma-Lebbink (VVD), De Jong (LPF), Wiersma (LPF), Herben (LPF), Smilde (CDA), Rambocus (CDA), Jense (Leefbaar Nederland), Van der Staaij (SGP), Eski (CDA), Van Winsen (CDA) en Çörüz (CDA).

[2] Samenstelling:
Leden: Blaauw (VVD), K.G. de Vries (PvdA), Jorritsma-Lebbink (VVD), voorzitter, Vos (GroenLinks), Bakker (D66), Van den Doel (VVD), Koenders (PvdA), Van Beek (VVD), Karimi (GroenLinks), Timmermans (PvdA), Albayrak (PvdA), Herben (LPF), ondervoorzitter, Janssen van Raay (LPF), Hoogendijk (LPF), Van Winsen (CDA), Palm (LPF), Maatwijk (CDA), Rambocus (CDA), Kortenhorst (CDA), Teeven (Leefbaar Nederland), Huizinga-Heringa (ChristenUnie), Aasted-Madsen-van Stiphout (CDA), Van Velzen (SP), Algra (CDA) en Haverkamp (CDA).
Plv. leden: Van Aartsen (VVD), Geluk (VVD), Van den Brand (GroenLinks), Lambrechts (D66), Wilders (VVD), Van Oven (PvdA), Monique de Vries (VVD), Adelmund (PvdA), Smolders (LPF), Van den Brink (LPF), Groenink (LPF), De Haan (CDA), Wiersma (LPF), Bruls (CDA), Ferrier (CDA), Smilde (CDA), Jense (Leefbaar Nederland), Van der Staaij (SGP), Van Dijk (CDA), Van Bommel (SP), Jan de Vries (CDA) en Ormel (CDA).

KST86371
ISSN 0921 - 7371
Sdu Uitgevers
's-Gravenhage 2003

een dergelijke actie een vreedzame oplossing in de hand worden gewerkt. Het wegnemen van de dreiging via diplomatie is en blijft immers de beste weg.

De heer **Koenders** (PvdA) stelt allereerst dat met de unanieme aanvaarding van VN-resolutie 1441 door de Veiligheidsraad een enorme druk op Irak wordt gelegd om aan de wapeninspecties te voldoen en vervolgens ook tot ontwapening over te gaan. De in de resolutie aangegeven weg zal nu heel zorgvuldig, stap voor stap, moeten worden bewandeld teneinde de internationale rechtsorde te waarborgen. Dat betekent eerst inspecties, vervolgens een bijeenkomst van de Veiligheidsraad over het rapport van de inspecteurs met eventueel een nadere precisering van een «material breach» en ten slotte de formulering van «serious consequences».
De PvdA-fractie steunt Kofi Annan, de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties, die naar haar mening moet worden gezien als de centrale figuur in dezen, en beschouwt het verzoek van de Verenigde Staten om bij te dragen aan de planning ten behoeve van een mogelijk militair optreden als niet opportuun. Een voorbarige planning van een oorlog is ongewenst. Hoewel in de VN-resolutie ligt besloten dat het militaire middel uiteindelijk zal worden aangewend, moet thans alles op alles worden gezet om een diplomatieke oplossing te bewerkstelligen. Waarom zetten de Verenigde Staten zo hoog in met hun verzoek aan diverse landen? Een dergelijke verzoek zal naar de mening van de heer Koenders eerder leiden tot meer verdeeldheid dan tot een brede coalitie. Wat is overigens de aard van het verzoek? Om welke actie zou het dan gaan en wanneer zou die moeten plaatsvinden?
De heer Koenders memoreert een eerdere uitspraak van de Nederlandse regering dat van een eenduidige resolutie al een dermate grote druk uitgaat dat het niet nodig is om daarbovenop een militaire bijdrage te leveren. Het is in dat licht voorbarig om op het verzoek van de Verenigde Staten in te gaan. Kan informatie worden gegeven over het karakter van het gesprek dat binnenkort zal plaatsvinden met de Amerikaanse onderminister van Defensie?
Mede naar aanleiding van eerdere uitlatingen van staatssecretaris Van der Knaap over de uitzending van Nederlands materieel vraagt de heer Koenders naar de precieze rol van de Nederlandse onderzeeboot de Walrus en ander militair materieel in de regio. Hij gaat ervan uit dat de Nederlandse schepen nog steeds alleen worden ingezet ten behoeve van de operatie Enduring Freedom en dat er geen andersoortige spionageactiviteiten plaatsvinden, hetzij ten aanzien van Iran hetzij ten behoeve van een eventuele militaire actie tegen Irak. Hij is voorts benieuwd welke landen nog meer het verzoek van de VS hebben gekregen om bij te dragen aan de planning ten behoeve van een mogelijk militair optreden. Wat is overigens het doel van het opvoeren van de druk? Wie bepaalt wanneer een eventuele actie begint? De heer Koenders is van mening dat alleen de Veiligheidsraad dit zal kunnen doen. Hoe waarborgt het demissionaire kabinet dat er geen onomkeerbare stappen door Nederland worden genomen?
Wat is de reactie van de regering op de uitlatingen van Richard Pearl, een raadgever van de Amerikaanse regering, dat de handelwijze van Irak er eigenlijk niet toe doet, dat het regime in Irak hoe dan ook zal moeten veranderen en dat het in feite alleen maar een kwestie is van wachten op het moment van militaire acties tegen Irak? Welke garanties heeft de regering dat een eventuele militaire actie proportioneel en effectief is?
De heer Koenders memoreert ten slotte de uitspraak van een aantal leden van de administratie van de Verenigde Staten dat als Irak op 8 december geen lijst met massavernietigingswapens heeft overhandigd, Irak op dat moment al bezig is met een «material breach». Is de consequentie van een dergelijke uitspraak dat dan eventueel gevolg zal moeten worden gegeven aan het verzoek om een bijdrage te leveren aan de planning en vervolgens ook militaire actie te voeren?

Mevrouw **Karimi** (GroenLinks) wijst allereerst op de zinsnede in de brief dat de Nederlandse regering onderzoekt of en in hoeverre zij gevolg kan en wil geven aan het verzoek van de regering van de Verenigde Staten. Is dat onderzoek inmiddels afgerond en, zo ja, wat is de uitkomst daarvan? GroenLinks acht het regime van Saddam Hoessein verwerpelijk, erkent dat een reële dreiging uitgaat van de aanwezigheid van massavernietigingswapens in Irak, maar is desalniettemin van mening dat het middel van een oorlog erger is dan de kwaal van het regime van Saddam Hoessein.
Zij vraagt vervolgens waarom de regering niet meteen negatief heeft gereageerd op het verzoek van president Bush in Praag. Immers, er is met VN-resolutie 1441 een traject in gang gezet dat eerst volledig doorlopen zal moeten worden. Een planning van een oorlog is op dit moment dus absoluut niet aan de orde. Bovendien zal de Veiligheidsraad aan zet zijn op het moment dat zich problemen voordoen met de uitvoering van de resolutie. Mevrouw Karimi merkt op dat een Nederlandse bijdrage helemaal niet nodig is voor het opvoeren van de druk op Irak. Daarvoor zijn de Amerikaanse dreigementen al voldoende. Verder zou een regering met een demissionaire status een grote terughoudendheid moeten betrachten als het gaat om een onderwerp als een mogelijke oorlog.
Het baart mevrouw Karimi grote zorgen dat Nederland zou kunnen worden meegezogen in een oorlog. Die zorgen heeft haar fractie ook uitgesproken toen het ging om het leveren van manschappen en materieel ten behoeve van de operatie Enduring Freedom in Afghanistan. De minister van Defensie heeft tijdens een vorig algemeen overleg ontkend dat de Nederlandse onderzeeboot de Walrus activiteiten richting Irak pleegt. Staatssecretaris Van der Knaap heeft echter duidelijk aangegeven dat de activiteiten van deze onderzeeboot – het onderzoeken van de toegangswegen naar Irak – op dit moment worden gepleegd in het kader van de voorbereidingen van een eventuele oorlog tegen Irak. Verder zijn er geruchten dat ook spionageactiviteiten richting de Iraanse marine hebben plaatsgevonden. In welk kader hebben die activiteiten plaatsgevonden? Is er ook sprake van een voorbereiding van een eventuele oorlog tegen Iran? Naar de mening van mevrouw Karimi hebben deze activiteiten ten aanzien van Irak en Iran geen enkele relatie met de operatie Enduring Freedom.
Mevrouw Karimi benadrukt ten slotte dat Nederland meteen «nee» had moeten zeggen tegen het verzoek van de Verenigde Staten. Dat antwoord moet alsnog worden gegeven. Er moet geen medewerking worden verleend aan welke voorbereiding dan ook van een oorlog tegen Irak.

Mevrouw **Van Velzen** (SP) heeft naar aanleiding van uitlatingen van diverse Amerikaanse en Britse hoogwaardigheidsbekleders de indruk dat op 8 december, de dag waarop een eerste deadline van resolutie 1441 voor Irak verstrijkt, al een oorlog zou kunnen worden begonnen. Die indruk wordt nog versterkt door de pogingen van de Amerikaanse regering om een coalitie van bereidwillige en capabele landen te formeren. Wat wordt er verstaan onder «een planning ten behoeve van een mogelijk militair optreden»? Ligt dat op stafniveau en, zo ja, over welke Nederlandse staf gaat het dan? Wanneer zal een reactie op het Amerikaanse verzoek moeten worden gegeven? Wat is het verband met de deadline van 8 december aanstaande? Wordt een eventuele onjuiste verklaring van de Irakese regering direct beschouwd als een wezenlijk verzuim en, zo ja, heeft dat dan concrete oorlogsvoorbereidingen tot gevolg? Hoe moet dat dan vastgesteld worden? De uiteindelijke rapportage van de wapeninspecteurs is immers pas eind februari 2003 gepland. Voor welke concrete militaire werkzaamheden is Nederland gevraagd en om welke termijn gaat het daarbij? Kan voorts meer informatie worden gegeven over het geplande bezoek van de onderministers van Defensie en van Buitenlandse Zaken van de Verenigde Staten? Zal tijdens dat bezoek ook

over een mogelijke vervolgresolutie worden gesproken, die in de ogen van de SP noodzakelijk is om een en ander nader te specificeren?
Mevrouw Van Velzen meent dat er aanleiding is om te veronderstellen dat sprake is van concrete voorbereidingen van een militaire actie tegen Irak. Ook zij dringt aan op duidelijkheid over de rol, de taak en de activiteiten van de Walrus. Er hebben twee Amerikaanse bevoorradingsschepen gedurende tien dagen in de Eemshaven gelegen. Worden deze schepen ingezet om andere schepen die mogelijk een rol zullen spelen in deze oorlogsvoorbereidingen, te voorzien van brandstof- en voedselvoorraden? Komen er nog meer schepen naar de Eemshaven? Zijn de geruchten juist dat er ook schepen naar andere Nederlandse havens zullen komen? Kan daarnaast worden bevestigd dat Amerikaanse schepen via de Westerschelde varen nadat zij goederen in Antwerpen hebben gehaald ten behoeve van de voorbereiding van een eventuele aanval op Irak? Zijn er Nederlanders betrokken bij de overslag van deze militaire goederen in de Antwerpse haven? Wie zijn dit dan en welke taak hebben zij?
Mevrouw Van Velzen wijst op berichten in de media dat Rusland afspraken heeft gemaakt met Amerika over het respecteren van Russische belangen in Irak nadat het regime van Saddam Hoessein is verdreven en over de hoogte van de olieprijs. Voorts zijn er berichten dat ook Turkije beloften zijn gedaan over revenuen uit het Irak van na Saddam Hoessein. Kan hierover meer informatie worden gegeven en kunnen ook de Franse en Nederlandse belangen daarbij worden meegenomen?
Ten slotte benadrukt mevrouw Van Velzen dat niet alleen Irak maar ook alle andere landen gebonden zijn aan resolutie 1441. Waarom worden niet eerst de resultaten van resolutie 1441 afgewacht alvorens wordt overgegaan tot het organiseren van sabelgekletter?

Ook de heer **Palm** (LPF) benadrukt dat er, mede gezien gebeurtenissen in het recente verleden, een grote dreiging uitgaat van het Irak van Saddam Hoessein. Met de aanvaarding van VN-resolutie 1441 wordt Saddam Hoessein in feite een laatste kans geboden om een militaire actie af te wenden door mee te werken aan de ontmanteling van massavernietigingswapens. Het is van groot belang dat resolutie 1441 wordt uitgevoerd en dat de resultaten van de wapeninspecteurs en de ontwikkelingen naar aanleiding van deze resolutie nauwlettend worden gevolgd.
De heer Palm acht een voorbereiding ten behoeve van een mogelijk militair optreden tegen Irak thans volstrekt opportuun. Hoe staat de regering overigens tegenover het verzoek van de VS om bij te dragen aan een dergelijke planning? Hoewel de LPF uiteraard geen voorstander is van een oorlog tegen Irak, kan niet worden uitgesloten dat Nederland uiteindelijk zal moeten bijdragen aan een militaire actie tegen dat land.

De heer **Van Aartsen** (VVD) stelt dat Saddam Hoessein een gevaar voor de wereldvrede vormt. Zijn regime vormt een gevaar voor de eigen bevolking van Irak en voor de regio. Het heeft in de afgelopen tien jaar een aanzet tot twee oorlogen gegeven en er is sprake van een betrokkenheid van Irak met de Hamas en de Jihad. In die zin vormt Saddam Hoessein ook een bedreiging voor de staat Israël en het vredesproces in het Midden-Oosten.
Ook de heer Van Aartsen benadrukt het belang van de internationale rechtsorde. Het is significant dat VN-resolutie 1441 op 8 november jongstleden unaniem is aanvaard. Niet alleen de vijf permanente leden maar ook landen als Syrië en Mexico hebben zich achter deze resolutie geschaard. De resolutie kan volgens de heer Van Aartsen ook worden beschouwd als een uiting van de frustratie binnen de VN over het consequent negeren door Saddam Hoessein van alle resoluties aan zijn adres. Zo is het onbegrijpelijk dat Saddam Hoessein in 1999 resolutie 1284 heeft genegeerd, terwijl een tegemoetkoming aan die resolutie in het belang van de Irakese bevolking zou zijn geweest.

De heer Van Aartsen merkt vervolgens op dat de president van de Verenigde Staten en de secretaris-generaal van de Verenigde Naties elkaar moeten blijven steunen. De Veiligheidsraad is nu eerst aan zet, maar diplomatie zonder druk, zonder follow-up met kracht en macht, werkt niet. Nederland moet meewerken aan het opvoeren van de druk op Irak en moet bereid zijn om de secretaris-generaal van de VN te volgen als Irak onverhoopt niet of onvoldoende meewerkt aan de uitvoering van resolutie 1441. De brede coalitie tegen Irak dient een gesloten front te blijven. Immers, op het moment dat landen afhaken omdat zij nog niet willen aangeven of zij de ultieme consequentie van de resolutie voor hun rekening willen nemen, neemt de druk op Irak af. De heer Van Aartsen vindt niet dat er sprake is van een voorbarig verzoek van de Verenigde Staten om mee te werken aan een planning ten behoeve van een mogelijk militair optreden. Er is sprake van een consequent doorredeneren van de operationele paragrafen van de Veiligheidsraadresolutie. Door middel van deze planning wordt het Irakese regime duidelijk gemaakt wat de consequenties zullen zijn van het niet of onvoldoende meewerken aan de uitvoering van de resolutie.
Ten slotte is de heer Van Aartsen van mening dat de demissionaire status van het kabinet geen belemmering vormt ten aanzien van het dossier Irak. Hij stelt onder verwijzing naar de lange historie van het Nederlandse staatsrecht dat het gebruikelijk is dat een Nederlands kabinet ten aanzien van internationale politiek en internationale aangelegenheden alle maatregelen neemt die absoluut noodzakelijk zijn. Juist op dit punt heeft een demissionair kabinet alle bevoegdheden.
Desgevraagd geeft de heer Van Aartsen nog aan dat hij de «schone handen»-politiek van de Duitse Bondsregering, ook in het licht van hetgeen deze regering in de afgelopen vier jaar heeft gedaan, merkwaardig vindt.

De heer **De Graaf** (D66) is niet erg gelukkig met de wijze waarop de druk door de Amerikaanse regering wordt opgevoerd door voluit en in het openbaar te praten over een militaire actie. Naar zijn mening moeten eerst de resultaten van de wapeninspecties worden afgewacht. Vervolgens is de Veiligheidsraad aan zet en komt eventueel de vraag aan de orde of een gelegitimeerd militair optreden opportuun en wenselijk is, gegeven de risico's en de omstandigheden in de regio. In dat licht is het verzoek van de Amerikanen om een bijdrage te leveren aan de planning ten behoeve van een mogelijk militair optreden zeer voorbarig. Is overigens bekend wat zij precies bedoelen met een dergelijk verzoek? De Nederlandse regering schrijft in haar brief dat zij dit verzoek ernstig neemt en onderzoekt of en in hoeverre zij hieraan gevolg kan en wil geven. Wat moet hier nu eigenlijk onder worden verstaan? Erkent de regering dat pas een daadwerkelijk oordeel over een bijdrage aan een eventuele militaire actie kan worden gegeven als alle omstandigheden bekend zijn en de opportuniteits- en legitimiteitsvragen zorgvuldig kunnen worden beantwoord?

Het antwoord van de bewindslieden

De **minister van Buitenlandse Zaken** benadrukt allereerst dat de brief van de regering moet worden gezien als een notificatie van het feit dat een verzoek aan haar is gedaan om een bijdrage te leveren aan de planning ten behoeve van een mogelijk militair optreden tegen Irak. Over een dergelijke notificatie zijn in het verleden afspraken gemaakt in het kader van het toetsingskader en de artikel 100-procedure. Voorts is zij conform de aanbevelingen van de Tijdelijke commissie besluitvorming uitzendingen. De regering heeft slechts besloten om naar aanleiding van een verzoek van de Verenigde Staten een gesprek aan te gaan. Zij neemt dat verzoek serieus en onderzoekt of en in hoeverre zij hieraan gevolg kan en

wil geven. Zij heeft echter nog geen standpunt ingenomen naar aanleiding van dat verzoek. Er ligt dus ook nog geen besluit voor. Het staat de Kamer uiteraard vrij om de regering alles mee te geven wat zij wenst, maar er kan op dit moment nog niet worden ingegaan op de inhoudelijke vragen die vooruitlopen op een eventueel besluit van de Nederlandse regering.
De bewindsman stelt met klem dat de opmerking van enkele woordvoerders dat Nederland nu voorbarig bij de planning van een oorlog wordt betrokken, ver bezijden de waarheid is. Zodra de regering een beslissing heeft genomen over het Amerikaanse verzoek, zal zij deze beslissing uiteraard aan de Kamer voorleggen. De daadwerkelijke besluitvorming vindt immers in het parlement plaats. Afgezien van de notificatie heeft er dus geen enkele feitelijke beweging in besluitvormende zin van de regering plaatsgevonden. Een gesprek met de Amerikaanse regering over haar verzoek zal plaatsvinden tijdens het bezoek van de Amerikaanse onderminister van Buitenlandse Zaken Grossman aan Nederland, dat op een later tijdstip zal plaatsvinden. De Kamer zal uiteraard direct en volledig over de uitkomsten van dat gesprek worden geïnformeerd. Daarover zal vanzelfsprekend een uitgebreid debat kunnen plaatsvinden.
De minister van Buitenlandse Zaken is van mening dat het spoor van de Veiligheidsraad tot het bittere einde moet worden afgelopen en wenst niet uit te gaan van een oorlog zolang dat spoor via resolutie 1441 niet volledig is afgelegd. Hij memoreert de uitspraak van de secretarisgeneraal van de Verenigde Naties dat de Veiligheidsraad zijn verantwoordelijkheden zal moeten nemen op grond van de «serious consequences» die in resolutie 1441 worden vermeld, indien Irak zich niet houdt aan de resolutie. Deze resolutie was er nooit gekomen als Saddam Hoessein niet al onder maximale militaire druk was gezet. Recht heeft af en toe macht nodig om recht te zijn. Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een «material breach» door Irak zal worden bezien of sprake is van «een consistent pattern of non-compliance» met de resolutie. Daarover zal in de Veiligheidsraad gesproken moeten worden en daarover heeft Nederland ook een eigen, separate afweging te maken.
De minister verwijst ten slotte naar het algemeen overleg van november jongstleden, waarin uitgebreid is gesproken over de opvatting van de regering over resolutie 1441. Tijdens dat overleg is ook gesproken over de positie van de Verenigde Staten en de verschillende deadlines die in de resolutie worden vermeld. Voorts is de opvatting van de regering over een eventuele «material breach» uitgebreid aan de orde geweest. Ook hij benadrukt dat resolutie 1441 een kans moet hebben en dat het ten principale gaat om het waarborgen van de internationale rechtsorde. Daarbij passen verschillende middelen, waarbij het gebruik van militair geweld moet worden beschouwd als een ultimum remedium.

De **minister van Defensie** bevestigt dat zich momenteel een Nederlandse onderzeeboot in de regio bevindt. In de brief van 30 november 2001 is vastgelegd dat deze onderzeeboot tot doel heeft inlichtingen te verzamelen ten behoeve van de bescherming en de beveiliging van schepen in de wateren aldaar. De ondersteunende maritieme operatie is gericht op het voorkomen van het vertrek van de verdachten en ook contrabande uit Afghanistan enerzijds en op de beveiliging van de waterwegen anderzijds. Dit alles speelt zich af in het kader van de operatie Enduring Freedom en beslist niet in het kader van resolutie 1441. Bovendien speelt de operatie zich af in internationale wateren, tenzij landen toestemming hebben gegeven om in hun territoriale wateren te komen. De minister wil niet nader ingaan op de inlichtingen die verzameld worden, maar spreekt de bereidheid uit om dat eventueel in een later stadium in een vertrouwelijk overleg te doen. Hij erkent desgevraagd dat Amerikaanse officieren aan boord van de Walrus zijn geweest om het communicatieverkeer te kunnen opnemen. Deze officieren beschikken

over de noodzakelijke talenkennis om dat te kunnen doen. De bewindsman spreekt de bereidheid uit om de Kamer achteraf vertrouwelijk te informeren over de operatie.
Wat de aanwezigheid van een Amerikaans bevoorradingschip in de Eemshaven betreft, verwijst de minister naar de uitgebreide beantwoording van schriftelijke vragen van de heer Van Bommel. Het gaat hierbij uitsluitend om voedselvoorraden. Een deel daarvan zal wellicht bestemd zijn voor andere Amerikaanse marineschepen. Het is hem echter niet bekend wat die andere Amerikaanse marineschepen, die behoren tot de zesde vloot, precies doen.
Ook de gebruikmaking van de Westerschelde door Amerikaanse schepen is een zaak die van de Nederlandse regering geen bijzondere aandacht vraagt. Er is hem geen informatie bekend over de overslag van goederen in de haven van Antwerpen ten behoeve van de voorbereiding van een eventuele oorlog tegen Irak. Het staat Nederlanders overigens uiteraard vrij om te werken in een Belgische haven.

De voorzitter van de vaste commissie voor Buitenlandse Zaken,
De Haan

De voorzitter van de vaste commissie voor Defensie,
Jorritsma-Lebbink

De griffier van de vaste commissie voor Buitenlandse Zaken,
Van Oort

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2002–2003

23 432 De situatie in het Midden-Oosten

Nr. 69

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BUITENLANDSE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 30 januari 2003

Graag bied ik u mede namens de Minister van Defensie hierbij, naar aanleiding van het verzoek bij de Regeling van Werkzaamheden van heden, een overzicht aan van de recente internationale ontwikkelingen m.b.t. Irak, dat mede strekt tot antwoord op het verzoek van de vaste commissie voor Buitenlandse Zaken van 20 januari 2003 (zie bijalge).

Op 27 januari hebben Hoofd UNMOVIC Blix en Voorzitter van IAEA hun rapporten aan de Veiligheidsraad gepresenteerd over de bevindingen van de eerste fase van de inspecties. Hieruit is gebleken dat de Iraakse medewerking met de VN-wapeninspecteurs te wensen overlaat en dat Irak «nog steeds niet tot een volledige aanvaarding» is gekomen van de ontwapeningseisen die het land zijn opgelegd. In zijn rapport heeft dhr. Blix vastgesteld dat Irak weliswaar logistiek («process») redelijk goed meewerkt aan de inspecties, maar dat de inhoudelijke («substance») samenwerking een aantal problemen heeft opgeleverd. Zo merkt dhr. Blix onder andere op dat Irak gebrekkige informatie aan de inspecteurs heeft verleend en bewust bepaalde informatie heeft achterhouden. Bijzonder verontrustend is onder meer dat Irak volgens UNMOVIC in het bezit zou kunnen zijn van de zeer giftige VX-agenten en van meer anthrax dan het in zijn verklaring van 7 december 2002 beweert heeft te bezitten.

De regering is zeer bezorgd over deze rapportage. Het beleid van de regering – en van de internationale gemeenschap – is en blijft gericht op de ontwapening van Irak. Daartoe strekken ook resolutie 1441 en alle daaraan voorafgaande Veiligheidsraadresoluties. Deze, en met name resolutie 1441, maken serieuze inspecties mogelijk maar eisen daarbij vooral ook de actieve medewerking van Irak.

Helaas is het rapport van dhr. Blix duidelijk: van serieuze, actieve medewerking van Irak is tot op heden geen sprake. Dhr. Blix heeft derhalve Irak opgeroepen deze medewerking alsnog te verlenen. De regering – en de internationale gemeenschap – heeft zich bij deze oproep aangesloten. In resolutie 1441 wordt gestipuleerd dat de bewijslast bij Irak ligt, niet bij de

KST86408
ISSN 0921 - 7371
Sdu Uitgevers
's-Gravenhage 2003

VN-inspecteurs. Die systematiek houdt niet in dat Irak onschuldig is totdat de VN het tegendeel bewezen heeft. Irak moet volledige verantwoording afleggen over zijn massavernietigingswapenprogramma's en aantonen dat daar volledig een eind aan gekomen is.

Na afloop van de briefing van Blix en El-Baradei gaven de leden van de Veiligheidsraad hun eerste reactie op de rapporten. Volgens de VS en het VK voldeed Irak niet aan de in Veiligheidsraadresolutie 1441 genoemde ijkpunten op het gebied van pro-actieve medewerking en van de accurate en complete verklaring betreffende massavernietigingswapens. De meeste leden van de Veiligheidsraad erkenden dat van pro-actieve medewerking aan Iraakse zijde geen sprake is, maar wilden de inspecties meer tijd gunnen. Ook de regering is van mening dat dhr. Blix en de wapeninspecteurs de tijd moeten krijgen om hun werk af te maken overeenkomstig resolutie 1441 of – onverhoopt – te constateren dat dit onmogelijk is omdat Irak onvoldoende meewerkt.

De VS diende nog geen voorstel voor een verder besluit door de Veiligheidsraad in. In zijn State of the Union kondigde President Bush echter aan dat Minister Powell op 5 februari nadere «information and intelligence» aan de Veiligheidsraad zal voorleggen. De leden van de Veiligheidsraad zullen tijdens deze Veiligheidsraadbijeenkomst veelal vertegenwoordigd worden door hun Minister van Buitenlandse Zaken. De bijeenkomst zal waarschijnlijk ook kunnen worden bijgewoond door VN-lidstaten die niet lid zijn van de Veiligheidsraad, maar alleen de leden van de Veiligheidsraad zullen het woord mogen voeren. Daarnaast heeft Duitsland, de voorzitter van de Veiligheidsraad in de maand februari, voorlopig een briefing op basis van verdere rapportage van Blix en El Baradei op 14 februari gepland. Deze gang van zaken sluit volledig aan bij het proces zoals dat in VR-resolutie 1441 is afgesproken. De regering juicht dit toe. Het is immers van groot belang de integriteit van dit proces te respecteren.

In de EU boog de RAZEB zich op 27 en 28 januari over de laatste ontwikkelingen rond Irak, mede met het oog op het rapport van dhr. Blix. De Raad aanvaardde conclusies over Irak waarin steun werd bevestigd voor de inspanningen van de VN, met als doel volledige ontwapening van Irak's massavernietigingswapens. Irak werd opgeroepen alle relevante VNVR-resoluties na te leven en in het bijzonder resolutie 1441, die de Iraakse regering een laatste kans biedt op een vreedzame oplossing van de crisis. De Raad riep Irak op volledige en actieve medewerking te verlenen aan UNMOVIC en IAEA. Tenslotte sprak de Raad waardering uit voor het werk van de inspecteurs tot nog toe en verwelkomde het de voorziene voortzetting en intensivering van de inspecties. Ik heb in de discussie o.a. gesteld dat de inspecteurs in Irak hun werk moesten kunnen voortzetten, maar dat alleen bij volledige medewerking door Irak een vreedzame oplossing van de crisis mogelijk zou zijn. Daartoe moest de internationale druk op Irak – ook door middel van de dreiging met geweld – nadrukkelijk worden gehandhaafd.

In de State of the Union heeft President Bush de door hem ingezette beleidslijn verder doorgetrokken. De VS heeft sinds september gewerkt aan een doelgericht beleid dat moet leiden tot een beëindiging van Irak's massavernietigingswapenspotentieel, via het VN-spoor en bij voorkeur op vreedzame wijze, maar zonodig met andere middelen. Daarbij heeft President Bush gedaan wat dhr. Blix op 27 januari ook heeft gedaan, namelijk vaststellen dat Saddam Hussein de uitgangspunten van de procedure van resolutie 1441 niet heeft geaccepteerd.

Discussie in de NAVO

De regering is van mening dat deze druk noodzakelijk is voor het bereiken van de vreedzame oplossing waarvoor Nederland zich inzet in het kader van de VN. Ook voorbereidende militaire planning is onderdeel van het opvoeren van deze druk. In dit kader heeft de Verenigde Staten de NAVO voorgesteld aan te vangen met voorbereidende militaire planning ten aanzien van mogelijke defensieve en ondersteunende rol van de NAVO in geval het tot een militair optreden tegen Irak zou komen.

De SG NAVO heeft daarop een voorstel gedaan de NAVO militaire autoriteiten de opdracht te geven te beginnen met militaire planning met betrekking tot de mogelijke inzet van AWACS, van luchtverdedigingssystemen voor Turkije, de beveiliging van Amerikaanse bases in Europa en van mogelijk gebruik van maritieme eenheden van de NAVO in de oostelijke Middellandse Zee.
Reeds tijdens de NAVO-top in Praag hebben de staatshoofden en regeringsleiders hun volledige steun uitgesproken voor de implementatie van resolutie 1441. De Kamer werd over de mogelijke betrokkenheid van de NAVO schriftelijk geïnformeerd op 2 december 2002 (TK 28 676, nr. 5) en 6 december 2002 (TK 23 432, nr. 65).

De NAVO ondersteunt derhalve het beleid dat door de Verenigde Naties wordt gevolgd. Om bovenstaande redenen is de Nederlandse regering bereid in te stemmen met het voorstel van SG NAVO om in NAVO-verband over te gaan tot «prudent planning and defensive preparedness».

Tenslotte geeft de regering er sterk de voorkeur aan dat, als zou moeten worden geconcludeerd tot «material breach», zulks zou worden gedaan in de vorm van een nieuwe Veiligheidsraadresolutie, waarin tevens verdere maatregelen tegen Irak expliciet worden gesanctioneerd. De regering zal zich overigens onder alle omstandigheden – nadat «materiel breach» is geconstateerd – hierover een zelfstandig oordeel vormen en een eigen afweging maken welke stappen de regering gerechtvaardigd acht en welke bijdrage Nederland daaraan zou willen en kunnen leveren.

De Minister van Buitenlandse Zaken,
J. G. de Hoop Scheffer

Bijlage

Aan de minister van Buitenlandse Zaken

Den Haag, 20 januari 2003

Namens de vaste commissie voor Buitenlandse Zaken verzoek ik u de commissie schriftelijk te informeren over het positieve regeringsbesluit ten aanzien van het formele bijstandsverzoek van de regering van de Verenigde Staten aan de NAVO bij een eventueel militair ingrijpen in Irak. De commissie is in het bijzonder geïnteresseerd van u te vernemen hoe het regeringsstandpunt zich verhoudt tot het primaat van de Verenigde Naties inzake de legitimatie van het nemen van maatregelen tegen Irak.

De griffier van de vaste commissie voor Buitenlandse Zaken,
Van Oort

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2002–2003

23 432 De situatie in het Midden-Oosten

Nr. 74

VERSLAG VAN EEN ALGEMEEN OVERLEG

Vastgesteld 6 februari 2003

De vaste commissie voor Buitenlandse Zaken[1] en de vaste commissie voor Defensie[2] hebben op 18 december 2002 overleg gevoerd met minister De Hoop Scheffer van Buitenlandse Zaken en minister Kamp van Defensie over:

- **de brief van de minister van Buitenlandse Zaken en de minister van Defensie d.d. 6 december 2002 inzake het Amerikaanse verzoek aan de Nederlandse regering over mogelijk militair optreden tegen Irak (23 432, nr. 65);**
- **de brief van de minister van Buitenlandse Zaken over het regeringsstandpunt inzake het door Irak aan de VN overhandigde wapendossier (23 432, nr 67).**

Van dit overleg brengen de commissies bijgaand beknopt verslag uit.

Vragen en opmerkingen uit de commissies

De heer **Eurlings** (CDA) steunt de positieve reactie van de Nederlandse regering op het verzoek van de Amerikaanse regering om een bijdrage te leveren aan de planning van mogelijk militair optreden tegen Irak. Gelet op het gevoelige karakter van de materie pleit hij voor een zo breed mogelijke steun in het parlement voor het beleid van de regering. Er is geen sprake van een eerste stap naar een onvermijdelijke oorlog, maar van het opvoeren van de druk op Irak om uitvoering te geven aan resolutie 1441 van de VN-Veiligheidsraad. Het inzetten van wapeninspecteurs is de beste methode om het regime van Irak te ontwapenen, omdat deze methode

[1] Samenstelling:
Leden: Terpstra (VVD), Blaauw (VVD), Vos (GroenLinks), De Graaf (D66), Dijksma (PvdA), Van Oven (PvdA), De Haan (CDA), voorzitter, Koenders (PvdA), Karimi (GroenLinks), Timmermans (PvdA), Van Bommel (SP), Eurlings (CDA), Wilders (VVD), Van Aartsen (VVD), Janssen van Raay (LPF), ondervoorzitter, Zvonar (LPF), Smulders (LPF), Palm (LPF), Ormel (CDA), Ferrier (CDA), Teeven (Leefbaar Nederland), Huizinga-Heringa (ChristenUnie), De Nerée tot Babberich (CDA), Van Dijk (CDA) en Haverkamp (CDA).
Plv. leden: Geluk (VVD), Van den Doel (VVD), Dittrich (D66), Bussemaker (PvdA), Arib (PvdA), Hessels (CDA), Albayrak (PvdA), Van den Brand (GroenLinks), Netelenbos (PvdA), Van Velzen (SP), Sterk (CDA), Monique de Vries (VVD), Jorritsma-Lebbink (VVD), De Jong (LPF), Wiersma (LPF), Herben (LPF), Smilde (CDA), Rambocus (CDA), Jense (Leefbaar Nederland), Van der Staaij (SGP), Eski (CDA), Van Winsen (CDA) en Çörüz (CDA).

[2] Samenstelling:
Leden: Blaauw (VVD), K.G. de Vries (PvdA), Jorritsma-Lebbink (VVD), voorzitter, Vos (GroenLinks), Bakker (D66), Van den Doel (VVD), Koenders (PvdA), Van Beek (VVD), Karimi (GroenLinks), Timmermans (PvdA), Albayrak (PvdA), Herben (LPF), ondervoorzitter, Janssen van Raay (LPF), Hoogendijk (LPF), Van Winsen (CDA), Palm (LPF), Maatwijk (CDA), Rambocus (CDA), Kortenhorst (CDA), Teeven (Leefbaar Nederland), Huizinga-Heringa (ChristenUnie), Aasted-Madsen-van Stiphout (CDA), Van Velzen (SP), Algra (CDA) en Haverkamp (CDA).
Plv. leden: Van Aartsen (VVD), Geluk (VVD), Van den Brand (GroenLinks), Lambrechts (D66), Wilders (VVD), Van Oven (PvdA), Monique de Vries (VVD), Adelmund (PvdA), Smolders (LPF), Van den Brink (LPF), Groenink (LPF), De Haan (CDA), Wiersma (LPF), Bruls (CDA), Ferrier (CDA), Smilde (CDA), Jense (Leefbaar Nederland), Van der Staaij (SGP), Van Dijk (CDA), Van Bommel (SP), Jan de Vries (CDA) en Ormel (CDA).

KST66579
ISSN 0921 - 7371
Sdu Uitgevers
's-Gravenhage 2003

breed wordt gedragen en het minst risicovol is. Bovendien is de kans op slachtoffers het kleinst. De druk op het regime in Irak om mee te werken, moet dan wel zo groot mogelijk zijn. Een nieuwe resolutie van de VN-Veiligheidsraad is zeer belangrijk, maar geen absolute noodzaak. Als dit laatste wel gold, zouden landen als Frankrijk en Rusland een ultiem veto in handen krijgen. Als er sprake mocht zijn van «material breach», is een nieuwe resolutie van de VN-Veiligheidsraad wel zeer wenselijk.
Het wachten is nu op de rapportage van de heer Blix aan de VN-Veiligheidsraad, die naar verwachting op 19 december 2002 zal verschijnen. De Amerikaanse regering zou reeds beschikken over een niet-officiële lijst, waar veel meer gegevens op staan. Weet de regering daarvan en hoe moeten deze geruchten worden beoordeeld?

Mevrouw **Karimi** (GroenLinks) merkt op dat de massavernietigingswapens waarover Irak eventueel zou beschikken een risicofactor vormen. Een oorlog tegen het regime van Saddam Hussein is wegens de daaraan verbonden risico's echter niet het juiste antwoord op deze dreiging, want dan zou het middel erger worden dan de kwaal. Volgens haar informatie verloopt het contact tussen de wapeninspecteurs en de Iraakse autoriteiten vrijwel zonder incidenten en zij wil graag van de regering weten hoe deze de gang van zaken rond de wapeninspecties in Irak beoordeelt. Het uitblijven van spectaculaire ontdekkingen door de wapeninspecteurs naarmate de inspectie vordert, stelt mevrouw Karimi gerust, hoewel zij erkent dat de mogelijkheid bestaat dat nog niet alles is gevonden. De combinatie van de soepele samenwerking tussen de autoriteiten en de inspecteurs en het uitblijven van vondsten geeft aanleiding voor het perspectief dat het gevaar misschien groter is beoordeeld dan het in werkelijkheid is.
Mevrouw Karimi vindt het terecht dat de regering het oordeel over de inhoud van de Iraakse declaratie en over de vraag of er sprake is van «material breach» overlaat aan de VN-Veiligheidsraad. Daarom verbaast het haar dat de regering zich het recht voorbehoudt om zelf een oordeel te vellen als de VN-Veiligheidsraad er niet uitkomt. De regering vertrouwt er echter op dat het proces waartoe in resolutie 1441 is besloten, zal leiden tot een evenwichtige oordeelsvorming. De regering heeft dan toch geen ruimte meer om een eigen standpunt in te nemen? Juist omdat de regering vertrouwt op het oordeel van de VN-Veiligheidsraad, vindt mevrouw Karimi de positieve reactie op het verzoek van de Amerikanen voorbarig. Bovendien steunt de regering hierdoor Amerikaans unilateralisme. Inzet van militaire middelen is legitiem, als dit gebeurt op basis van een nieuwe resolutie van de VN-Veiligheidsraad, waarin wordt omschreven wat «material breach» is en wat de «serious consequences» zijn waarover in resolutie 1441 wordt gesproken. Voor het beoordelen van de noodzaak tot militair ingrijpen gaat het echter niet alleen om het criterium legitimiteit, maar spelen ook proportionaliteit en effectiviteit een rol. Zij kan zich geen situatie voorstellen waarin een oorlog tegen Saddam Hussein effectief zou zijn.
Ten slotte vraagt zij wat de beginselbereidheid nu precies inhoudt. Is er nu al sprake van het verlenen van overvliegvergunningen en van het faciliteren van doorvoer over het Nederlandse grondgebied in het kader van de voorbereidingen die de Amerikanen aan het treffen zijn? Zij benadrukt overigens dat zij deze beginselbereidheid van de regering niet steunt.

Mevrouw **Van Velzen** (SP) heeft onlangs begrepen dat een viertal Nederlandse bedrijven heeft meegewerkt aan het programma voor de ontwikkeling van massavernietigingswapens, waaronder Melchemie, KBS Holland en Delft Instruments. Kan de regering de betrokkenheid van deze Nederlandse bedrijven bevestigen of ontkennen en wanneer zijn voor deze leveranties eventueel vergunningen afgegeven? Indien de leveranties hebben plaatsgevonden, is de regering dan van mening dat deze in strijd

zijn met het Nederlandse wapenexportbeleid en is de minister bereid om de Kamer hierover vandaag uitsluitsel te geven? De bron waarover mevrouw Van Velzen beschikt heeft inzage in zowel de recente UNSCOM-rapporten als het Irak-rapport en zal deze morgen naar buiten brengen. Zij zal ervoor zorgen dat de desbetreffende informatie wordt toegezonden aan de regering en aan de Kamer.
De Duitse Tageszeitung heeft gemeld een exemplaar van het rapport over Irak in haar bezit te hebben. Daaruit blijkt dat vanaf de jaren zeventig verschillende landen, in strijd met internationale verdragen, onderdelen voor massavernietigingswapens zouden hebben geleverd aan Irak. Dit zijn verontrustende berichten en zij vindt het van groot belang dat de regering, maar ook de Kamer, inzicht krijgt in de rapportages van Irak, zodat kan worden beoordeeld of Irak zijn afspraken nakomt en of er sprake is van een «material breach». Om een onafhankelijk oordeel te kunnen vormen over de noodzaak van oorlog of van andere maatregelen om de druk op Irak op te voeren, kun je niet gedeeltelijk geblinddoekt zijn. Mevrouw Van Velzen heeft er grote bezwaren tegen dat Nederland zou deelnemen aan operaties zonder inzage te krijgen in de rapportages. Verder maakt zij melding van geruchten dat de Amerikaanse regering de rapportages een dag in haar bezit heeft gehad en dat de VS aan Colombia verhoging van de militaire hulp zouden hebben beloofd in ruil voor het in handen krijgen van de rapporten. Klopt deze berichtgeving en hoe oordeelt de regering daarover?
Voor mevrouw Van Velzen is een eventuele militaire aanval op Irak op dit moment niet aan de orde. Eerst moeten de inspecteurs hun werk afmaken en moet de wereldgemeenschap rustig kunnen oordelen over de totale informatie die Irak biedt. Zij vraagt de regering met klem om af te zien van het opvoeren van de druk door middel van wat in haar ogen oorlogsvoorbereidingen zijn. Als toch wordt besloten tot deelname, moet niet alleen worden bezien of Irak zich aan de afspraken houdt, maar moet er ook een oordeel komen over de proportionaliteit en de effectiviteit van de te nemen maatregelen. De Amerikaanse regering heeft aangegeven bereid te zijn landen die massavernietigingswapens bezitten, preventief aan te vallen, desnoods met kernwapens. Acht de regering het denkbaar dat Nederland deelneemt aan een oorlog waarin kernwapens worden ingezet? Wat betekent dit voor Nederlandse deelname in het licht van de NAVO-kernwapentaak die Nederland ook op eigen grondgebied huisvest?

Volgens de heer **Koenders** (PvdA) ontbreken in de discussie over Irak elementen als de toekomst van dat land, de aard van eventuele oorlogvoering en de risico's en de planning daarvan. Waartoe blijft de planning beperkt? Militaire druk oefent men uit om een oorlog te voorkomen, maar op een gegeven moment kunnen militaire middelen ook worden ingezet. Hoe staat het met de planning rond een aantal risicovolle elementen van een conflict met Irak, zoals het vluchtelingenprobleem? Hij vraagt de regering naar de stand van zaken rond de planning bij de UNHCR.
Het is van belang dat de regering het gesprek aangaat met de oppositie in Irak. De heer Koenders wil graag het oordeel van de regering horen over de conferentie in Londen met de Iraakse oppositie. Is daar een overeenkomst gesloten? Voorkomen moet worden dat het Iraakse volk het slachtoffer wordt van een niet-proportionele oorlog of van een nieuwe dictator. Dit vereist planning, maar die blijft op deze gebieden achterwege. In plaats daarvan wordt samenwerking op militair terrein met de Verenigde Staten voorbereid. Dit laatste vindt de heer Koenders voorbarig. Militaire experts verwachten dat een gewapend conflict zal uitmonden in een stadsoorlog in Bagdad. Welke risico's zijn daaraan verbonden voor de bevolking? Hoe staat het met de kansen en risico's van een couppoging? Europa heeft belang bij veiligheid en stabiliteit in het Midden-Oosten. Daarom is een discussie over dergelijke kwesties wellicht veel belangrijker dan die over de planning in een vroegtijdig stadium van een, overigens

bescheiden, samenwerking met de Verenigde Staten. Er is geen sprake van consistent beleid als niet ook de genoemde elementen erbij worden betrokken.
De heer Koenders vraagt wat de aard is geweest van het gesprek met de heer Grossman en wat er tijdens dat gesprek is besproken. Is er ook discussie geweest over de visie van de Verenigde Staten op «material breach» en «serious consequences»? Heeft de Nederlandse regering aangegeven dat de oppositie in Nederland militaire voorbereidingen voorbarig vindt? Verder verzoekt hij de regering in te gaan op de rol van de NAVO en van de NAVO-raad.
Hij beschouwt de bijdrage waarom de Amerikanen hebben gevraagd eerder als onderstreping van politieke steun dan als een bijdrage aan militaire planning. Had de regering een ruimer verzoek verwacht?
Het doel van de Amerikaanse regering is het vervangen van het regime in Irak, want men twijfelt aan de betrouwbaarheid van de inspecties zolang het huidige regime aan de macht is. De Nederlandse regering deelt deze invalshoek niet, maar verleent wel medewerking aan militaire planning voordat er een discussie is geweest in de VN-Veiligheidsraad. Wat betekent het voor de doelstelling als deze planning eventueel uitmondt in militaire acties?
De les van vorige inspecties is, dat de «intelligence» van de lidstaten het meest effectief kan werken voor het «triggeren» van nieuwe inspecties bij bepaalde faciliteiten in Irak. Beschikt de regering over informatie dat er op dat terrein maximaal wordt samengewerkt? Voorkomen moet worden dat in de rapportage van de heer Blix allerlei lacunes voorkomen. Er bestaat onduidelijkheid over het opruimen door Irak van voorraden biologische en chemische wapens. Vormt dat nu een «material breach» die zou moeten leiden tot «serious consequences»? De heer Koenders is het ermee eens dat de Nederlandse regering een eigen afweging maakt over het wel of niet deelnemen aan een actie tegen Irak. Dan moet echter wel duidelijk zijn op basis waarvan dat gebeurt. De wijze waarop de Amerikaanse regering de andere leden van de VN-Veiligheidsraad heeft behandeld, noemt hij schofferend. Hij mist een opmerking daarover in de brief van de minister.

De heer **Van Aartsen** (VVD) spreekt zijn steun uit voor het beleid van de regering. Op het punt van de beoordeling of er sprake is van «material breach» zijn de beide brieven van de regering niet helemaal consistent. In een van de brieven staat dat de regering haar besluit tot deelname mede laat afhangen van haar eigen oordeel. Hij pleit ervoor dat de regering een besluit neemt op basis van de uitkomsten van het debat in de VN-Veiligheidsraad daarover.
De minister heeft gezegd dat hij enige steun kon vinden bij het standpunt van de PvdA. De heer Van Aartsen vraagt de minister waarop hij dit baseert, omdat hij uit het PvdA-standpunt geen steun kan afleiden voor het kabinetsbeleid; er was juist sprake van felle kritiek.
Ten slotte wijst de heer Van Aartsen op het grote belang van het debat over de «post-Saddam-periode», waaronder de humanitaire kant van eventueel militair ingrijpen. Wat is de positie van de Nederlandse regering hierin en hoe denkt zij het debat in Washington daarover te kunnen beïnvloeden? Gelet op de contacten van Nederland in de Arabische wereld zou de regering hieraan een bijdrage kunnen leveren.

Volgens de heer **Stuger** (LPF) biedt resolutie 1441 de laatste mogelijkheid om het gevaar te stoppen dat Irak vormt voor de internationale gemeenschap. In geval van «material breach» is ingrijpen op basis van deze resolutie hoe dan ook noodzakelijk. Als de VN-Veiligheidsraad er niet in slaagt om ingrijpen door middel van een nieuwe resolutie mogelijk te maken, dan moet er toch een sanctie worden getroffen en is unilateraal ingrijpen door de Verenigde Staten geoorloofd. Als de VN-Veiligheidsraad de

besluitvorming over sancties niet rond krijgt, gaat daarvan een verkeerde voorbeeldwerking uit naar andere dictators.
Ten slotte vraagt de heer Stuger of de regering kiest voor een materiële beoordeling van de vraag of er sprake is van «material breach», of voor een formele toetsing van de wijze waarop de VN-Veiligheidsraad tot zijn oordeel is gekomen.

Het antwoord van de bewindslieden

Minister **De Hoop Scheffer** merkt op dat Saddam Hussein nooit zou hebben ingestemd met het toelaten van wapeninspecteurs en het presenteren van de lijst als er naast politieke druk niet ook sprake zou zijn geweest van militaire druk. Hij spreekt tegen dat de voorbereidingen het plannen van een oorlog inhouden. De Nederlandse regering doet op dit moment hetzelfde wat de Europese bondgenoten doen, inclusief Duitsland. De maatregelen die de regering in haar brieven noemt, hebben een defensief karakter. Hij vindt de planning daarvan niet voorbarig, want daarmee kan niet worden gewacht totdat het conflict is uitgebroken. De VN-Veiligheidsraad is het orgaan om «material breach» vast te stellen. Als dit gebeurt, komen de «serious consequences» aan de orde die in resolutie 1441 worden genoemd en treedt er een nieuwe fase in. Voor de voorbereiding van de discussie daarover in de VN-Veiligheidsraad vertrouwt de regering op het oordeel van de heer Blix en de zijnen, die als VN-medewerkers tot een objectief en onafhankelijk oordeel zullen moeten komen. De minister wijst erop dat de VN-Veiligheidsraad een politiek orgaan is en dus met een politiek oordeel zal komen. De regering heeft een sterke voorkeur een nieuwe resolutie, maar een veto van een van de permanente leden van de VN-Veiligheidsraad behoeft niet per definitie de doorslag te geven. In alle gevallen staat voorop dat de Nederlandse regering haar eigen afweging zal maken. De minister onderstreept hierbij het belang van een zo breed mogelijk politiek draagvlak in het parlement.
De minister bevestigt dat de wapeninspecteurs tot dusverre hun werk ongehinderd hebben kunnen doen, zij het dat zij nog slechts een klein gedeelte van de te inspecteren plaatsen hebben bezocht. Op het moment dat UNSCOM destijds Irak verliet, was een groot aantal biologische en chemische wapens nog niet getraceerd, terwijl dit er wel zou moeten zijn. Hij hoopt dat de heer Blix hierover een oordeel zal kunnen geven in zijn rapportage.
De minister spreekt tegen dat de Nederlandse regering het Amerikaanse unilateralisme steunt. Tot op dit moment bewandelen de Verenigde Staten het VN-spoor en de bewindsman hoopt dat dit zo blijft. Ook volgens de VS dient de discussie plaats te vinden in de Veiligheidsraad. Als de VN-Veiligheidsraad op basis van een nieuwe resolutie unaniem besluit tot «material breach» en op basis daarvan tot «serious consequences», is de minister politiek uitgepraat met degenen die steun hieraan dan toch nog zouden afwijzen. Bij een besluit over deelname aan acties spelen naast legitimiteit proportionaliteit en effectiviteit een rol, maar de afweging met betrekking tot deze twee criteria wordt pas gemaakt op het moment dat er daadwerkelijk sprake is van een conflict en er duidelijkheid ontstaat over de situatie in Irak. Hierin passen geen dogmatische aannames vooraf-gaand aan het proces.
De Nederlandse regering heeft geen inzicht in de rapportages van Irak, maar de minister vindt dat ook niet nodig om te kunnen besluiten over eventuele deelname aan militaire operaties. Hij wijst erop dat Nederland een serieus wapenexportbeleid heeft en controle uitvoert op «dual use»-goederen. De Nederlandse regering beschikt niet over feiten rond ongeoorloofde leveranties aan Irak. Hij wacht met belangstelling de door mevrouw Van Velzen aangekondigde informatie af. Het is overigens aannemelijk dat UNMOVIC de lijsten zal «schonen» van namen van

bedrijven, omdat bedrijven anders niet bereid zullen zijn hun medewerking te verlenen.
De regeringen van de lidstaten van de Europese Unie zien de vergaderingen van de Iraakse oppositie als een interne aangelegenheid, waarbij dan ook geen formele vertegenwoordiging van de EU aanwezig is. Omdat de desbetreffende conferentie plaatsvond in Londen, was er wel een Britse waarnemer aanwezig. Ook waren er medewerkers van het State Departement. De conferentie werd bijgewoond door 330 deelnemers van een vijftigtal verschillende groeperingen. Zij is geëindigd in een forse mate van onenigheid en verdeeldheid, wat gelet op het aantal deelnemers niet verwonderlijk is. Een aantal groepen en partijen is van de conferentie weggelopen. Zij hebben gewaarschuwd voor een burgeroorlog, als zij niet bij een eventuele nieuwe regering zouden worden betrokken. Desondanks is de conferentie geëindigd met een oproep voor een democratische, federale staat in Irak na de val van Saddam Hussein. Onder sterke Amerikaanse druk is de conferentie erin geslaagd een comité van 65 mensen samen te stellen die de opdracht krijgen het machtsvacuüm in te vullen op het moment dat Saddam Hussein valt. De minister is graag bereid om de Kamer over de Londense conferentie desgewenst nader schriftelijk te rapporteren. Hij onderkent de noodzaak om over dit soort dingen na te denken, maar hij vindt het ook belangrijk om in dit debat inhoudelijk een zekere terughoudendheid te betrachten. Een van de Iraakse leiders, de heer Talibani, heeft het verzoek gedaan in Nederland te mogen komen spreken, welk verzoek zal worden gehonoreerd.
De planning naar aanleiding van de consequenties van militair optreden is voor VN-instanties als de UNHCR politiek buitengewoon gevoelig, omdat autorisatie van de VN-Veiligheidsraad ontbreekt, maar er wordt wel over nagedacht. De UNHCR verwacht vooral een trek van stad naar platteland en een grote stroom vluchtelingen naar het buitenland, met name naar Iran. Het is de minister overigens niet bekend wat de buurlanden van Irak doen ter voorbereiding van de opvang van vluchtelingen. Gezien de politieke gevoeligheid vindt officiële planning binnen de VN-instellingen op dit moment niet plaats.

Minister **Kamp** benadrukt dat het Amerikaanse verzoek om een bijdrage aan de militaire planning van eventuele militaire acties tegen Irak in zeer algemene termen is gesteld; de regering is gevraagd een beginselbereidheid uit te spreken. De regering heeft aan dit verzoek voldaan en heeft aan de Kamer uiteengezet welke vervolgstappen gezet moeten worden. Elke vervolgstap wordt genomen op basis van een besluit van de regering en vloeit niet logisch voort uit de volgende. Op dit moment worden er bij Defensie geen operationele voorbereidingen getroffen, omdat eerst overleg moet plaatsvinden met de Verenigde Staten over de concretisering van een Nederlandse bijdrage. Die gesprekken zijn nog niet gevoerd en het is nog niet bekend wanneer dit wel gaat gebeuren.
Over de inzet van het Patriotraketsysteem is alleen in generieke zin gesproken. Na de gesprekken wordt een besluit genomen over een eventueel concreet aanbod voor planningsdoeleinden. Een concreet aanbod kan bijvoorbeeld leiden tot verhoging van de gereedheidsstatus van de desbetreffende krijgsmachtonderdelen. Deze eenheden blijven echter in Nederland. Het is overigens nog niet duidelijk om welke eenheden het gaat, omdat dit afhankelijk is van de te voeren gesprekken met de Amerikanen.
De minister onderstreept dat een besluit tot feitelijke terbeschikkingstelling van eenheden wordt genomen op basis van een eigen oordeel over de feitelijke inbreuk door Irak op zijn verplichtingen. Dit is een soevereine beslissing van de Nederlandse regering, hetgeen uiteraard ook geldt voor

een eventuele verdergaande bijdrage. De regering van de Verenigde Staten wil hierover wel in contact blijven met de Nederlandse regering. Het is nu in elk geval nog te vroeg voor het vormen van een oordeel.

De voorzitter van de vaste commissie voor Buitenlandse Zaken,
De Haan

De voorzitter van de vaste commissie voor Defensie,
Jorritsma-Lebbink

De griffier van de vaste commissie voor Buitenlandse Zaken,
Van Oort

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2002–2003

23 432 De situatie in het Midden-Oosten

Nr. 75

BRIEF VAN DE MINISTERS VAN BUITENLANDSE ZAKEN EN VAN DEFENSIE

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

's-Gravenhage, 7 februari 2003

Op 6 februari jl. heeft de Turkse regering Nederland formeel verzocht om drie Patriot-raketverdedigingssystemen te stationeren in Turkije. Heden heeft de Regering besloten positief te reageren op dit rechtstreekse verzoek van Turkije om militaire ondersteuning bij de verdediging van zijn grondgebied.

In de brief van de Regering van 6 december jl. (Kamerstuk 23 432, nr. 65) werden de Patriot-raketverdedigingssystemen genoemd als onderdeel van het Amerikaanse verzoek aan Nederland om bij te dragen aan de planning ten behoeve van een eventueel militair optreden tegen Irak. Het besluit tot stationering van Nederlandse Patriot-systemen in Turkije is genomen in reactie op een verzoek van een NAVO-bondgenoot. Het besluit staat dus als zodanig los van, en loopt niet vooruit op, een eigen Nederlands oordeel of al dan niet sprake is van «material breach» door Irak. De beschikbaarstelling van Nederlandse Patriot-systemen voor Turkije is een preventieve, defensieve militaire maatregel. De eenheden worden beschikbaar gesteld voor een termijn van zes maanden.

De Patriots zullen deel gaan uitmaken van de luchtverdedigingcapaciteit in een regio van Turkije die binnen het bereik valt van Irakese tactische ballistische raketten. Indien het komt tot een militair optreden tegen Irak onder leiding van de VS, dan neemt de dreiging van een Irakese aanval tegen Turkije toe. Gelet op ervaringen uit het verleden is die dreiging niet ondenkbeeldig.

De Nederlandse Patriot-systemen zullen per schip worden vervoerd naar Turkije. Vanwege de noodzakelijke voorbereidingen is thans niet precies bekend wanneer de Patriots ter plekke zullen zijn en operationeel gereed voor inzet. Een Nederlandse verkenningsmissie zal de omstandigheden ter plekke onderzoeken, op basis waarvan de samenstelling van de eenheid verder zal worden toegesneden op de situatie. Volgens de huidige verwachting zal het totale Nederlandse contingent uit ongeveer

K5T66608
ISSN 0921 - 7371
Sdu Uitgevers
's-Gravenhage 2003

350 militairen bestaan, ervan uitgaande dat de bewaking grotendeels in handen zal zijn van Turkije.

Volgens een risico-inschatting van de Militaire Inlichtingen en Veiligheidsdienst zijn de veiligheidsrisico's voor het Nederlandse personeel, naast de Irakese raketdreiging, vooral gelegen in verschillenden vormen van criminaliteit en een kans op terroristische aanslagen. Daartegen zullen de noodzakelijke maatregelen worden genomen. Turkije is overigens als gastland verantwoordelijk voor de bescherming van de Nederlandse militairen; het statusverdrag van de NAVO is van toepassing.

De planning van de stationering van de Nederlandse Patriots in Turkije wordt gecoördineerd met Turkse militaire autoriteiten en US Central Command. De VS leveren zelf ook Patriot-systemen voor andere locaties in Turkije. Daarnaast zal de VS ook bijdragen aan de raketverdediging van Israël.

Met de stationering van drie systemen zijn additionele uitgaven gemoeid in de orde van grootte van 15 tot 20 miljoen euro. Deze uitgaven kunnen worden geaccommodeerd binnen de post vredesoperaties van de HGIS.

De Minister van Buitenlandse Zaken,
J. G. de Hoop Scheffer

De Minister van Defensie,
H. G. J. Kamp

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2002–2003

23 432 De situatie in het Midden-Oosten

Nr. 76

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BUITENLANDSE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 10 februari 2003

Graag bied ik u hierbij, mede namens de staatssecretaris voor Ontwikkelingssamenwerking, de reactie aan op uw verzoek van 6 februari 2003 met kenmerk 203-014, inzake een overzicht van de actuele situatie in Irak en de eventuele humanitaire effecten die voort zouden kunnen vloeien uit een militaire actie, evenals een toelichting op de toespraak van de Amerikaanse minister van Buitenlandse Zaken Powell in de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (VNVR), en een verslag van mijn bezoek aan Washington op 7 februari jl..

Presentatie door minister Powell in de VNVR

De informatie die de Amerikaanse Secretary of State Powell in zijn presentatie op 5 februari aan de VNVR gaf, versterkt het beeld dat Irak ernstig tekort schiet in de verplichtingen die de internationale gemeenschap het heeft opgelegd. In zijn briefing ging Powell in op een aantal van de door Blix in zijn rapportage van 27 januari genoemde voorbeelden van tegenwerking door Irak (de weigering U2 vliegtuigen toe te laten, het verbergen van belangrijke documenten en onvolledige en onjuiste verklaringen). Op basis van de verstrekte informatie, waaronder satelliet foto's en afgeluisterde gesprekken, lijkt de conclusie te moeten worden getrokken dat het Iraakse verbergingsmechanisme dat de inspecties ten tijde van UNSCOM om de tuin moest leiden weer operationeel is. Powell concludeerde dat in ieder geval geen sprake is van actieve medewerking zoals vereist door resolutie 1441.
Powell haalde resolutie 1441 nog eens aan en wees de VR leden erop dat daarin Irak een laatste kans wordt gegeven om via actieve samenwerking met de inspecteurs aan zijn verplichting tot ontwapening te voldoen. Hij stelde dat op basis van de standaard van operatieve paragraaf 4 in resolutie 1441, Irak nu overduidelijk in «further material breach» was en daarmee de mogelijkheid van «serious consequences» doelbewust over zich had afgeroepen.

KST66611
ISSN 0921 - 7371
Sdu Uitgevers
's-Gravenhage 2003

Powell's betoog was er niet zo zeer op gericht aan te tonen over welke massavernietigings-wapens Irak nu precies beschikt, en in welke aantallen en hoeveelheden, alswel om duidelijk te maken dat de beweringen van Saddam Hoessein inzake het Iraakse potentieel op het vlak van massavernietigingswapens onjuist zijn. Veel van wat door Powell naar buiten wordt gebracht is reeds langer in inlichtingenkringen bekend en is in lijn met hetgeen uit Nederlandse inlichtingenbronnen is gebleken.

Hoewel een aantal Veiligheidsraadleden stelde dat de door de VS gepresenteerde feiten nader bestudeerd moesten worden, lijkt de presentatie van Powell indruk te hebben gemaakt. De Britse, Spaanse en Bulgaarse ministers steunden Powell in zijn harde oordeel ten opzichte van Irak. De Britse minister van Buitenlandse Zaken Straw riep de Veiligheidsraad op zijn verantwoordelijkheden te aanvaarden.
Frankrijk en Duitsland lieten weten nog niet overtuigd te zijn van de noodzaak van militair geweld. Frankrijk liet de deur hiervoor wel op een kier, riep op tot versterking van de inspecties en stelde dat Irak tussen 5 en 14 februari antwoorden moet geven op de openstaande vragen. Vele VR-leden vroegen meer tijd voor inspecties. Algemeen werd het belang benadrukt van eenheid binnen de VR en van het oordeel van de inspecteurs. In dit verband is het bezoek van de heren Blix en El-Baradei aan Bagdad op 8 en 9 februari van bijzonder belang.

De constateringen van minister Powell, maar ook van de heer Blix, in zijn rapportage van 27 januari, roepen de vraag op of inspecties onder de huidige omstandigheden enige kans van slagen hebben. Powell heeft immers harde aanwijzingen geleverd van een hardnekkige tegenwerking van Iraakse zijde. Verdrievoudiging van het aantal inspecteurs, zoals Frankrijk heeft voorgesteld, maken de inspecties niet effectiever als de Iraakse regering er niet toe overgaat VR-resolutie 1441 actief uit te voeren.

De VS heeft nog geen voorstel voor een verder besluit door de Veiligheidsraad ingediend. Wel heeft President Bush in een toespraak op 6 februari aangekondigd dat de VS een dergelijke resolutie zou verwelkomen en ondersteunen. Deze gang van zaken sluit aan bij het proces zoals dat in VR-resolutie 1441 is afgesproken. Zoals ik reeds eerder heb aangegeven is het van groot belang de integriteit van het VN-proces te respecteren, en is een nieuwe resolutie derhalve zeer wenselijk. President Bush kondigde op 6 februari tevens aan dat, indien het aanvaarden van een nieuwe resolutie onmogelijk zou blijken, de VS er niet voor zal terugdeinzen samen met een «growing coalition of nations» actie te ondernemen. «The game is over» voor Irak, zo stelde hij.

De regering neemt de gegevens die door minister Powell zijn aangedragen buitengewoon ernstig. Bagdad dient zeer spoedig zijn koers bij te stellen en volledig mee te werken aan de uitvoering van resolutie 1441. Militaire actie is nog niet onvermijdelijk; de regering blijft hopen en zich ervoor inzetten dat dit niet nodig zal zijn. De komende weken zullen in dit verband van cruciaal belang zijn.

Mijn bezoek aan Washington

Bij mijn bezoek aan Washington in mijn hoedanigheid als OVSE-voorzitter is uiteraard ook gesproken over de situatie met betrekking tot Irak. Tegenover minister Powell heb ik bevestigd dat de Nederlandse regering de opvatting deelt dat Irak onvoldoende meewerkt aan de inspecties van UNMOVIC en IAEA, en deze zelfs bewust tegenwerkt. Met het oog op de noodzakelijke politieke legitimatie van eventueel militair optreden tegen Irak hecht Nederland sterk aan een uitspraak van de VR, en wacht daarom ook met spanning op de verdere rapportage van de heren Blix en

El-Baradei, voorzien voor 14 februari a.s.. Collega Powell bevestigde dat ook in de VS publieke steun voor optreden toenam indien dat optreden plaatsvond in multilateraal kader. De VS had zich mede daarom bij monde van de president uitgesproken voor een tweede VRresolutie, bij voorkeur een die op een zo groot mogelijk aantal stemmen in de VR zou weten rekenen. Bij collega Powell heb ik, evenals in een later gesprek met plaatsvervangend veiligheidsadviseur van de president, Hadley, aandacht gevraagd voor de noodzaak reeds nu voorbereidingen te treffen voor de periode volgend op eventueel militair optreden, zowel in termen van noodhulpvoorzieningen, als ook in termen van wederopbouw van Irak. Beiden onderschreven dat pleidooi; binnen de administratie werden daar verschillende scenario's voor ontwikkeld. Beslissingen waren echter nog niet genomen.

Mede in dat verband heb ik bij beide gesprekspartners ook melding gemaakt van de Nederlandse zorg dat in Washington onvoldoende aandacht werd besteed aan een oplossing van het Midden-Oosten-conflict. Alleen de VS zou voldoende gewicht hebben vis a vis Israël om dat land te overtuigen van de noodzaak van concessies die in samenhang met het beëindigen van het terroristisch geweld van Palestijnse kant zouden kunnen leiden tot een door Europa en de VS bepleitte oplossing: twee staten die in veiligheid naast elkaar bestaan. Beide gesprekspartners bevestigden het belang dat zij aan zo'n oplossing hechtten. Beiden veronderstelden ook dat zo'n oplossing naderbij zou worden gebracht door een regeling, vreedzaam of anderszins, van de kwestie-Irak.

Tenslotte heb ik mijn gesprekspartners ingelicht over het Kabinetsbesluit van 7 februari om Patriot-batterijen ter beschikking te stellen van de Turkse regering met het oog op eventuele repercussies van een militair optreden tegen Irak. Ik heb ook aangekondigd dat mijn collega van Defensie en ikzelf volgende week aan de Ministerraad verdere voorstellen zouden voorleggen in reactie op eerdere concrete verzoeken van de VS om bij te dragen aan ondersteunende en defensieve taken.

Humanitair

De huidige humanitaire situatie in Irak is over de hele linie zorgwekkend. Nederland draagt al sinds 1991 bij aan noodhulp activiteiten in Irak. Na de inwerkingtreding van het olie-voor-voedsel-programma heeft Nederland gestreefd naar het bieden van aanvullende humanitaire steun aan een deel van de mensen die ondanks dit programma nog steeds ernstig tekort kwamen. Op dit moment is ongeveer zestig procent van de Iraakse bevolking afhankelijk van voedseldistributies die onder het olie-voor-voedsel-programma plaatsvinden. Essentiële publieke voorzieningen zoals water en sanitatie, gezondheidszorg en scholen zijn in zeer slechte staat.

Zoals ik u reeds eerder informeerde, heeft de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties Kofi Annan op 14 januari te kennen gegeven dat de VN zich voorbereidt op de eventualiteit van een conflict in Irak. Voorbereidingen voor de humanitaire respons door de VN vorderen. Alle grote humanitaire instellingen hebben inmiddels personeel naar de regio gestuurd en een aantal instellingen van de VN – en andere hulporganisaties hebben de afgelopen maanden gewerkt aan een gezamenlijk plan van aanpak voor onder meer de opvang van vluchtelingen en ontheemden. Ik acht het van groot belang dat de VN zich op deze wijze gedegen voorbereidt om humanitaire gevolgen van een eventuele militaire actie tegemoet te treden. De ervaringen met Afghanistan leren, dat een goede voorbereiding van de VN (en andere organisaties) essentieel is voor een snelle en goede opvang van vluchtelingen en ontheemden in het onverhoopte geval van een gewapend conflict.

In het Regional contingency planning framework, de overlegstructuur van de UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA), het World Food Programme (WFP), de United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) en UNICEF houdt men rekening met een «worst case scenario» van een totaal aantal hulpbehoevenden van enkele miljoenen mensen.

Wat betreft vluchtelingen zijn volgens UNHCR meerdere scenario's denkbaar; daarbij varieert de grootte van de uitstroom, alsook het openstellen dan wel sluiten van de grenzen door de omringende landen. In geval van een militair conflict wordt uitgegaan van maximaal 1,45 miljoen Iraakse vluchtelingen die hun toevlucht zullen proberen te zoeken in de regio. De aannames over aantallen mensen variëren sterk (van 0,5 tot 1,45 miljoen) en zijn afhankelijk van de aard en omstandigheden van een mogelijk conflict. In het geval van een grootschalige uitstroom en gesloten grenzen met de buurlanden gaat UNHCR ervan uit dat het de vluchtelingen aan de grens in Irak zal opvangen. Overigens is het geenszins zeker dat er vluchtelingenstromen op gang zullen komen direct volgend op een militair ingrijpen in Irak. UNHCR verwacht geen grote asielstromen naar Europa. Verwacht wordt dat veel burgers een veilig heenkomen zullen zoeken binnen de landsgrenzen van Irak, met name op het platteland.

Hoewel in het kader van de VN-brede strategie met betrekking tot Irak op dit moment geen humanitaire fondsenwerving aan de orde is, hebben de betrokken organisaties wel een globale inschatting gemaakt van de operationele kosten voor humanitaire hulp in geval van het uitbreken van een crisis in Irak. Men onderscheidt drie fasen voor humanitaire hulp na het uitbreken van een eventueel militair conflict: een voorbereidingsfase, de eerste maand en de eerste zes maanden na het begin van een militaire actie. Kosten voor noodhulp in de eerste zes maanden worden geschat op enkele honderden miljoenen US dollars, waarvan een groot deel in de eerste maand nodig zal zijn.

Benadrukt moet worden dat het scenario's betreft van de kant van de VN en geen voorspellingen. Ook het Internationaal Comité van het Rode Kruis (ICRC) treft voorbereidingen aan de hand van verschillende scenario's maar komt uit op lagere aantallen hulpbehoevenden.

Het ligt voor de hand dat naast de VN ook andere internationale en nationale hulporganisaties een belangrijke rol zullen spelen, zoals het ICRC en haar zusterorganisaties (de Iraanse en Turkse Rode Halve Maan), Artsen zonder Grenzen en de humanitaire tak van de Europese Commissie (ECHO). Al deze organisaties houden onderling contact.

Het Global Plan van ECHO voor Irak loopt van 2 juli 2003 t/m 1 januari 2004.
ECHO is bezig met contingency plannen in geval van een militair conflict. Daartoe heeft de organisatie een Irak Task Force opgezet en de veldkantoren versterkt. ECHO gaat uit van drie scenario's: 1. Snelle militaire operatie, 2. Langduriger militaire operatie, 3. Scenario met inzet van chemische of biologische wapens. ECHO kan in geval van een militair conflict onmiddellijk een primary emergency decision nemen voor een gelimiteerde bijdrage voor Irak zelf, plus een eveneens gelimiteerde additionele regionale bijdrage.

De Minister van Buitenlandse Zaken,
J. G. de Hoop Scheffer

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2002–2003

23 432 De situatie in het Midden-Oosten

Nr. 77

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BUITENLANDSE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 12 februari 2003

Graag bied ik u hierbij de reactie aan op het verzoek van de voorzitter van de vaste commissie voor Buitenlandse Zaken van 11 februari 2003, om de Kamer te informeren over het standpunt van de regering met betrekking tot het Frans/Duitse initiatief inzake Irak.

In eerste instantie is tijdens het afgelopen weekend de indruk gewekt dat Duitse ideeën niet alleen zouden voorzien in geïntensiveerde inspecties, maar ook in een beschermingsmacht van blauwhelmen. Frankrijk heeft bij monde van minister van Defensie Alliot-Marie onmiddellijk ontkend dat een dergelijk «geheim plan» in de maak zou zijn. Ook Duitsland heeft op maandag laten weten dat er geen sprake was van een mogelijke uitzending van blauwhelmen. Als er al sprake is geweest van dergelijke ideeën, dan hebben deze uiteindelijk toch niet het stadium van een «Frans-Duits vredesplan» bereikt.

Inmiddels is duidelijk geworden – onder andere naar aanleiding van een gezamenlijke verklaring – dat Frankrijk, Duitsland en Rusland zich inzetten voor voorzetting van de inspecties en voor «substantiële versterking van de bemanning en technische capaciteiten» van de inspecties. Dit zou volgens deze landen nog een alternatief bieden voor oorlog. Naar verluidt zouden Frankrijk en Duitsland in grote lijnen het volgende wensen voor te stellen: 1) een verdrievoudiging van het aantal inspecteurs; 2) versterking van de technische middelen voor vergaring en evaluatie van de inlichtingen, onder anderen door middel van het openen van lokale UNMOVIC/IAEA bureaus in Irak.
Frankrijk en Duitsland menen dat alle vreedzame middelen moeten zijn uitgeput, alvorens de ontwapening van Irak met militaire middelen kan worden afgedwongen. Dit is, zoals de Kamer bekend, ook de lijn van de regering.

Uit rapportages van de inspecteurs en uit de aanwezige informatie is duidelijk geworden dat Irak op z'n best zeer gebrekkig voldoet aan de door de internationale gemeenschap opgelegde eisen, zoals gesteld in

KST66616
ISSN 0921 - 7371
Sdu Uitgevers
's-Gravenhage 2003

Veiligheidsraadresolutie 1441. Deze resolutie stelt immers duidelijk dat Irak zelf actief, volledig en accuraat dient aan te geven wat het nog aan goederen en technologie op het gebied van massavernietingswapens (MVW) heeft. De inspecteurs dienen deze informatie te verifiëren en zouden, mede op basis daarvan, dienen te werken aan de ontwapening van Irak. De regering is derhalve van mening dat de vraag niet is hoeveel tijd de internationale gemeenschap de inspecteurs nog moet geven, maar hoe lang zij Saddam Hoessein nog geeft om te laten zien dat hij bereid is volledige medewerking te verlenen. Zonder actieve medewerking van Irak heeft verdrievoudiging van het aantal inspecteurs en de inzet van meer technische middelen voor de vergaring en evaluatie van informatie immers weinig zin.

De briefing aan de Veiligheidsraad van de heren Blix en El Baradei op 14 februari aanstaande zal van groot belang zijn. Hieruit zal blijken wat hun oordeel is over de laatste stappen van de Iraakse autoriteiten, met name of deze inhouden dat zij tot volledige medewerking overgaan. Tegen die achtergrond zullen de inspecteurs hun oordeel kunnen geven over het nut van een uitbreiding van de inspecties. Naar ik begrijp heeft de heer Blix maandag zelf verklaard dat het belangrijkste probleem het gebrek aan actieve coöperatie van Iraakse zijde is, en niet het aantal inspecteurs.

Zowel vanuit de Verenigde Staten als vanuit het Verenigd Koninkrijk is negatief gereageerd op het voorstel om inspecties uit te breiden. Zoals reeds vermeld in mijn brief van 10 februari jl., heeft President Bush wel aangekondigd te streven naar een tweede Veiligheidsraadresolutie. Dit sluit aan bij de oproep van Secretaris-Generaal VN om het VN-spoor te blijven volgen. President Bush heeft nog niet aangegeven of de VS die zelf zal indienen of dat een ander VR-lid daartoe het initiatief zal nemen. Dat een eventuele militaire ingreep om tot ontwapening van Irak te komen op een nieuwe VR-resolutie zal worden gebaseerd is steeds de wens van de regering geweest. De regering houdt ook vast aan die lijn.

Het Griekse EU-voorzitterschap heeft besloten op maandag 17 februari aanstaande een extra RAZEB en een extra Europese Raad te beleggen te Brussel om te spreken over de ontstane situatie rond Irak in het licht van het nieuwe rapport van de heren Blix en El Baradei aan de VN-Veiligheidsraad.
Het voorzitterschap beoogt hiermee een bijdrage te leveren om tot maximale afstemming in EU-kader te komen. De regering steunt dat streven, al is zij er zich van bewust dat de kansen op overeenstemming binnen de EU niet overmatig groot zijn. Het streven zou dan ook in de eerste plaats gericht moeten zijn op een open gedachtewisseling, en niet zozeer op het formuleren van een gezamenlijk standpunt dat onder de huidige omstandigheden vermoedelijk vooral neer zou komen op het afdekken van meningsverschillen. Vooralsnog bestaat geen inzicht in de concrete voornemens van het voorzitterschap.

De Minister van Buitenlandse Zaken,
J. G. de Hoop Scheffer

PRODUCTIE 2

IN NAAM DER KONINGIN!

ARRONDISSEMENTSRECHTBANK 's-GRAVENHAGE
Sector Civiel Recht - President

Vonnis in kort geding van 15 januari 1999,
gewezen in de zaak met rolnummer KG 98/1712 van:

1. **Vereniging van Anti-Fascistische Oud-Verzetsstrijders; Bond van Anti-Fascisten**, gevestigd te Hoenderloo (gemeente Apeldoorn);
2. **Vereniging van Juristen voor de Vrede**, gevestigd te Utrecht;
3. **Stichting Tribunaal voor de Vrede**, gevestigd te Rotterdam;
4. **Liga voor de Rechten van de Mens**, gevestigd te Amsterdam;
5. **Vereniging Haags Vredes Platform**, gevestigd te 's-Gravenhage;
6. **Nederlandse Vereniging voor Medische Polemologie**, gevestigd te Tilburg;
7. **Aleid Blink**, wonende te Leiden;
8. **Woutera Fopma**, wonende te Amsterdam;
9. **Marianne Maria van Ophuijsen**, wonende te Amsterdam;
10. **Thea van de Hout**, wonende te Amsterdam;
11. **Anneke Josephine Mouthaan**, wonende te Amsterdam;
12. **Martha Pauline Geetruida Hovy**, wonende te Amsterdam;
13. **Nora Irene Wagtendonk-Helleman**, wonende te Amsterdam;
14. **Jantina Cornelia Posset**, wonende te Amsterdam;
15. **Tom Klaasen**, wonende te Amsterdam;
16. **Anne van den Waarden**, wonende te Driebergen;
17. **Carolus de Jong van Lier**, wonende te Denekamp;
18. **Kees Wagtendonk**, wonende te Amsterdam;
19. **Johanna Maria Richters**, wonende te Leiden;
20. **Anna Roos Bos**, wonende te Amsterdam;
21. **Anja Henriëtte Meulenbelt**, wonende te Amsterdam;
22. **Mia Wilhelmina van Boxtel**, wonende te Sint Oedenrode;
23. **Bart Nooy**, wonende te Amsterdam;
24. **Antonia Anna Jacoba Maria van Asseldonk**, wonende te 's-Gravenhage;
25. **Cornelia Maria Witte**, wonende te Pijnacker;
26. **Johannes Maria Schijer**, wonende te 's-Gravenhage;
27. **Grietje Meij**, wonende te 's-Gravenhage;
28. **Eric Maarten Kruit**, wonende te 's-Gravenhage;
29. **Bien Bottelier**, wonende te 's-Gravenhage;
30. **Bruun van Klaarbergen**, wonende te 's-Gravenhage;
31. **Pieta Bouwman**, wonende te Voorschoten;
32. **Herman Hendrik Schoemakers**, wonende te Rijswijk;
33. **Irma Koorina Schoemakers-Salkonoja**, wonende te Rijswijk;
34. **Ine Irene Groenendijk**, wonende te 's-Gravenhage;
35. **Johanna Gerarda de Jongh**, wonende te 's-Gravenhage;
36. **Paulus Josef Maria Blom**, wonende te 's-Gravenhage;
37. **Maarten Johannes Maechiel Kuiper**, wonende te 's-Gravenhage;
38. **Neeltje Christine Snijders**, wonende te 's-Gravenhage;
39. **Hendrika Geerdina Huisman**, wonende te 's-Gravenhage;
40. **Maria Theresia Anna Blaauw-van Dongen**, wonende te 's-Gravenhage;
41. **Christianus Abraham van Asseldonk**, wonende te 's-Gravenhage;
42. **Henricus Gerardus Joseph Nijhuis**, wonende te 's-Gravenhage;
43. **Geertruida Catharina Groen**, wonende te 's-Gravenhage;
44. **Maria Josepha Theodora Lutjenhuis**, wonende te 's-Gravenhage;
45. **Auke Klaas van der Heide**, wonende te 's-Gravenhage;

46. Christina Renata Maria Heinecke, wonende te 's-Gravenhage;
47. Wim Lankamp, wonende te Delft;
48. Catharina Johanna van Albada, wonende te 's-Gravenhage;
49. Emile Caspar Maria Wennen, wonende te 's-Gravenhage;
50. Gees Ouweltjes-Drenth, wonende te Heiloo;
51. Jan Ouweltjes, wonende te Heiloo;
52. Cornelis Johannes Schreuder, wonende te Haelen;
53. Martin van Brakel, wonende te Hilversum;
54. Ineke Mot, wonende te Amsterdam;
55. Anna de Lange, wonende te Vlaardingen;
56. Berthe van Maanen, wonende te 's-Gravenhage;
57. Eduard Portheine, wonende te Rhoon;
58. Wilhelmina Schipper, wonende te Spijkenisse;
59. Clasina Elisabeth van Loenen, wonende te Amsterdam;
60. Marian Johanna Willemsen, wonende te Amsterdam;
61. Sina van Dullemen, wonende te Delft;
62. Sophia Jacoba van den Berg, wonende te Amsterdam;
63. Agaath Walstra-Bijvoets, wonende te Amsterdam;
64. Dorette Voet, wonende te Amsterdam;
65. Janna Maria Kleywegt, wonende te Amsterdam;
66. Francina Hollander, wonende te Amsterdam;
67. Rudi van der Wal, wonende te Zwaag;
68. Jan Peters, wonende te Enschede;
69. Corrie Westgeest, wonende te Enschede;
70. Martin van Deventer, wonende te Amsterdam;
71. Regina Theodora van der Haar, wonende te Zoetermeer;
72. Theodoor de Roos, wonende te Alkmaar;
73. Agnes Elisabeth de Roos-Nieuwkamp, wonende te Alkmaar;
74. Lineke Schakenbos, wonende te Amersfoort;
75. Irma Nijenhuis-Spruit, wonende te Lubersac (Frankrijk);
76. Johannes van Holten, wonende te Bolsward;
77. Lily Kho Kahn, wonende te Amsterdam;
78. Willem Volger, wonende te Waalwijk;
79. Wil Schipper, wonende te Spijkenisse;
80. Nely Huberta van Holst, wonende te Zeist;
81. Joop Schmidt, wonende te Utrecht;
82. Dirk Gregor Horst Simon Plug, wonende te Heemskerk;
83. Catherina Erica Höhne-Sparborth, wonende te Hoorn;
84. Dirk Plug, wonende te Hoorn;
85. Alida de Vries, wonende te Hoenderloo (gemeente Apeldoorn);
86. Hendrik van Luttikhuizen, wonende te Hoenderloo (gemeente Apeldoorn),

eisers,
procureur mr A.B.B. Beelaard,
advocaat mr N. Steijnen te Zeist,

tegen:

DE STAAT DER NEDERLANDEN
(Ministerie van Buitenlandse Zaken),
waarvan de zetel is gevestigd te 's-Gravenhage,
gedaagde,
procureur mr H.A. Groen.

1. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 5 januari 1999 wordt van het volgende uitgegaan.

1.1. Op 16 december 1998 zijn de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk een militaire actie gestart tegen Irak. Enkele uren voor de aanvang is de Nederlandse regering van Britse zijde op de hoogte gebracht van de op handen zijnde militaire acties. Een Nederlandse bijdrage is niet gevraagd. De acties zijn na enkele dagen beëindigd.

1.2. Bij brief d.d. 17 december 1998, TK 1998-1999, 21 664, nr 102, heeft de Minister van Buitenlandse Zaken aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal bericht over de stand van zaken in het Amerikaans-Britse optreden tegen Irak. Het standpunt van de Nederlandse regering is in deze brief als volgt geformuleerd:

> "Naar het oordeel van de Nederlandse regering was het militair optreden onontkoombaar, aangezien Irak niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan. Er zijn duidelijke aanwijzingen dat Irak niet bereid is af te zien van de ontwikkeling van massavernietigingswapens. In het verleden heeft Saddam Hoessein getoond bereid te zijn die ook te gebruiken. Daaraan moet een einde komen.
>
> De regering betreurt dat Saddam Hoessein een oplossing zonder geweld niet mogelijk heeft willen maken. De Iraakse president draagt derhalve zelf, ook tegenover het Iraakse volk, de volle verantwoordelijkheid voor het ingrijpen met militaire middelen.
>
> De Nederlandse regering stelt zich, evenals de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk, op het standpunt dat het militaire optreden wordt gelegitimeerd door het geheel aan resoluties van de Veiligheidsraad vanaf 1991 inzake Irak."

2. De vorderingen, de gronden daarvoor en het verweer

2.1. Eisers vorderen dat, zolang de Veiligheidsraad niet middels een nadere resolutie heeft ingestemd met mogelijk militair geweld tegen Irak,

- 1) gedaagde wordt verboden:
  a) om over te gaan tot militaire steunverlening aan (de dreiging met) oorlogsgeweld tegen Irak;
  b) in welke vorm dan ook (nog langer) mee te werken aan oorlogsgeweld tegen Irak;
  c) (het dreigen) met oorlogsgeweld jegens Irak (nog langer) politiek te steunen.
- 2) gedaagde wordt bevolen:
  a) de Amerikaanse regering terstond kenbaar te maken dat elke vorm van politieke - en/of militaire - of anderszins materiële steun aan oorlogsgeweld jegens Irak met onmiddellijke ingang wordt beëindigd;
  b) dat alle Nederlandse oorlogsmiddelen, in het Golfgebied aanwezig om oorlogsgeweld tegen Irak te ondersteunen of

uit te voeren, terstond worden teruggetrokken;
met veroordeling van gedaagde in de kosten van het geding.

2.2. Daartoe voeren eisers het volgende aan.
Het militair geweld van de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk, alsmede het dreigen daarmee is onrechtmatig, omdat het niet in overeenstemming is met enige resolutie van de Veiligheidsraad en niet gebaseerd is op gerechtvaardigde zelfverdediging in het kader van artikel 51 van het Handvest van de Verenigde Naties en moet dus als agressie worden beschouwd. Door het geweld tegen Irak te steunen maakt gedaagde zich schuldig aan medeplichtigheid aan agressie en handelt dientengevolge, naar volkenrechtelijke maatstaven, eveneens onrechtmatig.
Door het onrechtmatig optreden van gedaagde worden van de eisers-natuurlijke personen diverse rechten geschonden. Bovendien worden de eisers-natuurlijke personen door het onrechtmatig handelen van gedaagde in hun gezondheid geschaad, nu zij de steun aan de agressie ervaren als een vorm van geestelijk geweld jegens hen, omdat deze steun mede namens hen als Nederlandse staatsburgers plaatsvindt, waaraan zij via hun belastinggeld gedwongen zijn mee te betalen.
Daarnaast handelt gedaagde onrechtmatig jegens de eisers-rechtspersonen, nu deze door het optreden van gedaagde worden belemmerd in het realiseren van hun statutaire doelstelling en/of hun maatschappelijk streven naar vrede en het instandhouden van de internationale rechtsorde.
Gedaagde maakt zich medeplichtig aan schending van het beginsel van proportionaliteit indien gedaagde bij disproportioneel oorlogsgeweld militaire ondersteuning biedt en zich deswege ook voor de aldus gepleegde schending van het oorlogsrecht medeverantwoordelijk en medeaansprakelijk maakt. Indien gedaagde hand- en spandiensten verleent die dergelijke schendingen mogelijk maken, is gedaagde eveneens medeplichtig aan de door de Verenigde Staten overigens gepleegde schendingen van het humanitair oorlogsrecht.

2.3. Gedaagde voert als volgt verweer.
Eisers hebben bij hun vorderingen geen, althans onvoldoende processueel dan wel materieelrechtelijk, door artikel 6:162 BW beschermd, belang.
Er is thans geen sprake van enige - laat staan een acute - dreiging van militaire activiteit van de zijde van ons land jegens Irak, als in de dagvaarding bedoeld. Eisers dienen daarom in hun vorderingen niet-ontvankelijk te worden verklaard, althans de vorderingen dienen te worden afgewezen.
Of op enig moment tot enige vorm van ondersteuning aan enigerlei militaire actie jegens Irak zal worden overgegaan, is thans een open vraag, die - als die vraag beantwoording behoeft - voorwerp van overleg tussen de regering en de volksvertegenwoordiging zal vormen. Voorzover de regering over het conflict rond Irak een opvatting heeft en die naar buiten brengt is dat niet onrechtmatig, laat staan jegens eisers.
Het innemen van een standpunt in het debat tussen regering en

parlement is geen handeling die in kort geding verboden kan worden; een standpunt kan op zich zelf niet onrechtmatig zijn. In de opvatting van de Hoge Raad gaat het hier om het recht op vrijheid van meningsuiting, waarop ook de regering aanspraak heeft. Dat brengt met zich dat gedaagde niet in rechte kan worden aangesproken op grond van de stelling dat deze mening rechtens onjuist zou zijn, nog geheel daargelaten de vraag of die mening wel onjuist is.

3. Beoordeling van het geschil

3.1. Eisers vorderen - kort samengevat - gedaagde te veroordelen zich te onthouden van iedere steunverlening aan (de dreiging met) oorlogsgeweld tegen Irak, zolang de Veiligsheidsraad niet middels een nadere resolutie heeft ingestemd met militair geweld tegen Irak.

3.2. Vaststaat dat een Nederlandse bijdrage aan de militaire acties van de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk tegen Irak niet is gevraagd, alsmede dat die acties inmiddels zijn beëindigd.
Uit de overgelegde stukken en het behandelde ter zitting is niet gebleken dat gedaagde voornemens is geweest aan die acties militaire of anderszins materiële steun of medewerking te verlenen, laat staan dat gedaagde daartoe Nederlandse oorlogsmiddelen naar het Golfgebied heeft gedirigeerd.
Dat op korte termijn besluitvorming valt te verwachten ten aanzien van het verlenen van dergelijke steun of medewerking door Nederland aan eventueel toekomstig (dreigen met) oorlogsgeweld tegen Irak, is voorts gesteld noch gebleken.
Reeds daarom is er thans geen plaats voor een voorziening in kort geding strekkende tot het opleggen aan gedaagde van ge- en verboden te dier zake.

3.3. Met betrekking tot de gestelde politieke steunverlening wordt het volgende overwogen.
Gedaagde stelt zich blijkens de onder 1.2. genoemde brief van 17 december 1998 (en een eerdere brief van 13 november 1998 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal) op het standpunt dat de reeds door de Veiligheidsraad aangenomen resoluties voldoende basis bieden voor militair optreden tegen Irak.
Volgens eisers is dat standpunt onjuist. Het innemen van dat standpunt betekent, naar de president het betoog van eisers begrijpt, politieke steunverlening aan het volgens eisers onrechtmatige oorlogsgeweld en is daarom ook zelf onrechtmatig.

3.4. Ter beoordeling staat gezien het voorgaande of het enkele innemen van voormeld standpunt door gedaagde een onrechtmatige daad oplevert in de zin van artikel 6:162 BW en aanleiding kan zijn voor een verbod in kort geding.
De president is van oordeel dat dat niet het geval is. In de Nederlandse parlementaire democratie komt politieke besluitvorming tot stand in samenspel tussen regering en parlement. Aan deze

politieke besluitvorming gaat een standpuntbepaling vooraf, die zowel bij (leden van) de regering als bij (leden van) het parlement plaatsvindt. Een en ander resulteert vervolgens in een politiek besluit. De werking van de politieke besluitvorming zou worden gefrustreerd indien - zoals eisers vorderen - een standpuntbepaling zou worden verboden. Een dergelijke ingreep zou een goed functioneren van de parlementaire democratie beletten. Daarbij komt dat eisers niet hebben aangetoond dat gedaagde met diens stellingname een norm heeft geschonden, die strekt tot de bescherming van eisers.
Met gedaagde is de president dan ook van oordeel dat indien de regering in een debat met het parlement een bepaald standpunt huldigt, dit geen handeling is die in kort geding kan worden verboden. In het midden kan dus blijven of het door eisers bestreden standpunt van gedaagde rechtens al dan niet juist is.

3.5. Gelet op het vorenstaande dienen de vorderingen van eisers te worden afgewezen. Eisers, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

4. Beslissing

De President:

Wijst de vorderingen af.

Veroordeelt eisers in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van gedaagde begroot op *f* 1.895,–, waarvan *f* 345,– aan griffierecht.

Aldus gewezen door mr Dil-Stork en uitgesproken ter openbare zitting van 15 januari 1999 in tegenwoordigheid van de griffier.

ARRONDISSEMENTS-RECHTBANK 's-GRAVENHAGE

Uitgegeven voor eerste grosse aan
Mr. H.A. Groen
voornoemd, door mij GRIFFIER van de
Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage
op heden 15-1-'99

PRODUCTIE 3

reeds omdat LRS in hoger beroep, voor het geval de huurovereenkomst ongeldig zou zijn, verschillende mogelijkheden tot conversie heeft genoemd, zoals verhoging van de erfpachtcanon.

Onderdeel 7 is derhalve gegrond.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 30 november 2000;

verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het Gerechtshof te 's-Gravenhage;

veroordeelt Sint Willibrordus in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van LRS begroot op € 2283,59 aan verschotten en € 1590 voor salaris.

Nr. 35

HOGE RAAD
29 november 2002, nr. C01/027HR
(Mrs. P. Nekman, H.A.M. Aaftink, O. de Savornin Lohman, A. Hammerstein, P.C. Kop; A-G Strikwerda)
JOL 2002, 643

Kort geding. Verbodsactie tegen handelingen Staat op het gebied van buitenlands beleid en defensie; taak burgerlijke rechter. Onrechtmatige daad; stelplicht. Internationaal oorlogsrecht. Mensenrechtenverdragen; formeel toepassingsgebied.

De burgerlijke rechter dient, zeker indien het gaat om een kort geding, een grote mate van terughoudendheid aan de dag te leggen bij de beoordeling van de onderhavige vorderingen (vorderingen van Joegoslavische militairen tegen de Staat om zich te onthouden van deelname aan verder oorlogsgeweld tegen de Federale Republiek Joegoslavië), welke vorderingen ertoe strekken handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van buitenlands beleid en defensie als onrechtmatig en derhalve als verboden aan te merken. Nu het Hof heeft vastgesteld dat thans eisers tot cassatie over hun persoonlijke omstandigheden tijdens de luchtacties niets hebben aangevoerd, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting 's Hofs oordeel dat het enkele feit dat thans eisers tot cassatie deel uitmaakten van het Joegoslavische leger waartegen de acties waren gericht, niet voldoende is om tot de conclusie te komen dat met name ook hun subjectieve rechten op leven en gezondheid zijn aangetast of dreigden te worden aangetast. Juist is 's Hofs oordeel dat de door thans eisers tot cassatie aan hun vordering wegens inbreuk op hun subjectieve rechten ten grondslag gelegde internationaal-rechtelijke normen (het agressieverbod zoals neergelegd in art. 2 lid 4 van het Handvest van de Verenigde Naties en in art. 6 van het Handvest van Neurenberg; het verbod burgerdoelen aan te vallen zoals neergelegd in art. 52 lid 2 van het Aanvullend Protocol bij de Verdragen van Genève) niet tot toewijzing van die vordering kunnen leiden. Falende klachten tegen 's Hofs oordeel dat de gewraakte handelingen van de Staat jegens thans eisers tot cassatie buiten het (formele) toepassingsgebied van het IVBPR en EVRM vallen.

In de periode van 24 maart tot 10 juni 1999 heeft Nederland in NAVO-verband deelgenomen aan militaire acties gericht tegen de Federale Republiek Joegoslavië (FRJ). Deze acties bestonden uit het uitvoeren van luchtaanvallen. In dit, door Joegoslavische militairen tegen de Staat aangespannen, kort geding is de vraag aan de orde of de Staat zich als deelnemer aan deze acties heeft schuldig gemaakt aan een tot (immateriële) schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad jegens Joegoslavische militairen, alsmede de vraag of de acties moeten worden aangemerkt als een schending van internationaal (oorlogs)recht en deswege door de burgerlijke rechter verboden kunnen worden.

Het oordeel van het Hof dat, nu de militairen onvoldoende hebben gesteld omtrent de hen persoonlijk betreffende omstandigheden, het onvoldoende aannemelijk is dat zij „nadeel dat niet in vermogensschade bestaat", zoals bedoeld in art. 6:106 BW, hebben geleden als gevolg van een of meer van de in die bepaling genoemde oorzaken, waarmee het Hof kennelijk doelt op het oogmerk van de aansprakelijke persoon zodanig nadeel toe te brengen (art. 6:106 lid 1, onder a), en op de aantasting van de benadeelde in zijn persoon (art. 6:106 lid 1, onder b), berust op een aan het Hof als rechter die over de feiten oordeelt, voorbehouden uitleg van de stukken van het geding, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk noch onvoldoende gemotiveerd.

Het Hof heeft de vordering de Staat te bevelen zich met onmiddellijke ingang te onthouden van (deelname aan) verder oorlogsgeweld tegen de Federale Republiek Joegoslavië afgewezen wegens het ontbreken van een spoedeisend belang. Het Hof heeft daartoe overwogen dat niet is gebleken dat de Staat thans dreigt met geweld en dat het voorshands niet aannemelijk is dat de Staat tot zodanige dreiging zal overgaan. Nu echter dit belang eerst in appel aan de vordering is komen te ontvallen, heeft het Hof met het oog op de kostenveroordeling in eerste aanleg, waartegen de Joegoslavische militairen een grief hadden gericht, onderzocht of de President de vordering, zoals deze in eerste aanleg luidde, terecht heeft afgewezen, uitgaande van de toestand ten tijde van zijn uitspraak.

Als uitgangspunt heeft voorts te gelden dat de in het onderhavige geding ingestelde vorderingen betrekking hebben op vragen betreffende

het beleid van de Staat op het gebied van buitenlandse politiek en defensie, welk beleid in sterke mate zal afhangen van politieke afwegingen in verband met de omstandigheden van het geval. Dit betekent dat de burgerlijke rechter, zeker indien het gaat om een kort geding, een grote mate van terughoudendheid aan de dag zal moeten leggen bij de beoordeling van vorderingen, als in het onderhavige geding ingesteld, die ertoe strekken handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van buitenlands beleid en defensie als onrechtmatig en derhalve als verboden aan te merken. Het is immers niet aan de burgerlijke rechter om deze politieke afwegingen te maken.

Hetgeen het Hof heeft overwogen, komt hierop neer dat niet zonder meer ervan kan worden uitgegaan dat alle Joegoslavische militairen aan oorlogsgeweld waren blootgesteld, en dat derhalve het enkele feit dat de militairen die dit kort geding hebben aangespannen deel uitmaakten van het Joegoslavische leger waartegen de acties waren gericht, niet voldoende is om tot de conclusie te komen dat met name ook hun subjectieve rechten op leven en gezondheid zijn aangetast of dreigden te worden aangetast, en dat zij voor het overige niet hebben voldaan aan hun stelplicht met betrekking tot de omstandigheden waaruit deze conclusie zou kunnen volgen. Deze oordelen geven niet blijk van een onjuiste opvatting omtrent de stelplicht ter zake van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Zij zijn ook niet onbegrijpelijk en behoefden geen nadere motivering.

Het Hof heeft met juistheid geoordeeld dat de door de Joegoslavische militairen aan hun vorderingen ten grondslag gelegde internationaal-rechtelijke normen niet tot toewijzing daarvan kunnen leiden. Voor zover de door deze middelen tegen dit oordeel gerichte klachten al feitelijke grondslag hebben, falen zij op grond van hetgeen is vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 21-56. (Hieruit: Naar algemeen aanvaarde opvatting richt het volkenrechtelijke agressieverbod, zoals vastgelegd in art. 2 lid 4 van het Handvest van de Verenigde Naties en in art. 6 van het Handvest van Neurenberg, zich uitsluitend tot staten en kunnen uitsluitend staten de naleving van het verbod inroepen. Zowel het IVBPR (art. 2) als het EVRM (art. 1) kent een beperkt formeel toepassingsgebied. 's Hofs oordeel dat de Joegoslavische militairen ten tijde van de militaire acties niet binnen de rechtsmacht van Nederland vielen en dat evenmin sprake was van effectieve zeggenschap („effective control") van de Staat over het gebied waar de luchtacties plaatsvonden, zodat de Joegoslavische militairen niet binnen het toepassingsgebied van het EVRM, zoals omschreven in art. 1 EVRM, vallen strookt met rechtspraak van het EHRM. De onderscheiding tussen „ius ad bellum" en „ius in bello" is in de literatuur gebruikelijk. Voor zover het middel wil betogen dat de onderscheiding irrelevant is, omdat schending van het „ius ad bellum" (schending van het agressieverbod) een in art. 8 Wet oorlogsstrafrecht (WOS) strafbaar gestelde overtreding van het „ius in bello" oplevert, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting; art. 8 WOS stelt schending van het agressieverbod niet strafbaar. Voor zover het middel wil betogen dat alle handelingen gepleegd ter uitvoering van een in strijd met het agressieverbod gevoerde oorlog per se in strijd zijn met het „ius in bello", gaat het eveneens uit van een onjuiste rechtsopvatting; het „ius in bello" heeft betrekking op de regels waaraan men zich bij het voeren van een oorlog heeft te houden, ongeacht of het recht om oorlog te voeren bestond.)

(BW art. 6:106, 162; EVRM art. 1, 2; Handvest van Neurenberg art. 6; Handvest van de Verenigde Naties art. 2; IVBPR art. 6; Rv art. 407; Wet oorlogsstrafrecht (WOS) art. 8)

1. A. Danikovic, te Belgrado,
2. R. Zikovic, te Belgrado,
3. V. Kostic, te Jagodina,
4. F. Gravic, te Belgrado,
5. M. Seslija, te Ajvalija,
6. M. Seslija, te Ajvalija,
7. M. Migailovic, te Vucak, alle plaatsen gelegen in de republiek Servië, Federale Republiek Joegoslavië, eisers tot cassatie, adv. mr. B.D.W. Martens,

tegen

De Staat der Nederlanden (Ministerie van Algemene Zaken, Ministerie van Buitenlandse Zaken en Ministerie van Defensie), te 's-Gravenhage, verweerder in cassatie, adv. mr. G.J.H. Houtzagers.

Hof:

Beoordeling van het hoger beroep

1. In de periode van 24 maart tot 10 juni 1999 heeft Nederland in NAVO-verband deelgenomen aan militaire acties gericht tegen de Federale Republiek Joegoslavië (de „FRJ"), welke acties bestonden uit het uitvoeren van luchtaanvallen. Danikovic c.s. zijn gemobiliseerde soldaten in actieve militaire dienst van de FRJ. Van mening zijnde dat bedoelde acties in strijd zijn met toepasselijk internationaal (oorlogs-)recht, de rechten van de mens en (derhalve) jegens hen onrechtmatig, vorderen Danikovic c.s. kort samengevat dat de Staat wordt bevolen zich van (het dreigen met) verder oorlogsgeweld te onthouden. Tevens vorderen zij een voorschot op hun toekomende immateriële schadevergoeding.

2. Tegen de overweging van de President dat partijen hun geschil naar Nederlands recht beoordeeld willen zien hebben Danikovic c.s. als Grief III aangevoerd dat zij duidelijk hebben aangegeven dat hun vorderingen, behalve door Nederlands recht, ook worden beheerst door het op deze casus betrekking hebbende internationale recht. Zoals uit het vonnis van de President

echter blijkt heeft hij de vordering van eisers mede in het licht van het toepasselijke internationale recht beoordeeld, hetgeen het hof in dit hoger beroep ook zal doen. De grief is derhalve tevergeefs voorgesteld.

3. Ten aanzien van het gevorderde bevel overweegt het hof als volgt. De Staat heeft ter gelegenheid van de pleidooien in hoger beroep aangevoerd dat momenteel geen dreiging bestaat dat de Staat oorlogsgeweld tegen de FRJ zal gebruiken. Dit verweer slaagt. Vast staat dat op 3 juni 1999 overeenstemming met de FRJ is bereikt over een regeling voor Kosovo die onder meer voorziet in de aanwezigheid van een internationale troepenmacht in Kosovo op basis van een mandaat van de Veiligheidsraad onder Hoofdstuk VII van het Handvest van de Verenigde Naties. Vast staat ook dat de NAVO de luchtacties op 10 juni 1999 heeft opgeschort en deze op 20 juni 1999 formeel heeft beëindigd. Voorts is het een feit van algemene bekendheid dat zich zeer onlangs binnen de FRJ een machtswisseling heeft voltrokken, in die zin dat de FRJ een nieuwe President heeft gekregen. Als reactie hierop hebben de landen van de Europese Unie de sancties tegen de FRJ versoepeld. Onder deze omstandigheden acht het hof thans geen reële dreiging aanwezig dat de Staat wederom tot militaire acties tegen de FRJ zal overgaan. Danikovic c.s. hebben bij pleidooi nog aangevoerd dat de situatie in de FRJ nog uitermate gespannen is en dat een burgeroorlog kan uitbreken. Ook echter indien dit laatste juist zou zijn betekent dit nog niet dat een reële dreiging bestaat dat de Staat in die situatie tot militair ingrijpen zal overgaan. Dit betekent dat de vordering die ertoe strekt dat de Staat wordt bevolen om zich van (deelname aan) verder oorlogsgeweld te onthouden niet kan worden toegewezen wegens het ontbreken van (spoedeisend) belang. Anders dan Danikovic c.s. menen wordt dit niet anders door de ernst van de gedragingen waarop het gevorderde verbod is gericht.

4. De vordering dat de Staat zich van verdere dreiging met geweld jegens de FRJ onthoudt komt eveneens voor toewijzing in aanmerking. Niet is immers gebleken dat de Staat thans dreigt met geweld en mede gelet op hetgeen in r.o. 3 is overwogen acht het hof voorshands niet aannemelijk dat de Staat tot zodanige dreiging zal overgaan.

5. De vordering tot betaling van „voorlopige en vooralsnog alleen immateriële" schadevergoeding vat het hof aldus op, dat gevorderd wordt een voorschot op in een bodemprocedure toe te kennen schadevergoeding wegens door Danikovic c.s. geleden immateriële schade. Danikovic c.s. hebben evenwel onvoldoende gesteld omtrent de hen persoonlijk betreffende omstandigheden, zoals: waar zij gedurende de militaire acties van de NAVO verbleven, welke functie en rang zij hadden, in hoeverre zij daadwerkelijk aan oorlogsgeweld en oorlogsdreiging zijn blootgesteld en welke gevolgen zij daarvan ieder individueel hebben ondervonden. Bij deze stand van zaken acht het hof onvoldoende aannemelijk gemaakt dat Danikovic c.s. „nadeel dat niet in vermogensschade bestaat" zoals bedoeld in art. 6:106 BW hebben geleden als gevolg van een of meer van de in die bepaling genoemde oorzaken. Danikovic c.s. hebben zich weliswaar beroepen op grote spanningen waaraan zij bloot zijn gesteld als gevolg van de voortdurende bedreiging van hun leven en welzijn, maar dat is op zichzelf onvoldoende om te kunnen aannemen dat, zoals art. 6:106 lid 1 BW verlangt, de Staat het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen of dat bij Danikovic c.s. sprake is van aantasting in hun persoon. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat Danikovic c.s. militairen in actieve dienst zijn bij wie een dreiging als door hen gesteld niet steeds en onafhankelijk van de concrete omstandigheden van ieders individuele geval tot aantasting in de persoon zal leiden.

6. Hetgeen hiervoor werd overwogen leidt tot de conclusie dat hetgeen Danikovic c.s. vorderen in appel in geen enkel onderdeel kan worden toegewezen. Voor wat betreft het gevorderde bevel de Staat te gelasten (het dreigen met) verder oorlogsgeweld achterwege te laten geschiedt dit reeds vanwege gebrek aan (spoedeisend) belang.

Aangezien echter dit belang eerst in appel aan die vordering is komen te ontvallen, zal het hof met het oog op de kostenveroordeling in eerste aanleg, waartegen Danikovic c.s. grief I hebben gericht, onderzoeken of de President de vordering, zoals deze in eerste aanleg luidde, terecht heeft afgewezen, uitgaande van de toestand ten tijde van zijn uitspraak. Onbetwist is immers dat ten tijde van de uitspraak van de President nog oorlogshandelingen plaats vonden.

7. In hun betoog dat de Staat, door deel te nemen aan militaire acties tegen de FRJ, onrechtmatig jegens hen handelde hebben Danikovic c.s. zich gebaseerd op de volgende, deels ook in onderlinge samenhang te beschouwen (en hier kort samengevatte) grondslagen:

a. art. 2 lid 4 Handvest van de Verenigde Naties;

b. ongeschreven volkenrechtelijk gewoonterecht van dwingende aard (*ius cogens*) in combinatie met art. 53 Weens Verdragenverdrag;

c. art. 6 Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR);

d. art. 2 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM);

e. art. 6 Handvest van Neurenberg;

f. art. 8 Wet Oorlogsstrafrecht;

g. art. 52 lid 2 Protocol I bij de Verdragen van Genève;

h. Protocol II bij de Verdragen van Genève, met name art. 3 daarvan;

i. onrechtmatig handelen wegens poging tot moord/inbreuk recht op gezondheid en eigendom „benevens een groot aantal andere men-

senrechten en subjectieve rechten".

Het hof zal deze grondslagen hierna achtereenvolgens, soms gecombineerd, behandelen.

a. art. 2 lid 4 Handvest en b. ongeschreven volkenrecht

8. Danikovic c.s. hebben zich beroepen op schending van art. 2 lid 4 van het Handvest van de Verenigde Naties alsmede op normen van ongeschreven (dwingend) volkenrecht die, naar het hof begrijpt, dezelfde of een vergelijkbare strekking hebben als die bepaling. Ingevolge art. 2 lid 4 van het Handvest van de Verenigde Naties onthouden alle Leden zich in hun internationale betrekkingen van bedreiging met of 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. Evenwel kan de Veiligheidsraad op grond van art. 42 van het Handvest besluiten over te gaan tot zulk optreden door middel van lucht-, zee- of landstrijdkrachten als nodig is voor de handhaving of het herstel van de internationale vrede en veiligheid. De Staat heeft aangevoerd dat de op 23 september 1998 door de VN Veiligheidsraad aangenomen resolutie 1199 voor de deelname van Nederland aan de NAVO-acties voldoende legitimatie bood. De Staat heeft voorts benadrukt dat hij de legitimatie van deelname aan die acties niet zoekt in het leerstuk van de „humanitaire interventie".

Het hof zal de vraag of de Staat op basis van resolutie 1199 gerechtigd was aan de NAVO-acties tegen de FRJ, hoe belangrijk deze op zichzelf ook is, in het midden laten omdat het antwoord op die vraag niet beslissend is voor de uitkomst van het onderhavige geding. Het gaat er in dit geding immers niet alleen om of normen van internationaal recht zijn overtreden, maar ook of en in hoeverre individuele personen als Danikovic c.s. daarop voor de burgerlijke rechter een beroep kunnen doen. Het hof zal dan ook bij de bespreking van de onderhavige grondslag voor de eis alsmede overal elders in dit arrest veronderstellenderwijs tot uitgangspunt nemen dat het optreden van de Staat in strijd was met art. 2 lid 4 Handvest resp. dwingende normen van ongeschreven volkenrecht die dezelfde of een vergelijkbare strekking hebben als die bepaling.

9. Derhalve komt thans de vraag aan de orde of, uitgaande van de veronderstelling dat de Staat door deel te nemen aan de militaire acties tegen de FRJ in strijd heeft gehandeld met zijn internationaalrechtelijke verplichtingen, Danikovic c.s. in kort geding voor de burgerlijke rechter stopzetting van die acties kunnen vorderen. Het hof is van oordeel dat zulks noch in het geval van schending van art. 2 lid 4 Handvest noch in het geval van schending van regels van ongeschreven (dwingend) volkenrecht met een vergelijkbare strekking het geval is. Dergelijke internationaalrechtelijke normen richten zich tegen staten en hebben in beginsel slechts tussen staten rechtsgevolgen. Wel is het zo dat een zekere ontwikkeling in het recht is waar te nemen op grond waarvan handelingen van Staten die in strijd zijn met de tussen hen geldende normen van internationaal recht in bepaalde gevallen kunnen leiden tot aanspraken van individuele personen op schadevergoeding jegens een dergelijke Staat.

Daargelaten echter of deze ontwikkeling reeds zo ver gaat dat militairen in dienst van de FRJ als Danikovic c.s. zonder specifiek daarop gerichte verdragsrechtelijke voorziening schadevergoeding voor de burgerlijke rechter zouden kunnen vorderen op grond van het feit dat Nederland het agressieverbod heeft geschonden (een vordering tot schadevergoeding was in eerste aanleg immers niet aan de orde), er zijn geen aanwijzingen van een ontwikkeling die ertoe zou kunnen leiden dat individuele personen voor de burgerlijke rechter van een van de aan het conflict deelnemende staten stopzetting van de vijandelijkheden zouden kunnen vorderen. Het hof acht de mogelijkheid daartoe ook daarom onaannemelijk, nu aanvaarding daarvan er in feite op zou neerkomen dat de in art. 2 lid 4 Handvest besloten liggende en tot de Leden van de Verenigde Naties geadresseerde norm zonder enige restrictie door individuele belanghebbenden zou kunnen worden ingeroepen voor en zou dienen te worden gehandhaafd door de burgerlijke rechter van een van de bij een gewapend conflict betrokken partijen. Een dergelijke consequentie kan ook bezwaarlijk in overeenstemming worden gebracht met de op dit punt bestaande rechtsmacht van het Internationale Hof van Justitie, omdat daarmee de mogelijkheid zou ontstaan van met elkaar conflicterende uitspraken van de nationale en de internationale rechter. Het hiervoor overwogene geldt niet slechts voor schending van art. 2 lid 4 Handvest maar evenzeer voor overtreding van dwingende normen van volkenrechtelijk gewoonterecht die dezelfde of een vergelijkbare strekking hebben als art. 2 lid 4 Handvest.

10. De hierboven in r.o. 7 weergegeven grondslagen a en b kunnen derhalve niet tot het oordeel leiden dat de President de vordering van Danikovic c.s. had moeten toewijzen.

c. art. 6 IVBPR

11. Ingevolge art. 2 IVBPR verbindt iedere partij bij dit Verdrag zich de in dit Verdrag erkende rechten te eerbiedigen en deze ... „aan ieder die binnen zijn grondgebied verblijft en aan zijn rechtsmacht is onderworpen" te verzekeren. Aangezien Danikovic c.s. zich ten tijde van de uitspraak van de President niet op het grondgebied van Nederland bevonden kunnen zij zich niet op de in het IVBPR erkende rechten, waaronder het recht op leven erkend in art. 6, beroepen. Dit is in overeenstemming met doel en strekking van het IVBPR dat immers de strekking heeft de burger zekere fundamentele rechten te waarborgen jegens de „eigen" Staat en dat niet beoogt de rechten van burgers of militairen te regelen tegenover een Staat met wie de „eigen" Staat in een gewapend conflict is

verwikkeld. Daarop hebben andere verdragen betrekking, waarop Danikovic c.s. zich ook hebben beroepen en die daarom hierna aan de orde zullen komen.

d. art. 2 EVRM

12. Ook in dit geval rijst de vraag of Danikovic c.s. vallen binnen het toepassingsgebied van het EVRM. Art. 1 EVRM bepaalt dat de Hoge Verdragsluitende Partijen „eenieder, die ressorteert onder haar rechtsmacht" de rechten en vrijheden verzekert welke zijn vastgesteld in de Eerste Titel van dit Verdrag. Het hof is van oordeel dat Danikovic c.s. ten tijde van de militaire acties niet binnen de rechtsmacht van Nederland vielen en dat het feit dat dergelijke acties plaatsvonden dit niet anders maakt. Weliswaar sluit het feit dat handelingen van een Staat plaats vinden of effect hebben buiten zijn eigen grondgebied, op zichzelf niet uit dat personen die door zulk optreden worden getroffen onder de rechtsmacht van die Staat ressorteren in de hiervoor bedoelde zin, zoals zich onder meer kan voordoen in het geval dat als een gevolg van (rechtmatig of onrechtmatig) militair optreden de Staat effectieve zeggenschap (in de woorden van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in zijn uitspraak van 23 maart 1995 in de zaak Loizidou tegen Turkije, Series A, nr. 310: „effective control") uitoefent over een gebied buiten zijn eigen territoir, maar naar het voorlopig oordeel van het hof was van een dergelijke effectieve zeggenschap geen sprake aangezien daarvoor in beginsel onvoldoende is dat militaire luchtacties worden uitgevoerd.

Bovendien overweegt het hof dat de stellingen van Danikovic c.s. onvoldoende gespecificeerd zijn om te kunnen beoordelen of en in welk opzicht specifiek jegens hen sprake was van een (dreigende) schending van de door het EVRM gewaarborgde rechten. Anders dan Danikovic c.s. wellicht menen is het enkele feit dat Nederland deelneemt aan luchtacties tegen de FRJ en dat zij soldaat zijn in het Joegoslavische leger daartoe onvoldoende. Art. 2 EVRM biedt derhalve geen grondslag voor de vordering van Danikovic c.s.

e. art. 6 Handvest van Neurenberg

13. Het Handvest van de Internationale Militaire Rechtbank behorend bij de op 8 augustus 1945 gesloten „Overeenkomst (...) voor de vervolging en de bestraffing van de groote oorlogsmisdadigers van de Europeesche As" (Trb. 1946, 14) heeft blijkens art. 1 daarvan betrekking op de berechting en bestraffing van oorlogsmisdadigers van de toenmalige Europese As. Dit Handvest is derhalve niet van toepassing op mogelijke oorlogsmisdaden begaan door Nederland of Nederlandse militairen in of tegen de FRJ. Voor zover Danikovic c.s. met hun beroep op dit Handvest in wezen willen betogen dat de in art. 6 van het Handvest opgenomen beginselen (met name het beginsel dat het nemen van initiatief tot of het voeren van een aanvalsoorlog een misdrijf tegen de vrede is) normen van volkenrechtelijk gewoonterecht zijn waarop zij zich in dit geding beroepen, geldt hetgeen hierboven in r.o. 8 omtrent het beroep op volkenrechtelijk gewoonterecht is overwogen: dergelijke normen hebben in ieder geval in zoverre geen rechtstreekse werking dat individuele personen in kort geding voor de burgerlijke rechter een bevel tot naleving door een staat van die normen zouden kunnen vorderen.

f. art. 8 Wet oorlogsstrafrecht

14. Art. 8 Wet Oorlogsstrafrecht stelt strafbaar de schending van de wetten en gebruiken van de oorlog. Anders dan Danikovic c.s. menen valt onder dat verbod niet het agressie/interventieverbod. De bepaling van art. 8 ziet onmiskenbaar op de wijze waarop de oorlog wordt gevoerd (het *ius in bello*) ongeacht of de oorlog op zichzelf rechtmatig of onrechtmatig is, welke vraag naar de regels van internationaal recht moet worden beantwoord.

Wat betreft nu het beroep van Danikovic c.s. op art. 8 Wet Oorlogsstrafrecht is het hof allereerst van oordeel dat deze bepaling hoogstens een grondslag zou kunnen vormen voor een bevel aan de Staat om de oorlog tegen de FRJ volgens de bedoelde wetten en gebruiken te voeren en niet voor een algeheel verbod. Aangezien de vordering van Danikovic c.s. slechts tot dit laatste strekte had de President reeds om die reden de vordering niet op deze grond behoeven toe te wijzen.

Het hof overweegt bovendien als volgt. Ook indien zich tijdens de militaire acties tegen de FRJ schendingen voordeden van art. 8 Wet Oorlogsstrafrecht betekent zulks nog niet zonder meer dat er aanleiding was de Staat in kort geding een bevel op te leggen zich van dergelijke gedragingen te onthouden of zelfs om het militair optreden volledig te beëindigen. Daarvoor zou slechts grond kunnen zijn indien – op zijn minst – aannemelijk zou zijn dat de Staat tot dergelijke overtredingen opdracht geeft of deze desbewust toelaat, dan wel indien het militair optreden niet anders dan met systematische overtredingen van deze aard kan worden uitgevoerd. Voor zover de stellingen van Danikovic c.s. aldus moeten worden gelezen dat zij aanvoeren dat zich een of meer van deze gevallen voordoet, acht het hof die stelling in het licht van de gemotiveerde betwisting daarvan door de Staat, die zich in dat kader heeft beroepen op het bij pleidooi in het geding gebrachte „Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia", voorshands onvoldoende aannemelijk. Aangezien dit kort geding zich niet leent voor het uitgebreide feitenonderzoek dat nodig zou zijn om dergelijke stellingen van Danikovic c.s. ten gronde te beoordelen, faalt hun beroep op deze grondslag ook om die reden.

g. art. 52 lid 2 Protocol I

15. Ingevolge art. 52 lid 2 van het Aanvullende Protocol (Protocol I) bij de Verdragen van Genève betreffende de bescherming van

slachtoffers van internationale gewapende conflicten (Trb. 1980, 87) dienen aanvallen strikt tot militaire doelen te worden beperkt. In dit artikellid is een omschrijving opgenomen van militaire doelen. In lid 3 van art. 52 is bepaald dat in geval van twijfel of een object dat gewoonlijk dienst doet voor civiele doeleinden, wordt gebruikt om een daadwerkelijke bijdrage te leveren aan de krijgsverrichtingen, er van uit dient te worden gegaan dat het niet voor laatstgenoemd doel wordt gebruikt. Danikovic c.s. voeren aan dat de Staat zijn aanvallen niet strikt tot militaire doelen heeft beperkt. De Staat heeft dit weersproken en aangevoerd dat, voor zover doelen zijn aangevallen die niet een strikt militair karakter hebben (zoals bruggen e.d.), deze desalniettemin een geoorloofd doelwit vormden omdat zij naar hun ligging, bestemming of gebruik een daadwerkelijke bijdrage tot de krijgsverrichtingen leverden en de gehele of gedeeltelijke vernietiging, verovering of onbruikbaarmaking daarvan onder de omstandigheden van dat moment een duidelijk militair voordeel opleverde, alles in de zin van art. 52 lid 2 Protocol I, en dat voor het overige slechts sprake is geweest van, in beginsel niet onrechtmatige, bijkomende schade als bedoeld in art. 57 lid 2(a) sub (ii) van Protocol I.

16. Het hof overweegt hieromtrent als volgt. De door Danikovic c.s. in art. 52 lid 2 van Protocol I gezochte grondslag zou hoogstens kunnen leiden tot een verbod gericht tegen de Staat om de aanvallen strikt tot militaire doelen te beperken, maar dat vorderden zij niet en bij een dergelijke vordering zouden Danikovic c.s., allen militairen in actieve dienst, ook geen belang hebben. Alleen hierop moet het beroep op deze bepaling reeds stranden.

h. Protocol II

17. Danikovic c.s. hebben zich nog beroepen op het Aanvullende Protocol (Protocol II) bij de Verdragen van Genève betreffende de bescherming van slachtoffers van niet-internationale conflicten (Trb. 1980, 88), met name op art. 3 daarvan. Dit Protocol II is evenwel uitsluitend van toepassing op niet-internationale conflicten, dat wil zeggen op alle gewapende conflicten waarop Protocol I *niet* van toepassing is (art. 1 Protocol II). Een beroep op Protocol I sluit dus logischerwijs een beroep op Protocol II uit. Aangezien bovendien in dit geding de rechtmatigheid van de luchtaanvallen van Nederland op de FRJ ter discussie staat, is sprake van een internationaal conflict waarop Protocol II niet van toepassing is.

i. inbreuk op diverse andere rechten

18. Danikovic c.s hebben zich tenslotte beroepen op onrechtmatig handelen wegens poging tot moord, wegens inbreuk op het recht op gezondheid en eigendom „benevens een groot aantal andere mensenrechten en subjectieve rechten". Voor zover Danikovic c.s. zich beroepen op „een groot aantal andere mensenrechten en subjectieve rechten" gaat het hof daaraan voorbij, aangezien zowel voor het hof als voor de wederpartij onvoldoende duidelijk is op welke rechten zij zich ter ondersteuning van hun vordering beroepen. Voor zover Danikovic c.s. aanvoeren dat inbreuk wordt gemaakt op hun recht op eigendom, faalt dit beroep aangezien zij niet hebben gesteld op welke wijze inbreuk op hun (eigen) eigendommen werd gemaakt of dreigde als gevolg van de NAVO-bombardementen.

19. Het beroep van Danikovic c.s. op onrechtmatige daad wegens poging tot moord en inbreuk op het recht op gezondheid, begrijpt het hof aldus dat zij zich ter ondersteuning van hun vordering beroepen op onrechtmatig handelen als gevolg van een (dreigende) inbreuk op hun subjectieve recht op leven en gezondheid naar nationaal (Nederlands) recht, welke inbreuk niet wordt gerechtvaardigd door oorlogsgeweld dat naar maatstaven van internationaal recht geoorloofd is. Ook deze grondslag echter noodzaakte de President niet tot toewijzing van de vordering. Danikovic c.s. hebben immers over hun persoonlijke omstandigheden tijdens de luchtacties niets aangevoerd (zoals plaats van verblijf of legering, het krijgsonderdeel waar zij deel van uitmaakten, rang en functie), zodat niet kan worden vastgesteld, althans niet zonder een nader feitenonderzoek waarvoor in dit kort geding geen plaats is, of de luchtacties ook jegens hen persoonlijk onrechtmatig waren. Anders dan Danikovic c.s. wellicht menen is het enkele feit dat deze acties tegen het leger van de FRJ waren gericht en dat zij van dat leger deel uitmaakten onvoldoende om tot die conclusie te kunnen leiden.

Conclusie

20. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de grondslagen die Danikovic c.s. voor hun vordering hebben aangevoerd falen en dat de President, wat er ook zij van de door hem gebezigde gronden, de gevraagde voorziening terecht heeft geweigerd. De door Danikovic c.s. aangevoerde grieven behoeven, voor zover zij niet reeds besproken zijn, geen afzonderlijke behandeling. Het vonnis van de President zal worden bekrachtigd met veroordeling van appellanten in de kosten van het hoger beroep.

(enz.)

Cassatiemiddelen:

Middel 1

Schending van het recht en/of verzuim van vormen, waarvan niet-inachtneming nietigheid meebrengt, doordat het Hof onder 5 overweegt dat onvoldoende aannemelijk zou zijn gemaakt dat Danikovic c.s. „nadeel dat niet in vermogensschade bestaat" zoals bedoeld in art. 6:106 BW zouden hebben geleden als gevolg van een of meer van de in die bepaling genoemde oorzaken.

Dit gelet op het feit dat, naar het Hof verder overweegt:

„Danikovic c.s. (...) onvoldoende (hebben)

gesteld omtrent de de hen persoonlijk betreffende omstandigheden, zoals: waar zij gedurende de militaire acties van de NAVO verbleven, welke functie en rang zij hadden, in hoeverre zij daadwerkelijk aan oorlogsgeweld zijn blootgesteld en welke gevolgen zij daarvan ieder individueel hebben ondervonden."

Waaraan dan niet afdoet, aldus verder het Hof, dat:

„Danikovic c.s. (...) zich weliswaar (hebben) beroepen op grote spanningen waaraan zij blootgesteld zijn geweest als gevolg van de voortdurende bedreiging van hun leven en welzijn, maar dat is op zichzelf onvoldoende om te kunnen aannemen dat, zoals art. 6:106 BW verlangt, de Staat het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen of dat bij Danikovic c.s. sprake is van aantasting in hun persoon."

In welk verband het Hof voorts nog overweegt:

„Daarbij neemt het hof in aanmerking dat Danikovic c.s. militairen in actieve dienst zijn bij wie een dreiging als door hen gesteld niet steeds en onafhankelijk van de concrete omstandigheden van ieder individuele geval tot aantasting in de persoon zal leiden."

Ten onrechte, aangezien wat Danikovic c.s. hebben gesteld ruimschoots voldoende is om hun aanspraak op immateriële schadevergoeding rechtens te rechtvaardigen.

Bij het onder 5 aan de orde neemt het Hof klaarblijkelijk

„veronderstellenderwijs tot uitgangspunt dat het optreden van de Staat in strijd was met art. 2 lid 4 Handvest resp. dwingende normen van ongeschreven volkenrecht die dezelfde of een vergelijkbare strekking hebben als die bepaling,"

zoals tot uitdrukking gebracht aan het slot van het onder 8 overwogene.

Dit impliceert dan dat het Hof, ook voor wat betreft de beantwoording van de vraag of Danikovic c.s. hier terecht aanspraak maken op immateriële schadevergoeding, er vanuit gaat dat hier sprake was van een onrechtmatige agressie-oorlog.

Het entameren van een dergelijke oorlog, in strijd met de meest fundamentele volkenrechtelijke rechtsnormen naar ius cogens, vormt dan een misdrijf tegen de vrede, bij de processen van Neurenberg, zoals door Danikovic c.s. eerder aangegeven, indertijd uitdrukkelijk gekwalificeerd als het ergst denkbare oorlogsmisdrijf.

Alleen al *in het algemeen* heeft te gelden dat het aandoen van derden van een dergelijke gruwelijke misdaad als het, volkenrechtelijk volstrekt onrechtmatig, over hen brengen van wat in de aanhef van het Handvest van de Verenigde Naties wordt aangeduid als „de gesel van de oorlog", voor alle derden die door een dergelijke oorlog worden bezocht, zonder onderscheid, een recht op immateriële schadevergoeding rechtvaardigt.

Oorlog vormt immers voor alle ingezetenen van een daardoor getroffen samenleving, stuk voor stuk en niemand uitgezonderd, een bezoeking met ingrijpende emotionele, pychische en sociale consekwenties.

Elke impliciete veronderstelling dat dit anders zou zijn, getuigt van een fundamentele miskenning van de ware aard van wat de norm van het Handvest van de Verenigde Naties die agressie verbiedt, als diepste intentie, als een alles en iedereen verzengend en aanvretend kwaad aan banden heeft willen leggen.

De gevolgen van een oorlog, zoals die liggen opgeslagen in het collectieve geheugen van de mensheid, met name sinds Wereldoorlog II, en sindsdien tot uitgangspunt zijn gemaakt van volkenrechtelijke normschepping om daaraan een eind te maken. Een collectief geheugen waaraan het Hof blijkbaar geen deel heeft.

Geldt dit al in het algemeen voor iedere oorlog, het geldt dan zeker nog des te nadrukkelijker voor de grootscheepse oorlog die tegen de Federale republiek Joegoslavië werd gevoerd.

Het Hof is daarentegen, op aangeven van de Staat, klaarblijkelijk – uiteraard onuitgesproken – van oordeel dat het met de gevolgen van een oorlog voor de ingezetenen van een land dat daardoor wordt bezocht wel mee valt, althans wel mee kan vallen, zolang die teamiste niet tegen Nederland wordt gevoerd en zolang het het enig ander land dan Nederland betreft dat maandenlang tot in de verste uithoeken door een niet aflatende bombardementsterreur wordt bezocht.

Zodat de ingezetenen van een land dat gebukt gaat onder de gesel van de oorlog maar zouden hebben te bewijzen dat en in hoeverre zij daardoor in hun persoon worden aangetast.

Het Hof miskent daarmee op fundamentele wijze met name ook de ware aard van een oorlog op grote schaal, zoals die tot in de verste uithoeken van het grondgebied tegen de Federale Republiek Joegoslavië is gevoerd, maandenlang, dag en nacht, met de totaal ontwrichtende gevolgen voor de gehele samenleving, duizenden doden en gewonden, een – onweer sproken – schade van meer dan 100 miljard, peilloos leed en verdriet voor de gehele bevolking, traumatisering op mega-schaal en vernietiging van hoop, toekomstperspectief en kans op een menswaardig bestaan voor allen, en dus ook alleen al daarom voor eisers.

Liever draagt het Hof bij aan de instandhouding van de illusie dat de brengers van een oorlog, althans als het om een oorlog gaat van de Staat der Nederlanden, helemaal geen oogmerk hadden om enig nadeel aan de recipiënten van die oorlogshandelingen toe te brengen, en dat die al evenmin als gevolg daarvan noodzakelijkerwijs in hun persoon worden aangetast.

Zodat degenen die de oorlog wordt aangedaan eerst maar eens moeten bewijzen dat de Staat wel het oogmerk had om hen nadeel toe te brengen en/of dat het onvermijdelijk is dat zij als gevolg daarvan in hun persoon werden aangetast.

Hoe diep de opvatting inmiddels ook is ingesleten dat, als het beschaafde Westen zich op oorlogspad begeeft, alleen al de nobele bedoelingen daarvan bewerkstelligen dat van een oogmerk om de ontvangers van de oorlog nadeel toe te brengen geen sprake zou zijn en deze nobele bedoelingen tevens verhinderen dat zij als gevolg daarvan in hun persoon worden aangetast, met de werkelijkheid heeft deze ideologische beeldvorming niets te maken.

Het gaat hier om een even cynische als naieve omkering van de feiten, die onlosmakelijk aan de oorlog zijn verbonden, welke intentie daarbij ook voorstaat.

Een en ander impliceert dat bij geen enkele oorlog gesteld kan worden dat de brengers hiervan geen oogmerk hadden om jegens de ontvangers hiervan geen nadeel toe te brengen, nu a priori, als onontkoombaar met het wezen van oorlog verweven, vast staat dat onvermijdelijk is dat oorlog bij de recipiënten aan alles en iedereen, stuk voor stuk, nadeel toebrengt. Evenmin kan gesteld worden dat de recipiënten van oorlog niet, allemaal en stuk voor stuk, daardoor in hun persoon worden aangetast.

Althans berust op hen die zouden willen betogen dat dit, met name ook in een concreet geval als het onderhavige, anders zou zijn, de bewijslast.

Nu de Staat op dit punt zelfs van enig betoog om dit aannemelijk te maken geen blijk heeft gegeven, had het Hof bepaald moeten vaststellen dat het een ervaringsgegeven is dat de recipiënten van een oorlog daardoor onvermijdelijk in hun persoon worden aangetast en dat het bewijs dat in enig uitzonderingsgeval „de gesel van de oorlog" geen wonden slaat bij de steller dezes berust, zodat het arrest hier rechtens onjuist is, dan wel tenminste onvoldoende met redenen omkleed.

Geldt dit alles al voor een *rechtmatige* oorlog, leidend tot niet in strijd met het volkenrecht toegebrachte nadeel en aantasting in de persoon van de ontvangers van de oorlog, het geldt dan natuurlijk met des te meer klem voor een *onrechtmatige oorlog*, leidend tot *onrechtmatig* toegebrachte nadeel en *onrechtmatige* aantasting in de persoon van degenen, stuk voor stuk, die de oorlog moeten ondergaan.

Geldt dit alles al voor de ingezetenen, stuk voor stuk, van een land dat een onrechtmatige oorlog wordt aangedaan als de onderhavige, nog meer geldt dat voor *de militairen*, stuk voor stuk, van zo'n land.

Jegens hen valt natuurlijk *a fortiori* niet vol te houden dat de agressor-staat of -staten niet het oogmerk hadden om hen – onrechtmatigerwijs – nadeel toe te brengen en/of in hun persoon aan te tasten.

En toch is dat precies wat het Hof, mirabile dictu, onder 5 beweert.

Het Hof, in casu nota bene wel helemaal ten onrechte de bewijslast bij eisers in cassatie leggend, overweegt immers dat deze onvoldoende hebben bijgebracht

„om te kunnen aannemen dat, zoals art. 6:105 lid 1 BW verlangt, de Staat het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen of dat bij Danikovic c.s. sprake is van aantasting in hun persoon."

Eisers in cassatie hebben – onweersproken door de Staat – gesteld dat de Staat er middels de oorlogshandelingen in NAVO-verband mede op uit was om hen van het leven te beroven of anderszins uit te schakelen, dat dit in het geval van een onrechtmatige oorlog als een volstrekt onrechtmatig oogmerk moet worden beschouwd en als poging tot moord, dan wel als poging tot toebrengen van zwaar lichamelijk letsel moet worden gekwalificeerd.

Alles wat de Staat daar tegenin gebracht heeft, is dat de onderhavige oorlog een volkenrechtelijk rechtmatige grondslag zou hebben en militairen mitsdien een legitiem militair doel zouden vormen.

Aannemen als uitgangspunt dat de oorlog een rechtmatige grondslag ontbeert, zoals het Hof in casu doet, brengt echter onmiskenbaar met zich mee dat ook het naar het leven staan militairen geen rechtmatig oogmerk vormt, zodat hierbij dan ontegenzeglijk sprake is van poging tot moord c.q. toebrengen van lichamelijk letsel.

Alsdan, in het licht hiervan, overwegen zoals het Hof doet, dat

„de grote spanningen waaraan zij bloot zijn gesteld als gevolg van de voortdurende bedreiging van hun leven en welzijn"

bepaald onvoldoende zou zijn om aan te nemen dat hen daarmee immateriële schade zou zijn toegebracht, getuigt van een peilloos dédain van het Hof voor de lichamelijke en geestelijke integriteit van eisers in cassatie en voor al hun overige fundamentele rechten, die hun als mens toekomen.

Des te schrijnender in het perspectief van het feit dat, zoals bij pleidooi in appel bekend is gemaakt, van de oorspronkelijke eisers *Vlasta Djurinac* en *Goran Vasic* sinds de oorlog niets meer is vernomen en ook met hun families geen contact meer is sinds deze uit Kosovo zijn gevlucht, zodat niet vast staat of zij nog in leven zijn. Waarbij niet uitgesloten moet worden geacht dat de NAVO-staten, waaronder Nederland, jegens hen daadwerkelijk in het oogmerk zijn geslaagd om hen fysiek uit te schakelen.

En waarbij het feit dat zij, temidden van de oorlogshandelingen, voor wat betreft hun positie als eisers in dit geding aldus van het toneel zijn verdwenen/een omstandigheid vormt die het Hof klaarblijkelijk niet de moeite waard vindt om in zijn arrest zelfs maar te vermelden!

Terwijl voorts eisers uitdrukkelijk en onweersproken hebben aangetoond bij pleidooi in appel dat meer dan 1000 Joegoslavische militairen bij de bombardementen het leven hebben gelaten, waarnaast over het aantal gewonde soldaten geen nadere cijfers bekend zijn, doch niet anders dan aan te nemen valt dat dit in elk geval

een veelvoud van het aantal gedode militairen zal bedragen.

Als het tenminste slechts om Joegoslavische soldaten gaat, dan is een constante onrechtmatige dreiging dat zij van het leven worden beroofd of anderszins gewond geraken door onrechtmatige oorlogshandelingen van de Staat, klaarblijkelijk voor het Hof onvoldoende om aan te nemen dat het oogmerk om nadeel toe te brengen en aantasting in hun persoon aanwezig waren.

Dat is dan, volgens het Hof, ook nog eens „afhankelijk van de concrete omstandigheden van ieders individuele geval".

Alsof niet – onweersproken door de Staat – vast staat dat tot in de verste uithoeken van Joegoslavië dag in dag uit, maandenlang, militaire objecten, kazernes en legerplaatsen onafgebroken werden gebombardeerd en ook allerminst uit de mond van de Staat te beluisteren viel dat er ergens ook maar in Joegoslavië een plek zou zijn geweest, of een positie, waarin eisers in cassatie als militairen gevrijwaard waren van pogingen van de Staat om hen uit de weg te ruimen!

Als hier dan ook al geen sprake zou zijn van een rechtstreekse schending of verkeerde toepassing van het recht, dan is er in elk geval de beslissing op dit punt onbegrijpelijk, dan wel tenminste onvoldoende gemotiveerd.

Middel 2

Schending van het recht en/of verzuim van vormen waarvan niet-inachtneming nietigheid meebrengt, doordat het Hof onder 19 van het bestreden arrest overweegt als daar gesteld, met name:

„Het beroep van Danikovic c.s. op onrechtmatige daad wegens poging tot moord en inbreuk op het recht op gezondheid, begrijpt het hof aldus dat zij zich ter ondersteuning van hun vordering beroepen op onrechtmatig handelen als gevolg van een (dreigende) inbreuk op hun subjectieve recht op leven en gezondheid naar nationaal (Nederlands) recht, welke inbreuk niet wordt gerechtvaardigd door oorlogsgeweld dat naar maatstaven van internationaal recht geoorloofd is. Ook deze grondslag echter noodzaakte de President niet tot toewijzing van de vordering. Danikovic c.s. hebben immers over hun persoonlijke omstandigheden tijdens de luchtacties niets aangevoerd (zoals plaats van verblijf of legering, het krijgsmachtonderdeel waar zij deel van uitmaakten, rang en functie), zodat niet kan worden vastgesteld, althans niet zonder een nader feitenonderzoek waarvoor in dit kort geding geen plaats is, of de luchtacties ook jegens hen persoonlijk onrechtmatig waren. Anders dan Danikovic c.s. wellicht menen is het enkele feit dat deze acties tegen het leger van de FRJ waren gericht en dat zij van dat leger deel uitmaakten onvoldoende om tot die conclusie te kunnen leiden."

Een en ander volstrekt ten onrechte, want in strijd met het recht, of althans onbegrijpelijk dan wel onvoldoende gemotiveerd.

Indien, zoals het Hof tot uitgangspunt neemt, de Staat in NAVO-verband een agressie-oorlog voerde tegen de FRY, dan waren alle pogingen om Joegoslavische militairen uit te schakelen alleen al op die grond onrechtmatig en als niet anders dan als poging tot moord, toebrengen van lichamelijk letsel, inbreuk op hun recht op gezondheid en anderszins aantasting van hun subjectieve rechten aan te merken.

Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat, waar in een rechtmatige oorlog het uitschakelen van militairen naar geldend oorlogsrecht een geoorloofd militair oogmerk vormt, de Staat, deze oorlog voor rechtmatig houdende, nimmer heeft aangegeven er niet op uit te zijn geweest om met geweld van wapens eisers in cassatie fysiek uit te schakelen, of anderszins jegens hen enig voorbehoud heeft gemaakt om hen op de een of andere wijze te willen ontzien. En dat de Staat dan ook geenszins ontkend heeft eisers naar het leven te hebben gestaan.

Hetgeen dus, ervan uitgaande, zoals het Hof in casu doet, dat de oorlog een agressie-oorlog vormde – dit in tegenstelling tot wat de Staat tegen beter weten in blijft proberen ingang te doen vinden –, impliceert dat de Staat in NAVO-verband inderdaad erop uit is geweest eisers te vermoorden, dan wel onrechtmatigerwijs anderszins grof in hun subjectieve rechten aan te tasten.

En uiteraard is alleen al die opzet jegens eisers in cassatie volstrekt onrechtmatig.

Iedere gerichtheid en intentie, ieder streven om een ander mens onrechtmatigerwijs van het leven te beroven of anderszins grof te schenden in zijn/haar mensenrechten, vormt immers een onrechtmatige daad naar nationaal recht, een ernstiger onrechtmatig handelen jegens hen is zelfs ondenkbaar!

Daarbij is het volstrekt zonder betekenis of de Staat hen nu op de ene plaats van verblijf ambieerde onrechtmatigerwijs uit te schakelen of op een andere plaats van verblijf, of de Staat dit nu jegens ieder van hen beoogde als ingedeeld zijnde bij onderdeel zus of onderdeel zo, en al even betekenisloos of de Staat die intentie koesterde jegens hen in functie of rang x, dan wel functie of rang y.

Het gaat erom dat alleen al het koesteren van die volstrekt onrechtmatige intentie, alsmede de daadwerkelijke pogingen om die intentie kracht bij te zetten, ten diepste onrechtmatig waren jegens eisers in cassatie.

Dat zij alleen als gevolg van deze onrechtmatige intentie van de Staat – onweersproken – aan ernstige psychische spanningen hebben blootgestaan, maakt dat hiermee sprake is geweest van aantasting in hun persoon. De mate waarin eisers getraumatiseerd uit de oorlog zijn gekomen, voor zover zij deze maandenlange golf van agressie, wellicht anders dan de oorspronkelijke eisers Djurinac en Vasic, hebben over-

leefd, is daarvoor niet doorslaggevend, evenmin als de plaatsen waar, de mate waarin en het aantal keren dat zij rechtstreeks het doelwit hebben gevormd van dit aanhoudende onrechtmatige geweld.

Nogmaals zij voorts herhaald, de Staat maakte jegens hen geen enkel voorbehoud, ook niet in processu, terzake van het feit dat ook eisers onverkort golden als doelen die zoveel mogelijk moesten worden uitgeschakeld, en het is voorts van algemene bekendheid dat het gehele grondgebied van de FRY als oorlogszone werd aangemerkt, terwijl ook feitelijk tot in de verste uithoeken van het land bombardementen werden uitgevoerd – het geen zowel van algemene bekendheid is als ook nog eens uitvoerig door eisers met een groot aantal bescheiden is gestaafd –, zodat ook feitelijk eisers nergens veilig waren of een vrijplaats konden vinden.

Als dit voor een antwoord op de vraag of er sprake was van onrechtmatigheid jegens hen al iets zou uitmaken, hetgeen overigens niet het geval is.

Die onrechtmatigheid staat ook zonder die wetenschap al onbetwistbaar vast.

Het Hof moet het zich daarbij zeer wel bewust geweest zijn dat het, door het stellen van de eis dat eisers informatie hadden dienen te geven over de plaatsen waar zij gedurende de militaire acties van de NAVO verbleven, welke functie en rang zij hadden en in hoeverre zij daadwerkelijk aan oorlogsgeweld zijn blootgesteld, eisen stelde waarop door hen onmogelijk zouden kunnen worden ingegaan, omdat dit informatie is die strijdig is met de belang van de nationale veiligheid.

Zodat wat eisers op dit punt volgens het Hof hadden moeten stellen niet alleen rechtens allerminst noodzakelijk is, maar bovendien nog feitelijk onmogelijk was.

Onbegrijpelijk in dit verband is voorts nog dat eisers hadden moeten aangeven in hoeverre zij daadwerkelijk aan *oorlogsdreiging* zijn blootgesteld. Alsof het station van oorlogs*dreiging* al niet allang was gepasseerd en de oorlog niet maandenlang een feit is geweest!

Indien het Hof daarmee zou suggereren dat, gedurende de maanden van onafgebroken en in de vele tienduizenden lopende bombardementensvluchten tot in alle uithoeken van het land, niettemin de aanwezigheid van oorlogsdreiging voor eisers alleen aangenomen zou kunnen worden bij het stellen van nadere feiten, dan raakt die opvatting kant noch wal.

Indien het Hof met de eis dat eisers hadden moeten aangeven waar zij gedurende de militaire acties van de NAVO verbleven zou suggereren dat wetenschap hiervan noodzakelijk zou zijn om nader te kunnen beoordelen of zij met name (ook) door systemen en eenheden van de Staat der Nederlanden zouden kunnen zijn belaagd, moet worden vastgesteld dat dit voor de hier voorliggende onrechtmatigheidskwestie volstrekt niet ter zake doet.

Dit aangezien, zoals eisers ook herhaaldelijk hebben beklemtoond, onder verwijzing naar de adviezen van de Raad van State ter gelegenheid van de goedkeuringswet op het Kruisraketten-verdrag, de Staat der Nederlanden, door deel te nemen in het geïntegreerde commando in NAVO-verband en in de geïntegreerde aanvalsplannen, zich in volkenrechtelijke zin medeverantwoordelijk en medeaansprakelijk heeft gemaakt met betrekking tot alle onrechtmatige agressie-aanvallen en de gevolgen daarvan.

Middel 3

3.1. Schending van het recht en/of verzuim van vormen waarvan niet-inachtneming nietigheid met zich meebrengt, doordat het Hof onder 9 oordeelt als volgt:

„Derhalve komt thans de vraag aan de orde of, uitgaande van de veronderstelling dat de Staat door deel te nemen aan de militaire acties tegen de FRJ in strijd heeft gehandeld met zijn internationaalrechtelijke verplichtingen, Danikovic c.s. in kort geding stopzetting van die acties kunnen vorderen. Het hof is van oordeel dat zulks noch in het geval van van schending van art. 2 lid 4 Handvest noch in het geval van schending van regels van ongeschreven (dwingend) volkenrecht met een vergelijkbare strekking het geval is."

Volstrekt ten onrechte.

De grondslag van de vordering is hier niet primair dat de Staat „deelneemt aan militaire acties tegen de FRJ", zoals het Hof het hier gepleegde misdrijf naar internationaal recht omschrijft, maar dat de Staat erop uit was om, middels dit onrechtmatige oorlogsgeweld, eisers in cassatie onrechtmatigerwijs te vermoorden of anderszins grof in hun mensenrechten aan te tasten.

Dit vormt dan zonder twijfel een onrechtmatige daad van de Staat en de civiele nationale rechter is dan de competente rechter, die, daartoe geroepen, niet alleen bevoegd is om aan deze onrechtmatigheid een einde te maken, maar daartoe dan ook zonder meer verplicht is. En ook zonder meer in staat is, nu de partij die zich schuldig maakt aan dit onrechtmatig handelen, de Staat, onder zijn jurisdictie valt.

Geen enkele rechtsregel naar nationaal of internationaal recht geeft een indicatie dat, nu het gaat om onrechtmatig handelen in het kader van oorlogshandelingen, de civiele rechter de bevoegdheid zou missen om stopzetting daarvan te bevelen.

3.2. Het Hof vervolgt dan onder 9:

„Dergelijke internationaalrechtelijke normen richten zich tegen staten en hebben in beginsel slechts tussen staten rechtsgevolgen."

Ten onrechte.

Dit reeds hierom, aangezien het Hof met deze overweging miskent dat de grondslag van de vordering van eisers niet primair is een schending van de internationaalrechtelijke norm van het agressie-verbod en het non-interventiebeginsel, maar primair een onrechtmatig hande-

len jegens hen, door hen onrechtmatigerwijs naar het leven te staan, c.q. de intentie te hebben om hen anderszins grof in hun subjectieve rechten aan te tasten. Dat dit tevens een oordeel veronderstelt over een vraag van internationaalrechtelijke aard, doet er niet aan af dat het hier dan, wat deze grondslag betreft, primair gaat om een oordeel naar nationaal recht, namelijk omtrent de rechtmatigheid van aantasting en bedreiging van het recht op leven en van andere subjectieve rechten van eisers.

3.3. Waaraan het Hof dan onder 9 verder toevoegt:

„Wel is het zo dat een zekere ontwikkeling in het recht is waar te nemen op grond waarvan handelingen van Staten die in strijd zijn met de tussen hen geldende normen van internationaal recht in bepaalde gevallen kunnen leiden tot aanspraken van individuele personen op schadevergoeding jegens een dergelijke Staat.

Daargelaten echter of deze ontwikkeling reeds zo ver gaat dat militairen in dienst van de FRJ als Danikovic c.s. zonder specifiek daarop gerichte verdragsrechtelijke voorziening schadevergoeding zouden kunnen vorderen op grond van het feit dat Nederland het agressieverbod heeft geschonden (...)"

Ten onrechte.

Voorzover eisers hun vordering tot schadevergoeding inderdaad (mede) baseren op de grondslag dat hier geldende normen van internationaal recht zijn geschonden, had het Hof bepaald een oordeel moeten geven op de hiermee voorliggende rechtsvraag of Danikovic c.s. inderdaad ook op die grondslag schadevergoeding kunnen vorderen, juist ook wegens schending van het agressieverbod.

Door deze rechtsvraag open te laten, heeft het Hof het recht geschonden.

Overigens, als ooit handelingen van Staten die in strijd zijn met tussen hen geldende normen van internationaal recht een aanspraak tot schadevergoeding van individuele personen jegens een dergelijke normenschendende Staat scheppen, dan is dat ook zeker het geval bij overschrijding van het agressie-verbod door die betrokken Staat, zijnde een misdrijf tegen de vrede en daarmee, naar de beoordeling van het Tribunaal van Neurenberg, het ergst denkbare oorlogsmisdrijf.

Dat de Staat voor de gevolgen van een dergelijke gruwelijk misdrijf ook naar individuele burgers die daarvan het slachtoffer zijn rechtstreeks aansprakelijk is, is een feit.

Te meer geldt in casu dan een zodanige rechtstreekse aansprakelijkheid op – ook – deze grondslag, nu het Hof hier ten onrechte – en passant – de opvatting introduceert dat het bij het agressieverbod zou gaan om – uitsluitend – een tussen staten geldende norm.

Welke opvatting onjuist en is en door eisers breedvoerig is bestreden en weerlegd. Daarop wordt onder 3.5 nader teruggekomen.

3.4. Het Hof oordeelt dan voorts onder 9 dat:

„... er ... geen aanwijzingen (zijn) van een ontwikkeling die ertoe zou kunnen leiden dat individuele personen voor de burgerlijke rechter van een van de aan het conflict deelnemende staten stopzetting van de vijandelijkheden zouden kunnen vorderen."

Ten onrechte.

Uitgaande van de positie die het Hof heeft gekozen, vormt immers wat hier in het arrest wordt aangeduid als „stopzetting van de vijandelijkheden", bij een volkenrechtelijke kwalificatie het doen beëindigen van agressie. Hetgeen inhoudt het stellen van een einde aan gedragingen van de Staat die ten diepste misdadig zijn, en deswege tegenover degenen op wie dit misdadig handelen zich richt een volstrekt onrechtmatig handelen vormen.

Niets staat er aan in de weg dat de burgerlijke rechter dan, indien daartoe geroepen, op vordering van degenen op wie dat misdadige handelen zich richt, aan dit misdadig handelen van de Staat een einde beveelt.

3.5. Het Hof voegt daar onder 9 nog aan toe:

„Het hof acht de mogelijkheid daartoe ook daarom onaannemelijk, nu aanvaarding daarvan er in feite op zou neerkomen dat de in art. 2 lid 4 Handvest besloten liggende en tot de Leden van de Verenigde Naties geadresseerde norm zonder enige restrictie door individuele belanghebbenden zou kunnen worden ingeroepen voor en zou dienen te worden gehandhaafd door de burgerlijke rechter van een van de bij een conflict betrokken partijen."

Ten onrechte.

Zoals hierboven onder 3.3. al tot uitdrukking gebracht, vormt het agressieverbod allerminst een uitsluitend tussen staten onderling geldende norm.

En nog minder richt deze norm zich, zoals het Hof hier vermeent, uitsluitend „tot de Leden van de Verenigde Naties".

Dat is alleen al hierom onmiskenbaar, omdat dit immers zou inhouden dat alleen staten die lid zijn van de Verenigde Naties aan het agressieverbod gebonden zouden zijn, terwijl het voorts zou betekenen dat staten die niet – of niet meer – lid zijn van de Verenigde Naties, zonder aan deze norm gebonden te zijn, zich „frisch und fröhlich" in de oorlog zouden kunnen storten! Als die rechtsopvatting van het Hof juist zou zijn, dan had Duitsland na de Tweede Wereldoorlog nooit wegens misdrijven tegen de vrede veroordeeld kunnen worden, nu dit land immers uit de Volkenbond was getreden, zijnde de rechtsvoorganger van de Verenigde Naties.

Eisers in cassatie hebben doorlopend, met kracht van argumenten, zowel in eerste aanleg als in appèl betoogd, dat de norm die tot uitdrukking wordt gebracht in artikel 2 lid 4 van het Handvest van de Verenigde Naties een universeel geldende norm is van ius cogens, die overal en welke rechtsverhouding dan ook van gelding is, en die ook te allen tijde, ook door de nationale civiele rechter, moet worden gehand-

haafd jegens hen, die anders van schending van deze norm de dupe worden, of dreigen te worden.

Verwezen wordt naar hetgeen eisers op dit punt tenslotte nog, onder verwijzing naar het arrest Dedovic/Kok van het Hof Amsterdam d.d. 6 juli 2000, nr. 759/99 SKG, bij pleidooi in appèl hebben overwogen, hetgeen zij hier voor alle duidelijkheid in extenso opgenomen willen zien:

„Ook al zou dus aan artikel 2 lid 4 Handvest rechtstreekse werking moeten worden ontzegd, dan betekent dat nog volstrekt niet dat de rechter niet aan een oordeel over de gestelde onrechtmatigheid zou kunnen toekomen. De rechter staat dan nog steeds voor de taak, desnoods zelfs *ambtshalve*, te oordelen over de rechtmatigheid van de in het geding zijnde (dreigende) schendingen van *mensenrechten* als gevolg van het (dreigende) oorlogsgeweld. En daarbij kan hij aan een oordeel over *de rechtmatigheid* van het dreigende oorlogsgeweld niet ontkomen.

Natuurlijk is het op z'n minst opmerkelijk dat de Staat, die het altijd doet voorkomen de mensenrechten zo hoog in het vaandel te hebben, hier – als het om Serviërs gaat – een beroep op mensenrechten zoveel mogelijk onder de vloermat tracht te vegen. Die veeg-actie zal de Staat niet mogen baten.

Maar *bovendien* is ook de manier waarop de Staat der Nederlanden een dam tracht op te werpen tegen het beroep dat mijn Joegoslavische eisers doen op *het geweldsverbod* rechtens *evenzeer* onjuist.

Allereerst is het niet zo dat eisers zich terzake van dit geweldsverbod *primair* baseren op de *geschreven* norm van artikel 2 lid 4 Handvest.

Primair baseren zij zich daarbij *rechtstreeks*, op het beginsel van volkenrechtelijk gewoonterechtelijke aard dat aan deze geschreven versie van de norm ten gronslag ligt. Dat wil zeggen dat zij daarbij een beroep doen op de *norm van volkenrechtelijk gewoonterecht*, die het gebruik van onrechtmatig oorlogsrecht ten stelligste verbiedt. Het gaat hierbij om een norm *ius cogens*.

Nu redeneert de Staat dat als artikel 2 lid 4 Handvest geen rechtstreekse werking zou toekomen, zoals de Staat beweert, daaruit noodzakelijkerwijs zou moeten worden afgeleid dat ook aan de norm van volkenrechtelijk gewoonterechtelijk karakter die oorlogsgeweld verbiedt geen rechtstreekse werking zou toekomen.

Maar natuurlijk ligt hier het verband precies omgekeerd. De gewoonterechtelijke norm vormt niet een afspiegeling van het geweldsverbod zoals vervat in artikel 2 lid 4 Handvest, maar het primaat ligt hierbij zonder twijfel bij de gewoonterechtelijke norm, die in artikel 2 lid 4 Handvest een geschreven uitdrukkingsvorm vindt.

Datzelfde geweldsverbod vindt ook nog in *andere* geschreven bepalingen een uitdrukkingsvorm.

Zodat voor de vraag naar de rechtstreekse werking van het geweldsverbod niet bepalend, of zelfs maar richtinggevend, kan zijn de vraag of aan artikel 2 lid 4 Handvest rechtstreekse werking kan worden toegekend.

Ook als de rechter dus – ten onrechte overigens – zou bevinden dat aan artikel 2 lid 4 Handvest rechtstreekse werking zou moeten worden ontzegd, zegt dit ook dan nog niets over de vraag of ook aan de van volkenrechtelijk gewoonterechtelijke aard zijnde norm, die het gebruik van onrechtmatig oorlogsgeweld verbiedt en waarop eisers evenzeer – en wel ten principale – een beroep doen, eveneens rechtstreekse werking zou moeten worden onthouden.

Dat de gewone rechter ook op basis van het volkenrechtelijke gewoonterecht dient te oordelen, en ook oordeelt, staat daarbij als een paal boven water.

De Staat schermt voorts onder 2 bij memorie van antwoord nog meermalen met de betekenis van artikel 93 Grondwet voor „normen" van internationaal recht.

Maar gemakshalve vergeet de Staat erbij te vermelden dat artikel 93 Grondwet alleen maar relevantie kan hebben voor *geschreven normen*.

Voor de vraag naar rechtstreekse werking van het geweldsverbod als norm van volkenrechtelijk gewoonterecht is dus artikel 93 Grondwet zonder betekenis.

Er is geen enkele reden om eraan te twijfelen dat *het geweldsverbod*, als norm van volkenrechtelijk gewoonterecht, rechtstreekse werking toekomt.

Appellanten hebben daarvoor eerder al voldoende argumenten gegeven.

Maar ook de opvatting van de Staat dat eisers zich niet rechtstreeks zouden kunnen beroepen op artikel 2 lid 4 Handvest is te enen male ondeugdelijk.

Het Hof Amsterdam zit hier met het arrest Dedovic/Kok op het verkeerde spoor, waar in dit arrest onder 5.3.6 wordt overwogen:

„Het Handvest van de Verenigde Naties heeft betrekking op de verhouding tussen staten onderling. Een rechtstreekse aanspraak jegens de Staat op naleving van het bedoelde geweldsverbod kan Dedovic c.s. niet aan artikel 2, vierde lid, van het Handvest ontlenen. Voor zover Dedovic c.s. de vorderingen op deze grondslag heeft gebaseerd kunnen zij niet voor toewijzing in aanmerking komen."

Ten onrechte.

Want het feit dat het Handvest zich – primair, zo moet gesteld worden – richt op de verhouding tussen staten, zoals het Hof hier oordeelt, sluit een rechtstreekse werking van genoemd artikel geenszins uit.

Het is immers zeer wel denkbaar, en in dit geval trouwens ook onmiskenbaar – dat het

Handvest zich niet alleen richt op staten, maar ook op burgers als dragers van rechten. In dit geval dan de rechten die ook door het Handvest worden verdedigd, met als primair recht het recht om verschoond te blijven van onrechtmatig oorlogsgeweld.
Blijkens de aanhef is het Handvest in de eerste plaats een statuut *rechtstreeks* van de *volkeren* van de wereld *zelf*, waarin deze *zelf rechtstreeks* het vaste voornemen uitspreken om *„de komende geslachten* te behoeden voor de gesel van de oorlog die tweemaal in *ons* leven onnoemelijk leed over de mensheid heeft gebracht."
Onmiddellijk daarop bevestigen de *volkeren* daarna „hun vertrouwen in *de fundamentele rechten van de mens* en in *de waardigheid en waarde van de menselijke persoon*". Reeds het feit dat het Handvest primair een „statement" is van de volkeren zelf en dat de menselijke persoon en diens waardigheid en bescherming tegen de *„gesel van de oorlog"* daarin voorop gesteld worden, geeft aan dat het hier niet zomaar een regeling betreft, uitsluitend voor de verhouding „tussen staten onderling", maar een *basisdocument van en vóór iedereen*, behorend tot de volkeren-gemeenschap.
Daar komt dan voorts nog bij het *dwingende* karakter van dit beginsel als regel van ius cogens. Hetgeen temeer impliceert dat deze norm ook onder alle omstandigheden en jegens iedereen als handhaafbaar moet worden beschouwd.
En tenslotte is zelfs de aanval van de Staat op de uitspraak van de kort geding-rechter, voor zover deze heeft bepaald dat het best mogelijk is dat aan een geschreven regel van internationaal recht *„onder omstandigheden"* wel en andere omstandigheden geen rechtstreekse werking zou kunnen toekomen, ongegrond.
Dat dit op zichzelf niet uitgesloten is, blijkt ook uit de voorbehouden die de Staat zelf onder 2.2 maakt: *„in beginsel"* dient alleen de inhoud van de bepaling bepalend te zijn voor de vraag naar de rechtstreekse werking en daarom *„pleegt"* de rechter te abstraheren van de casuspositie. Daarmee ook zelf al aangevend dat dit soms anders wordt beoordeeld.
Bij de vraag naar de rechtstreekse werking heeft de rechter een grote beoordelingsvrijheid, waaronder ook vanuit een meer casuistische benadering.
Tot zover het betoog van eisers bij pleidooi in appèl op dit punt.

3.6. En het Hof gaat dan met het onder 9 van het bestreden arrest overwogene als volgt verder:

„Een dergelijke consequentie kan ook bezwaarlijk in overeenstemming worden gebracht met de op dit punt bestaande rechtsmacht van het Internationale Hof van Justitie, omdat daarmee de mogelijkheid zou ontstaan van met elkaar conflicterende uitspraken van de nationale en de internationale rechter."

Ten onrechte.

Ook het Hof Amsterdam geeft in het eerder aangehaalde arrest Dedovic/Kok blijk van een onjuiste rechtsopvatting op dit punt, waar in dit arrest onder 5.3.8 wordt overwogen:

„Het antwoord op de vraag of de Staat jegens de FRJ in strijd met het geweldsverbod heeft gehandeld dient in beginsel te worden gegeven door het Internationaal Gerechtshof ..."

Het ging in de zaak Dedovic/Kok echter, evenals in het onderhavige geding, primair om de vraag of er *jegens eisers* onrechtmatig werd gehandeld, dat wil dus zeggen, voor wat betreft de hier aan de orde zijnde grondslag van de vordering, om de vraag of *jegens eisers* in strijd met het geweldsverbod werd gehandeld.
En alleen als ook het Internationaal Gerechtshof, door het Hof Den Haag in het bestreden arrest onjuist betiteld als het Internationale Hof van Justitie, hieromtrent een oordeel zou kunnen geven, zou hieraan door de nationale rechter voorbij kunnen worden gegaan.
Indien het oordeel van het Hof op dit punt zou inhouden dat eisers, om zich tegen onrechtmatig oorlogsgeweld te beschermen, zich maar tot het Internationaal Gerechtshof hebben te wenden, dan stuit dit vanzelfsprekend af op het feit dat burgers daar geen toegang hebben.
Indien het Hof hiermee zou willen aangeven dat burgers in dezen volkomen afhankelijk zouden zijn van wat hun Staat doet of nalaat en dat, als hun thuis-staat terzake geen stappen zou ondernemen bij het Internationaal Gerechtshof, *nimmer*, in enige situatie van oorlogsgeweld in rechte jegens (dreigende) individuele slachtoffers zou kunnen komen vast te staan of de grondslag daarvan *rechtmatig* dan wel *onrechtmatig* zou zijn, dan geeft dit blijk van een onjuiste rechtsopvatting.
Tegen elke (dreigende) onrechtmatigheid dient er voor de betrokken gedupeerden een rechtstreeks forum te zijn, en natuurlijk wel het meest tegen de ernstigste onrechtmatigeid die denkbaar is, namelijk „de gesel" van een onrechtmatige oorlog. Er is geen enkel rechtsbeginsel dat aangeeft dat de (potentieel) gelaedeerden hier, voor de effectuering van hun rechtsbescherming tegen onrechtmatig oorlogsgeweld, afhankelijk zouden zijn van prealabel optreden van hun Staatsvertegenwoordigers, die eerst de gang naar het Internationaal Gerechtshof zouden hebben te maken.
Waaruit dan zou voortvloeien dat als hun Staat die gang, om welke moverende reden dan ook, niet zou maken, of niet zou kunnen maken – bijvoorbeeld omdat hun thuis-staat de rechtsmacht van het Hof niet (voldoende) heeft erkend of omdat hun thuis-staat geen lid is van de Verenigde Naties, zoals met Joegoslavië (wellicht) het geval was ten tijde van de NAVO-agressie –, zij tegen dit onrechtmatige oorlogsgeweld van elke rechtsbescherming verstoken

zouden moeten blijven, reeds omdat verder niet in rechte zou kunnen worden uitgemaakt of het oorlogsgeweld dat hen treft nu wél of niet rechtmatig is.

Dat dit rechtens zowel onaanvaardbaar is als ook onjuist, vloeit, behalve uit de dogmatiek ten aanzien onrechtmatigheid, ook voort uit het feit dat, naar eisers breedvoerig hebben betoogd, dit strijdig is met internationale rechtsnormen dat een ieder zich terzake van zijn fundamentele rechten moet kunnen wenden tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter.

3.7. Tenslotte overweegt het Hof onder 9 nog:

„Het hiervoor overwogene geldt niet slechts voor schending van art. 2 lid 4 Handvest maar evenzeer voor overtreding van dwingende normen van volkenrechtelijk gewoonterecht die dezelfde of een vergelijkbare strekking hebben als art. 2 lid 4 Handvest."

Ten onrechte en in strijd met het recht, zoals in dit middel al eerder is betoogd.

Middel 4

4.1 Schending van recht en/of verzuim van vormen waarvan niet-inachtneming nietigheid meebrengt, doordat het Hof onder 11 en 12 van het bestreden arrest tot het oordeel komt dat eisers noch op basis van het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten, noch op basis van het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens enig beroep op rechtsbescherming tegen schending van hun mensenrechten door de Staat der Nederlanden zou toekomen.

Een dergelijke interpretatie van deze fundamentele mensenrechtenverdragen is onaanvaardbaar en rechtens onjuist. Zonder verder op de overwegingen terzake van het Hof te hoeven ingaan, kan reeds vastgesteld worden dat niet valt aan te nemen dat deze fundamentele mensenrechtenverdragen slechts tevergeefs zouden kunnen worden ingeroepen door die burgers, die rechtstreeks en ondubbelzinnig onrechtmatigerwijs in hun recht op leven en in andere onder deze verdragen beschermde fundamentele mensenrechten worden bedreigd door de Staat der Nederlanden, verdragspartij bij deze verdragen, zodra die burgers niet burgers zijn van de „eigen" staat en zich aan de overkant van de Nederlandse grens zouden bevinden. Absurderwijs betekent deze opvatting dan immers dat deze cruciale mensenrechtenverdragen door het Hof niet geschonden worden geacht op het moment dat de Staat niet-Nederlandse mensen begint te vermoorden en naar het leven te staan aan de andere kant van de Nederlandse grens.

Een zodanig beperkte reikwijdte en werkingssfeer van deze mensenrechtenverdragen is op zichzelf al onaanvaardbaar, zodat hier tenminste enige vorm van extraterritoriale werking aanwezig moet worden geacht, welke in de overwegingen terzake van Hof ten onrechte goeddeels wordt ontkend.

4.2 Ten onrechte overweegt het Hof onder 12 dat het uitvoeren van massieve agressie tegen ingezetenen van een ander land, in casu de Federale Republiek Joegoslavië – waaronder ook eisers als militairen –, die daarbij over onvoldoende militaire middelen beschikken om zich tegen een dergelijke verpletterende en technisch in alle opzichten superieure overmacht ook maar enigszins adekwaat teweer te stellen, niet beschouwd zou kunnen worden als een vorm van „effective control" in de zin van Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

De Staat der Nederlanden had immers, in samenwerking met de andere NAVO, de Joegoslavische soevereiniteit in feite non-existent gemaakt en beschikte aldaar op dat moment althans de facto in hoge mate over have en goed, over leven en dood op Joegoslavisch grondgebied, ook al had de Staat zich, in NAVO-verband, deze rechten volstrekt onrechtmatigerwijs aangematigd.

4.3 Het Hof stelt voorts nog onder 12:

„Bovendien overweegt het hof dat de stellingen van Danikovic c.s. onvoldoende gespecificeerd zijn om te kunnen beoordelen of en in welk opzicht jegens hen sprake was van een (dreigende) schending van van de door het EVRM gewaarborgde rechten. Anders dan Danikovic c.s. wellicht menen is het enkele feit dat Nederland deelneemt aan luchtacties tegen de FRJ en dat zij soldaat zijn in het Joegoslavische leger daartoe onvoldoende. Art. 2 EVRM biedt derhalve geen grondslag voor de vordering van Danikovic c.s."

Ten onrechte, nu het hier gestelde neerkomt op een volstrekte en ontoelaatbare miskenning van de ondubbelzinnige posita van eisers, die duidelijk en uitvoerig hebben aangegeven dat hun leven en hun andere fundamentele onder de bescherming van van het EVRM gewaarborgde mensenrechten bedreigd worden door onrechtmatig oorlogsgeweld van de Staat.

Eisers hebben noch gesteld dat „het enkele feit dat Nederland deelneemt aan luchtacties tegen de FRJ en dat zij soldaat zijn in het Joegoslavische leger" op zichzelf reeds voldoende zou zijn om een beroep op art. 2 EVRM mogelijk te maken, noch zijn zij voor het overige die mening toegedaan.

Natuurlijk berust dit beroep immers ten gronde op het onrechtmatigerwijs naar het leven staan van eisers.

Het gaat dan ook niet aan dat het Hof hen, tegen beter weten in, in de schoenen tracht te schuiven dat „het enkele feit van het soldaat zijn en van het deelnemen aan de luchtacties" de grondslag zou vormen van hun beroep op het EVRM.

Middel 5

5.1. Schending van recht en/of verzuim van vormen waarvan niet-inachtneming nietigheid met zich meebrengt, doordat het Hof onder 13 overweegt als volgt:

„Het Handvest van de Internationale Militai-

re Rechtbank behorend bij de op 8 augustus 1945 gesloten „Overeenkomst (...) voor de vervolging en de bestraffing van de groote oorlogsmisdadigers van de Europese As" (Trb. 1946, 1), heeft blijkens art. 1 daarvan betrekking op de berechting van en bestraffing van oorlogsmisdadigers van de toenmalige As. Dit handvest is derhalve niet van toepassing op mogelijke oorlogsmisdaden begaan door Nederland of Nederlandse militairen in of tegen de FRJ. Voor zover Danikovic c.s. met hun beroep op dit handvest in wezen willen betogen dat de in art. 6 van het Handvest opgenomen beginselen (met name het beginsel dat het nemen van initiatief tot of het voeren van een aanvalsoorlog een misdrijf tegen de vrede is) normen van volkenrechtelijk gewoonterecht zijn waarop zij zich in dit geding beroepen, geldt hetgeen hierboven in r.o. 8 omtrent het beroep op volkenrechtelijk gewoonterecht is overwogen: dergelijke normen hebben in ieder geval in zoverre geen rechtstreekse werking dat individuele personen in kort geding voor de burgerlijke rechter een bevel tot naleving door een staat van die normen zouden kunnen vormen."

Ten onrechte.

Dat van normen van volkenrechtelijk gewoonterecht in het algemeen gesteld zou kunnen worden dat zij in elk geval in zoverre geen rechtstreekse werking zouden hebben dat individuele personen in kort geding voor de burgerlijke rechter een bevel tot naleving door een staat van die normen zouden kunnen vorderen, vindt geen grondslag in het recht.

5.2. Ook overigens is hetgeen ten aanzien van de werking van (de norm van) art. 6 van het Handvest van Neurenberg door het Hof wordt overwogen in strijd met het recht.

(De normen van) het Handvest van Neurenberg behoren immers sinds de Tweede Wereldoorlog ontegenzeglijk tot dat deel van het internationale humanitaire recht dat deel uitmaakt van het volkenrechtelijke gewoonterecht van dwingende aard naar ius cogens.

De beginselen van Neurenberg zijn in een unanieme VN-Resolutie van 11 september 1946 herbevestigd en, nogmaals, na voorbereidend werk van de International Law Commission, opnieuw unaniem aanvaard in een VN-resolutie van 1950.

Eisers hebben dit reeds in een eerder stadium met een verwijzing naar het Statuut van het Joegoslavië-Tribunaal onderbouwd, zoals dit wordt toegelicht in het Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council resolution 808 (1993) van 3 mei 1993, waarin Article 1 inzake de Competence of the International Tribunal als volgt wordt toegelicht:

„The part of conventional international humanitarian law which has beyond doubt become part of international customary law is the law applicable in armed conflict as embodied in: the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims; 3) the Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and the Regulations annexed thereto of 18 October 1907; 4) the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of genocide of 9 December 1948; 5) *and the Charter of the International Military Tribunal of 8 August 1945.*"

(blz. 9)

Als (de normen van) het Handvest van Neurenberg dan ook, zoals verwoord door de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties bij de instelling van het Joegoslavië-Tribunaal, zonder geringste twijfel deel uitmaken van ius cogens en derhalve van gelding geacht moeten worden op de berechting en bestraffing van oorlogsmisdaden begaan in het territoir van het voormalige Joegoslavië, dan valt volstrekt niet in te zien waarom deze dan wel van toepassing zouden zijn op mogelijke misdrijven begaan door Joegoslavië of Joegoslavische militairen en niet van toepassing zouden zijn op mogelijke oorlogsmisdrijven begaan door Nederland of Nederlandse militairen in of tegen de FRY.

Middel 6

Schending van het recht en/of verzuim van vormen waarvan niet-inachtneming nietigheid tot gevolg heeft, doordat het Hof onder 14 overweegt dat artikel 8 van de Wet Oorlogsstrafrecht, waarin schending van de wetten en gebruiken van de oorlog strafbaar wordt gesteld geen betrekking zou hebben op het agressie/interventieverbod.

Dat dit de Staat goed uitkomt en die dit dan ook als zodanig poneert, is voor het Hof kennelijk voldoende om dit, zonder enige nadere adstructie of verduidelijking, gewoon over te nemen. Dit in weerwil van het feit dat dit door eisers met kracht van argumenten is bestreden, waaraan door het Hof verder stilzwijgend wordt voorbij gegaan.

Dusdoende introduceert het Hof een volstrekte en nergens op gebaseerde *scheiding* tussen misdrijven tegen de vrede, betrekking hebbend op het ius ad bellum, en overige oorlogsmisdrijven, betrekking hebbend op het ius in bello. Dit waar dergelijke misdrijven niet te *scheiden* zijn, maar uitsluitend zijn te *onderscheiden*.

En decreteert vervolgens, eveneens zonder meer in navolging van de Staat en in weerwil van wat eisers hier reeds tegenover gesteld hebben, in één moeite door dat, waar artikel 8 van de Wet Oorlogsstrafrecht spreekt een verbod om „de wetten en gebruiken van de oorlog" te schenden, daaronder alleen oorlogsmisdrijven zouden dienen te worden verstaan en niet ook misdrijven tegen de vrede.

Een en ander niet alleen geheel zonder onderbouwing latend, maar ook overigens, rechtssystematisch geheel zonder grond, van misdrijven tegen de vrede een van overige misdrijven in het kader van het humanitaire oorlogsrecht een

duidelijk afgescheiden categorie makend, waar daarvoor in het geheel geen plaats is.

Dit ook duidelijk in strijd met de uitgangspunten van het Tribunaal van Neurenberg, dat in het reeds in prod. 13 bij pleidooi in appel opgenomen citaat ontleend aan de uitspraken van Neurenberg overwoog:

„To initiate a war of aggression, therefore, is not only an international crime; it is the supreme international crime *differing only from other war crimes* in that it contains within itself the accumulated evil of the whole."

Zoals ook in de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof van 8 juli 1996 inzake de (on-)rechtmatigheid van het gebruik van het dreigen met kernwapens wordt onderstreept, is er in het algemeen een brede consensus wat onder „de wetten en gebruiken van de oorlog" moet worden verstaan en valt daaronder zowel het Geneefse als het Haagse recht. Waaronder, ook in dat kader, dan uitdrukkelijk zowel misdrijven tegen de vrede als (verdere) oorlogsmisdrijven.

Ten onrechte overweegt het Hof onder 14 dan ook vervolgens:

„Wat betreft nu het beroep van Danikovic c.s. op art. 8 Wet Oorlogsstrafrecht is het hof allereerst van oordeel dat deze bepaling hoogstens een grondslag zou kunnen vormen voor een bevel aan de Staat om de oorlog tegen de FRJ volgens de bedoelde wetten en gebruiken te voeren en niet voor een algemeen verbod. Aangezien de vordering van Danikovic c.s. slechts tot dit laatste strekte had de President reeds om die reden de vordering niet op deze grond behoeven toe te wijzen."

Niets indiceert echter dat eisers eventueel wel, met de Wet Oorlogsstrafrecht in de hand, zouden kunnen opkomen tegen pogingen om hen middels oorlogsmisdrijven, als bijvoorbeeld het gebruik van disproportioneel oorlogsgeweld, het gebruik van verboden wapens of van verboden methoden van oorlogsvoering, van het leven te beroven en niet tegen pogingen om hen met behulp van overig misdadig en onrechtmatig oorlogsgeweld naar het leven te staan.

Middel 7

7.a. Schending van recht en/of verzuim van vormen waarvan niet-inachtneming nietigheid tot gevolg heeft doordat het Hof onder 14, 15 en 16 overweegt als daar gesteld, met name:

„Ook indien zich tijdens de militaire acties tegen de FRJ schendingen voordeden van art. 8 Wet Oorlogsstrafrecht betekent zulks nog niet zonder meer dat er aanleiding was de Staat in kort geding een bevel op te leggen zich van dergelijke gedragingen te onthouden of zelfs om het militair optreden volledig te beëindigen. Daarvoor zou slechts grond kunnen zijn indien – op zijn minst – aannemelijk zou zijn dat de staat tot dergelijke overtredingen opdracht geeft of deze desbewust toelaat, dan wel indien het militair optreden niet anders dan met systematische overtredingen van deze aard kan worden uitgevoerd."

Ten onrechte.

Dit aangezien hiermee allereerst wordt miskend dat, naar ook in de memorie van toelichting op de Wet Oorlogsstrafrecht en de overige schriftelijke stukken met betrekking tot dit ontwerp van wet nog eens uitdrukkelijk wordt gestipuleerd, het voor (mede)verantwoordelijkheid voor en het (mede) schuldig bevinden aan oorlogsmisdrijven allerminst noodzakelijk is dat oorlogsmisdrijven *desbewust* worden begaan.

Zodat het geen enkele steun vindt in het recht om hier jegens de Staat het voorbehoud te maken dat alleen voor het geval dat de Staat daarvan zou hebben geweten en *desbewust* handelingen in strijd met het humanitaire oorlogsrecht zou hebben toegelaten, er wellicht ruimte zou zijn geweest voor een bevel om desnoods het militaire optreden geheel te beëindigen.

Het Hof had dan ook bepaald ook in zijn oordeel moeten betrekken de vraag of er wellicht sprake is geweest van niet desbewust optreden in strijd met het humanitair oorlogsrecht door de Staat der Nederlanden, in gezamenlijkheid met anderen, van een zodanig systematisch karakter, dat beëindiging van deelname aan de bombardementen de enige geëigende maatregel zou hebben gevormd om daaraan een einde te maken.

7.b. Onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd is daarbij voorts de aansluitende overweging van het Hof onder 14, luidende:

„Voor zover de stellingen van Danikovic c.s. aldus moeten worden gelezen dat zij aanvoeren dat zich een of meer van deze gevallen voordoet, acht het hof die stelling in het licht van de gemotiveerde betwisting daarvan door de Staat, die zich in dat kader heeft beroepen op het bij pleidooi in het geding gebrachte „Final Report to the Prosecutor by the Committee to review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia", voorshands onvoldoende aannemelijk. Aangezien dit kort geding zich niet leent voor het uitgebreide feitenonderzoek dat nodig zou zijn om dergelijke stellingen van Danikovic c.s. ten gronde te beoordelen, faalt hun beroep op deze grondslag ook om die reden."

Eisers hebben inderdaad uitdrukkelijk geponeerd dat de Staat in het kader van de NAVO-agressie niet alleen schendingen van het humanitair oorlogsrecht heeft toegelaten, door verantwoordelijkheid hiervoor te nemen in het kader van de geïntegreerde commandostructuur en de geïntegreerde aanvalsplannen, maar ook dat de Staat aan zodanige misdrijven daadwerkelijk heeft deelgenomen door te participeren in de maandenlange grootscheepse aanvallen op de civiele infrastructuur, waarbij op grote

schaal de civiele infrastructuur en talloze bedrijven in Joegoslavië, noodzakelijk voor de welvaart van het land en het bestaan van de burgerbevolking, doelbewust en opzettelijk werden verwoest, terwijl eisers tenslotte ook nog hebben gesteld dat het gestelde doel van deze gezamenlijke NAVO-agressie, namelijk het gewapenderhand afdwingen een de facto NAVO-bezetting van Kosovo, klaarblijkelijk niet anders bereikt kon worden dan met behulp van deze grootscheepse terreur tegen de civiele infrastructuur en de bestaansmiddelen van de Joegoslavische civiele bevolking.

Voor deze posita, die derhalve bij een gegrond bevinden, naar het oordeel van het Hof, ook op zichzelf grond zouden hebben kunnen vormen om in kort geding een bevel op te leggen aan de Staat om het militair optreden te beëindigen, hebben eisers in beide feitelijke instanties, zowel in talrijke door hen in het geding gebrachte schriftelijke bescheiden en in de processtukken als ook bij de pleidooien, een grote hoeveelheid argumenten en bewijsstukken bijgebracht ter onderbouwing.

Tenslotte hebben zij aangetoond dat, naar thans ook van officiële Amerikaanse zijde niet langer wordt bestreden, als vaststaand moet worden aangenomen dat de NAVO-agressors er slechts in zijn geslaagd om, na een maandenlange bunerd van geweld, niet meer dan om en ten naaste bij 14 tanks, 18 pantservoertuigen en 20 stuks artillerie uit te schakelen. Of althans aantallen in die orde van grootte.

Hetgeen noodzakelijkerwijs de vraag doet rijzen wat bij de omstreeks 35 000 uitgevoerde luchtaanvallen, ondernomen gedurende 3 maanden met meer dan 1000 oorlogsvliegtuigen en meer dan 200 gevechtshelicopters, dan wél de aard is geweest van hetgeen daarbij verder werd vernietigd, anders dan die luttele aantallen groot militair materieel.

Het antwoord op deze onvermijdelijke vraag is te vinden in de vele rapporten die door appellanten in het geding zijn gebracht, met gegevens over civiele doelen die bij de bombardementen werden vernietigd of beschadigd. Waaronder honderden bedrijven, een groot aantal ziekenhuizen, scholen, kerken, onderwijsinstellingen, stations, verkeersvoorzieningen, etc., welke in de overgelegde bescheiden vaak met naam, toenaam en plaats worden aangeduid.

Deze door eisers aan de orde gestelde onvermijdelijke vraag – onvermijdelijk in de wetenschap van de vrijwel te verwaarlozen aantallen uitgeschakeld militair materieel – wordt door de Staat genegeerd, hetgeen echter niet betekent dat ook het Hof daaraan zonder meer voorbij kon gaan.

En al evenmin dat het Hof voorts, geheel in strijd met de processuele werkelijkheid, in het arrest kon overwegen als daarin gesteld, namelijk dat aan deze stellingen voorbij zou kunnen worden gegaan

„in het licht van de gemotiveerde betwisting daarvan door de Staat,"

nu van enige betwisting door de Staat dat de in de door eisers in het geding gebrachte rapporten met name genoemde civiele objecten inderdaad gedurende de bombardementen zijn vernietigd of beschadigd, in het geheel geen sprake is geweest.

Zodat het op dit stuk aan enig weerwoord van de Staat volstrekt ontbroken heeft, laat staan dat er, zoals het Hof in strijd met de feiten meent te moeten melden, sprake zou zijn geweest van enige *gemotiveerde* betwisting op dit stuk. Van een dergelijke „betwisting", laat staan „ *gemotiveerde* betwisting", is dan ook in de processtukken van de Staat geen spoor te vinden.

Het Hof meent dan tenslotte het gebrek aan gemotiveerde betwisting door de Staat, alsmede diens eigen gebrek aan dossierkennis op dit specifieke onderwerp, nog schriller te moeten accentueren door de eerder beweerdelijk gestelde „gemotiveerde betwisting" nog zogenaamd van steun te voorzien door de hierboven geciteerde zinsnede te doen vervolgen met:

„die zich in dat kader heeft beroepen op het bij pleidooi in het geding gebrachte „Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia."

Lezing van dit rapport maakt immers direct duidelijk dat het nu juist de vraag naar de feitelijkheid en de legitimiteit van de brede range van civiele doelen die tot doelwit werden gemaakt angstvallig buiten beschouwing laat en slechts focust op een beperkt aantal aanvallen waarbij, zoals bij pleidooi in appel zijdens eisers werd aangegeven, „al te opzichtig burgers werden gedood" (blz. 53 pleitnota).

Voor de voorliggende vraag naar de legitimiteit van de grote aantallen door eisers met naam en toenaam genoemde civiele objecten die tot doelwit werden gemaakt, heeft dit rapport derhalve geen enkele betekenis.

Het treft daarbij des te meer dat dit rapport, nota bene het enige dat door de Staat in het geding werd gebracht, door het Hof als enige rapport in het arrest wordt gememoreerd en aldus, volstrekt in tegenspraak met de inhoud hiervan die voor het doel waarvoor het door het Hof wordt genoemd van geen enkele betekenis is, onmiddellijk in het arrest een prominente positie krijgt toegemeten, terwijl het grote aantal rapporten en bescheiden dat door eisers in het geding is gebracht blijkbaar geen enkel gewicht in de schaal vermag te leggen.

Het arrest van het Hof is dan ook omtrent de vraag of aannemelijk is of de Staat betrokken is geraakt bij systematische schendingen van het humanitair oorlogsrecht, gelet op deze onbalans, onbegrijpelijk althans volstrekt onvoldoende gemotiveerd, zelfs voor een kort geding.

Aangezien het Hof hier, in strijd met de waarheid, overweegt dat er sprake zou zijn geweest van een gemotiveerde betwisting door de Staat

op dit punt en het Hof evenmin kenbaar maakt ambtshalve op dit punt tot enige gevolgtrekking te zijn gekomen, ontbrak dan voorts ook nog iedere grond om dit, in afwijking van hetgeen door eisers hieromtrent werd aangevoerd, zonder meer als in processu vaststaand tot uitgangspunt te nemen en te overwegen als aan het slot van 14 gedaan, met name:

„Aangezien dit kort geding zich niet leent voor het uitgebreide feitenonderzoek dat nodig zou zijn om dergelijke stellingen van Danikovic c.s. ten gronde te beoordelen, faalt hun beroep op deze grondslag ook om die reden."

Een dergelijk oordeel is dan, in dit licht, rechtens onjuist – het gaat hier immers om niet bestreden stellingen –, dan wel onbegrijpelijk of in elk geval onvoldoende gemotiveerd.

7.c. Het Hof verstrikt zich vervolgens in het bestreden arrest in innerlijke tegenspraken, waar het eerst onder 14 overweegt dat schendingen van het oorlogsrecht (art. 8 Wet Oorlogstrafrecht), indien aannemelijk zou kunnen worden gemaakt dat de Staat daartoe opdracht geeft of deze desbewust toelaat, dan wel dat het militair optreden niet anders dan met overtredingen van deze aard kan worden uitgevoerd, een grond zou kunnen opleveren om in kort geding een bevel op te leggen om het militair optreden volledig te beëindigen, terwijl het vervolgens onder 16 overweegt dat schendingen van het oorlogsrecht (art. 52 lid 2 Protocol I) hoogstens zouden kunnen leiden tot een verbod gericht tegen de Staat om de aanvallen strikt tot militaire doelen te beperken, hetgeen echter niet is wat eisers vorderen, die daarbij ook overigens als militairen geen belang zouden hebben.

Indien dit geen onmiskenbare tegenspraak behelst, is het arrest toch in elk geval op dit punt onbegrijpelijk, althans onvoldoende met redenen omkleed.

7.d. Overigens gaat het Hof hiermee, ten onrechte, geheel voorbij aan het positum van eisers in Grief VII, dat ook zij worden geaffecteerd – als burgers van de FRY, als soldaten en verdedigers van het vaderland – als de Staat in NAVO-verband zich schuldig maakt aan vernietiging van de civiele infrastructuur van hun land, in strijd met het gebod van art. 52 lid 2 van Protocol I.

7.e. Onder 15 en 16 wordt voorts, langs de onder 7.c aangegeven lijnen, door het Hof een oordeel over de vraag of de Staat zijn aanvallen niet strikt tot militaire doelen beperkte, ontlopen.

Ten onrechte.

Zoals ook bij pleidooi in appèl, op een diengaande rechtstreekse vraag van de President van het Hof namens eisers is aangegeven, hebben eisers in processu grote nadruk gelegd op het grootscheepse en systematische karakter van de aanvallen op niet-militaire doelen waaraan de Staat in NAVO-verband, met structurele schending van het bepaalde in artikel 52 lid 2 van het Eerste Aanvullende Protocol bij de Verdragen van Genève, zich schuldig heeft gemaakt, met name ook als onderdeel van een betoog dat bij het toegepaste wapengeweld ook flagrant gehandeld is in strijd met het vereiste van proportionaliteit, een van de leidende beginselen van het humanitair oorlogsrecht.

Uiteraard levert het ook voor soldaten, en dus ook voor eisers, extra risico's op indien een oorlog zodanig verruwt dat van inachtneming van het proportionaliteitsbeginsel geen sprake meer is.

Nu de President in eerste aanleg had overwogen dat „bij de huidige stand van zaken" niet kon worden beoordeeld of er sprake was van disproportioneel oorlogsgeweld, en tegen deze overweging een uitdrukkelijke grief was gericht (grief V), maakt de vraag naar de proportionaliteit expliciet deel uit van het rechtsdebat en had het Hof hieromtrent bepaald een oordeel moeten geven, dan wel toch tenminste moeten motiveren waarom het zich op dit punt van een oordeel zou onthouden.

Middel 8

8. Schending van het recht doordat het Hof, ervan uitgaande, al is het maar veronderstellenderwijs, dat de Staat door deel te nemen aan de militaire acties tegen de FRJ heeft gehandeld in strijd met zijn internationaalrechtelijke verplichtingen en vervolgens oordelende als het in casu doet, blijkbaar tot de bevinding komt dat eisers tegen de opzet van de Staat om hen met onrechtmatig geweld naar het leven te staan, klaarblijkelijk geen enkele rechtsbescherming zouden kunnen inroepen bij de Nederlandse rechter, die zich daarmee onmachtig verklaart om de Staat der Nederlanden van de meest grove mensenrechtenschendingen af te houden.

Een dergelijke deconfiture voor de rechtsstaat valt niet aan te nemen.

Ook daarom moet het bestreden arrest voor onjuist worden gehouden.

Middel 9

9. Schending van het recht doordat het Hof, onder het in het achtste middel genoemde uitgangspunt tot het oordeel komende dat de nationaal-wettelijke, buitenwettelijke en internationaalrechtelijke grondslagen die zijn aangevoerd, de rechter een onvoldoende juridisch instrumentarium zouden verschaffen om de Staat der Nederlanden van (alsdan) poging tot moord, c.q. het toebrengen van lichamelijk letsel, dan wel het anderszins onrechtmatigerwijs grof schenden van hun mensenrechten te kunnen afhouden, de rechtsgronden die dat rechterlijk ingrijpen wél zouden kunnen bewerkstelligen niet heeft aangevuld.

Dusdoende heeft het Hof in het bestreden arrest art. 48 Rv geschonden.

Een dergelijke rechtens verplichte aanvulling van de rechtsgronden werd hier als het ware nog eens uitdrukkelijk „gefaciliteerd" door

het uitgebreide feitenmateriaal dat door eisers is opgebracht.

Zodat door eisers volop was voldaan aan hun part van het adagium: „da mihi facta, dabo tibi ius".

Het Hof had dan ook, op basis van de gestelde feiten, tot andere rechtsbeschouwingen moeten komen, en met name ook in zijn oordeel moeten betrekken of niet andere regels van geschreven en ongeschreven recht, waaronder bepaald ook van internationaal karakter, op de vorderingen van eisers van toepassing zijn.

De noodzaak hiertoe klemt des te meer, nu in casu fundamentele regels en beginselen van humanitair recht in het geding zijn, in elk geval ook tenminste deels van een ius cogens-karakter. Dat wil zeggen recht van openbare orde, dat door de rechter ook moet worden toegepast als daarop door eisers geen beroep wordt gedaan.

Conclusie A-G mr. Strikwerda:

1. In de periode van 24 maart tot 10 juni 1999 heeft Nederland in NAVO-verband deelgenomen aan militaire acties gericht tegen de Federale Republiek Joegoslavië (FRJ). Deze acties bestonden uit het uitvoeren van luchtaanvallen. In dit kort geding is de vraag aan de orde of de acties moeten worden aangemerkt als een schending van internationaal (oorlogs)recht en deswege door de burgerlijke rechter verboden kunnen worden, alsmede de vraag of de Staat zich als deelnemer aan deze acties heeft schuldig gemaakt aan een tot (immateriële) schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad jegens Joegoslavische militairen.

2. Thans eisers tot cassatie, hierna: Danikovic c.s., waren tijdens genoemde acties gemobiliseerde soldaten in actieve militaire dienst van de FRJ. Zij hebben de Staat op 26 maart 1999 in kort geding gedagvaard voor de President van de Rechtbank te 's-Gravenhage en gevorderd dat de Staat wordt bevolen 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 (hierna: *vordering I*).

3. Na verweer door de Staat heeft de President bij vonnis van 7 april 1999 de vordering afgewezen, met veroordeling van Danikovic c.s. in de kosten van het geding.

4. Danikovic c.s. zijn van het vonnis van de President met zeven grieven in hoger beroep gekomen bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage. Zij vermeerderden hun eis met een vordering tot veroordeling van de Staat tot het betalen van een schadevergoeding van f 1000 aan ieder van hen bij wijze van (voorlopige en vooralsnog 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 en de dreiging daarmee van de Staat jegens hen (hierna: *vordering II*).

5. Bij arrest van 23 november 2000 heeft het Hof het vonnis van de President bekrachtigd.

6. Het Hof heeft *vordering I* niet toewijsbaar geacht wegens het ontbreken van (spoedeisend) belang, aangezien – kort gezegd – de luchtacties van de NAVO inmiddels zijn beëindigd en, gelet op de gewijzigde omstandigheden binnen de FRJ en op de regeling die binnen het raam van de VN met de FRJ is bereikt voor Kosovo, geen reële dreiging meer aanwezig is dat de Staat wederom tot militaire acties tegen de FRJ zal overgaan (r.o. 3 en 4). Waar het (spoedeisend) belang bij toewijzing van vordering I eerst in appel daaraan is komen te ontvallen, heeft het Hof met het oog op de kostenveroordeling in eerste aanleg, waartegen Danikovic c.s. hun eerste grief richtten, onderzocht of de President de vordering terecht heeft afgewezen, uitgaande van de toestand ten tijde van zijn uitspraak. Het Hof heeft, na een onderzoek van de grondslagen die Danikovic c.s. voor vordering I hebben aangevoerd (r.o. 7 t/m 19), de conclusie bereikt dat die grondslagen falen en dat de President de gevraagde voorziening terecht heeft geweigerd (r.o. 20).

7. *Vordering II* heeft het Hof evenmin toewijsbaar geacht. Het Hof heeft de vordering aldus begrepen, dat gevorderd wordt een voorschot op een in een bodemprocedure toe te kennen schadevergoeding wegens door Danikovic c.s. geleden immateriële schade. Naar 's Hofs oordeel hebben Danikovic c.s. evenwel onvoldoende gesteld omtrent de hen persoonlijk betreffende omstandigheden om aannemelijk te achten dat zij „nadeel dat niet in vermogensschade bestaat", zoals bedoeld in art. 6:106 BW, hebben geleden als gevolg van een of meer van de in die bepaling genoemde oorzaken. Het beroep van Danikovic c.s. op de grote spanningen waaraan zij bloot zijn gesteld als gevolg van de voortdurende bedreiging van hun leven en welzijn is naar 's Hofs oordeel op zichzelf onvoldoende om te kunnen aannemen dat, zoals art. 6:106 lid 1 BW verlangt, de Staat het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen of dat bij Danikovic c.s. sprake is van aantasting in hun persoon (r.o. 5).

8. Danikovic c.s. zijn tegen het arrest van het Hof (tijdig) in cassatie gekomen met negen middelen die door de Staat zijn bestreden met conclusie tot verwerping van het cassatieberoep.

9. *Middel I* neemt met verschillende klachten stelling tegen de afwijzing door het Hof van *vordering II*.

10. Het middel voert in de eerste plaats aan dat, anders dan het Hof heeft geoordeeld, de stellingen van Danikovic c.s. ruimschoots voldoende zijn om hun aanspraak op immateriële schadevergoeding te rechtvaardigen. Daartoe betoogt het middel dat, nu het Hof veronderstellenderwijs ervan is uitgegaan dat het optreden van de Staat in strijd was met art. 2 lid 4 van het

Handvest van de Verenigde Naties resp. dwingende normen van ongeschreven volkenrecht die dezelfde of een vergelijkbare strekking hebben (r.o. 8) en nu het een ervaringsgegeven is dat degenen die door oorlog worden bezocht in hun persoon worden aangetast, recht op immateriele schadevergoeding gerechtvaardigd is.

11. De klacht faalt. Naar 's Hofs in cassatie onbestreden oordeel wordt de onderhavige vordering – ingevolge een daartoe strekkende processuele rechtskeuze van partijen (r.o. 2 van het bestreden arrest) – beheerst door Nederlands recht. Het Hof heeft geoordeeld dat Danikovic c.s. onvoldoende hebben gesteld om de vordering op de grondslag van art. 6:106 lid 1 onder a (oogmerk om nadeel dat niet in vermogensschade bestaat toe te brengen) of onder b (aantasting van de benadeelde in zijn persoon) BW te kunnen toewijzen. Dit oordeel berust op een aan het Hof, als rechter die over de feiten oordeelt, voorbehouden uitleg van de gedingstukken. Het oordeel is niet onbegrijpelijk en getuigt ook niet van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van de inhoud en de strekking van genoemde wettelijke bepalingen. Dat oorlog en oorlogsdreiging kunnen leiden tot ander nadeel dan vermogensschade in de zin van art. 6:106 BW mag als een feit van algemene bekendheid worden beschouwd. Niets in het bestreden arrest wijst erop dat het Hof dit zou hebben miskend. Maar deze algemene waarheid brengt op zichzelf niet mee dat Danikovic c.s. ieder voor zich als individuele personen het in art. 6:106 lid 1 bedoelde nadeel daadwerkelijk hebben geleden. Vindplaatsen in de gedingstukken waar Danikovic c.s. feiten hebben gesteld waaruit zulks kan worden afgeleid, noemt het middel niet. 's Hofs oordeel dat Danikovic c.s. aan hun stelplicht voor een geslaagd beroep op art. 6:106 BW niet hebben voldaan, kan cassatietoetsing derhalve doorstaan.

12. Als tweede klacht voert het middel aan dat het Hof, in aanmerking genomen dat de ervaring leert dat „de recipiënten van een oorlog daardoor onvermijdelijk in hun persoon worden aangetast", het aan de Staat was om te bewijzen dat in het onderhavige geval dit niet zo is.

13. De klacht kan niet tot cassatie leiden. Zij miskent dat, nu het Hof – in cassatie tevergeefs bestreden – heeft geoordeeld dat Danikovic c.s. aan hun stelplicht voor een geslaagd beroep op art. 6:106 BW niet hebben voldaan, het Hof aan de vraag naar de bewijslastverdeling niet is toegekomen en ook niet behoefde toe te komen.

14. Ten slotte klaagt het middel dat het Hof de bewijslast ten onrechte op Danikovic c.s. heeft gelegd.

15. De klacht faalt wegens gebrek aan feitelijke grondslag. Het Hof is aan de vraag naar de bewijslastverdeling niet toegekomen en heeft aan Danikovic c.s. geen bewijsopdracht verstrekt.

16. De *middelen 2 t/m 8* richten zich tegen het oordeel van het Hof met betrekking tot *vordering I*. Bij de beoordeling van deze middelen dient in herinnering te worden geroepen dat naar 's Hofs in cassatie onbestreden oordeel deze vordering strandt op gebrek aan (spoedeisend) belang en dat het Hof slechts heeft onderzocht – met het oog op de kostenveroordeling in eerste aanleg – of de President de vordering terecht heeft afgewezen, uitgaande van de toestand ten tijde van de uitspraak in eerste aanleg. Dit brengt mee dat, nu deze uitspraak dateert van 7 april 1999, derhalve van kort na de aanvang (24 maart 1999) van de NAVO-acties tegen de FRJ, feiten en omstandigheden over het verloop van de acties waarop Danikovic c.s. zich nadien in de appelprocedure hebben beroepen geen rol kunnen spelen bij de beoordeling in cassatie van 's Hofs oordeel inzake vordering I.

17. *Middel II* keert zich tegen 's Hofs oordeel, in r.o. 19 van zijn arrest, inzake het beroep van Danikovic c.s. op onrechtmatige daad (poging tot moord en inbreuk op het recht van gezondheid) als grondslag van vordering I. Het Hof heeft geoordeeld dat deze grondslag de President niet tot toewijzing van de vordering noodzaakte, omdat Danikovic c.s. over hun persoonlijke omstandigheden tijdens de luchtacties niets hebben aangevoerd, zodat niet kan worden vastgesteld, althans niet zonder een nader feitelijk onderzoek waarvoor in dit kort geding geen plaats is, of de luchtacties ook jegens hen persoonlijk onrechtmatig waren.

18. De in het middel geformuleerde klacht tegen 's Hofs oordeel komt erop neer dat het Hof is uitgegaan van een stelplicht die van Danikovic c.s., in het licht van de omstandigheden van het onderhavige geval, niet gevergd mag worden. Daartoe betoogt het middel dat, gegeven de omstandigheid dat het Hof veronderstellenderwijs tot uitgangspunt heeft genomen dat het optreden van de Staat in strijd was met art. 2 lid 4 van het Handvest van de Verenigde Naties, de pogingen om Joegoslavische militairen uit te schakelen alleen al op die grond onrechtmatig zijn en niet anders dan als poging tot moord en als inbreuk op het recht op gezondheid kunnen worden beschouwd.

19. Dit betoog kan de klacht niet dragen. De juistheid van de stelling dat gevechtshandelingen verricht ter uitvoering van met het internationale recht strijdige militaire acties als onrechtmatig moeten worden aangemerkt, brengt zonder meer niet mee dat aan de door art. 6:162 BW gestelde voorwaarden voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de Staat jegens Danikovic c.s. is voldaan. Naast het onrechtmatigheidsvereiste is daartoe in ieder geval ook vereist dat Danikovic c.s. individueel het slachtoffer van poging tot moord of een inbreuk op hun recht op gezondheid zijn geweest, het vereiste van schade c.q. dreiging van schade. 's Hofs oordeel dat de vraag of aan dit vereiste is voldaan afhankelijk is van de persoonlijke omstandigheden waaronder Danikovic c.s. als militairen tijdens de luchtacties verkeerden is

niet onbegrijpelijk, nu niet vanzelf spreekt dat alle militairen in alle rangen en functies rechtstreeks betrokken zijn bij gevechtshandelingen, en geeft ook niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de stelplicht in verband met aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

20. De door het middel betrokken stelling dat van Danikovic c.s. om redenen van nationale veiligheid niet gevergd mocht worden dat zij zich nader uitlieten omtrent hun persoonlijke omstandigheden tijdens de luchtacties, is blijkens de gedingstukken in eerste aanleg niet aangevoerd (het middel noemt ook geen vindplaatsen) en kan daarom als ontoelaatbaar feitelijk novum geen steun geven aan de klacht. Daarbij merk ik ten overvloede op dat niet in te zien valt dat elke informatie omtrent de persoonlijke omstandigheden van Danikovic c.s. tijdens de luchtacties, zoals informatie omtrent hun rang en functie, afstuit op risico's van nationale veiligheid en dat Danikovic c.s. ook in hoger beroep, toen de NAVO-acties inmiddels waren beëindigd en het bedoelde argument zijn kracht derhalve had verloren, hun stellingen op dit punt niet hebben aangevuld.

21. *Middel III* is opgebouwd uit zeven onderdelen en is gericht tegen r.o. 9 van het bestreden arrest. In deze rechtsoverweging behandelt het Hof de vraag of, uitgaande van de veronderstelling dat de Staat door deel te nemen aan de militaire acties tegen de FRJ in strijd heeft gehandeld met zijn internationaalrechtelijke verplichtingen, Danikovic c.s. in kort geding voor de burgerlijke rechter stopzetting van die acties kunnen vorderen. Het Hof heeft deze vraag in ontkennende zin beantwoord op grond van de overweging dat noch in het geval van schending van art. 2 lid 4 Handvest noch in het geval van schending van regels van ongeschreven (dwingend) volkenrecht met een vergelijkbare strekking, een zodanige bevoegdheid kan worden aangenomen, aangezien dergelijke internationaalrechterlijke normen zich richten tegen staten en in beginsel slechts tussen staten rechtsgevolgen hebben.

22. *Onderdeel 3.1* klaagt dat het Hof de grondslag van de vordering van Danikovic c.s. heeft misverstaan. De grondslag was niet dat de Staat „deelneemt aan militaire acties tegen de FRJ", maar dat de Staat zich jegens Danikovic c.s. door poging tot moord en door schending van hun mensenrechten onrechtmatig heeft gedragen, aldus het middel.

23. Het onderdeel moet reeds wegens gebrek aan belang falen. Het Hof heeft de door het onderdeel bedoelde en beweerdelijk door het Hof miskende grondslag besproken in r.o. 19 van zijn arrest.

24. *Onderdeel 3.2* bouwt kennelijk voort op onderdeel 3.1 en moet het lot daarvan delen.

25. *Onderdeel 3.3* verwijt het Hof niet te hebben onderzocht of, zoals het Hof in r.o. 9 als mogelijkheid ook heeft opengehouden, schending van het agressieverbod door de Staat Danikovic c.s. aanspraak op schadevergoeding gaf.

26. Ook dit onderdeel zal niet tot cassatie kunnen leiden. Het verliest uit het oog dat de hier door het Hof besproken vordering I niet strekte tot schadevergoeding.

27. *Onderdeel 3.4* klaagt dat het Hof heeft miskend dat, ook al zou juist zijn 's Hofs oordeel dat er geen aanwijzingen zijn van een ontwikkeling die ertoe zou kunnen leiden dat individuele personen voor de burgerlijke rechter van een van de aan het conflict deelnemende staten stopzetting van de vijandelijkheden zouden kunnen vorderen, zulks niet wegneemt dat de gedragingen van de Staat jegens individuele personen een onrechtmatige daad kunnen opleveren die de grondslag kan vormen voor een bevel door de burgerlijke rechter tot beëindiging van die gedragingen.

28. Het onderdeel mist feitelijke grondslag. Het Hof heeft niet miskend dat schending van het agressieverbod door de Staat ten opzichte van Danikovic c.s. een onrechtmatige daad kan opleveren en deswege grondslag kan vormen voor toewijzing van vordering I. In r.o. 19 van zijn arrest heeft het Hof deze grondslag onderzocht.

29. *Onderdeel 3.5* bestrijdt als onjuist het oordeel van het Hof dat het voorschrift van art. 2 lid 4 van het Handvest van de Verenigde Naties en regels van ongeschreven (dwingend) volkenrecht met een vergelijkbare strekking zich richten tegen staten en in beginsel slechts tussen staten rechtsgevolgen hebben.

30. Het onderdeel faalt omdat het oordeel van het Hof juist is. Naar algemeen aanvaarde opvatting richt het volkenrechtelijke agressieverbod, zoals vastgelegd in art. 2 lid 4 van het Handvest van de Verenigde Naties, zich uitsluitend tot staten en kunnen uitsluitend staten de naleving van het verbod inroepen. Zie Bruno Simma (ed.), The Charter of the United Nations. A Commentary, 1995, Article 2 (4), blz. 115, MN 28 (A. Randelzhofer): „Thus the prohibition of de use of force indisputably only protects and is only adressed to states". Zie voorts Malcolm N. Shaw, International Law, 4th ed. 1997, blz. 182-184. Voor zover het onderdeel zich voorts keert tegen de motivering van 's Hofs oordeel in de tweede alinea van r.o. 9, faalt het evenzeer: waar het rechtsoordeel van het Hof juist is, faalt de klacht tegen de motivering van dat oordeel wegens gebrek aan belang.

31. Op de zojuist bedoelde grond strandt ook *onderdeel 3.6*, dat eveneens tegen de motivering van 's Hofs rechtsoordeel is gericht. Voor zover het onderdeel (opnieuw) de stelling betrekt dat het Hof heeft miskend dat schending van het agressieverbod door de Staat ten opzichte van Danikovic c.s. een onrechtmatige daad kan opleveren en deswege grondslag kan vormen voor toewijzing van vordering I, faalt het op dezelfde grond als onderdeel 3.4.

32. *Onderdeel 3.7* mist zelfstandige beteke-

nis naast de eerder besproken onderdelen van middel 3.

33. *Middel 4* keert zich in drie onderdelen tegen het oordeel van het Hof, in r.o. 11 en 12 van het bestreden arrest, dat Danikovic c.s. niet binnen het toepassingsgebied van het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR) en het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens (EVRM) vallen en dat hen daarom geen beroep toekomt op art. 6 IVBPR onderscheidenlijk art. 2 EVRM.

34. *Onderdeel 4.1* klaagt dat de interpretatie van het Hof van deze mensenrechtenverdragen onaanvaardbaar en rechtens onjuist is, omdat – zo begrijp ik – niet aangenomen mag worden dat deze verdragen een (formeel) beperkt toepassingsgebied hebben.

35. Het onderdeel berust op een onjuiste rechtsopvatting en moet daarom falen. Zowel het IVBPR (art. 2) als het EVRM (art. 1) kent een beperkt formeel toepassingsgebied. Zie wat het EVRM betreft HR 30 maart 1990, *NJ* 1991, 249 nt. AHJS en HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 576. Zie voorts par. 80 van de hierna te noemen Bankovic-uitspraak van het EHRM: „The Convention was not designed to be applied throughout the world, even in respect of the conduct of Contracting States".

36. *Onderdeel 4.2* neemt stelling tegen 's Hofs oordeel dat Danikovic c.s. ten tijde van de militaire acties niet binnen de rechtsmacht van Nederland vielen en dat evenmin sprake was van effectieve zeggenschap („effective control") van de Staat over het gebied waar de luchtacties plaatsvonden, zodat Danikovic c.s. niet binnen het toepassingsgebied van het EVRM, zoals omschreven in art. 1 EVRM, vallen.

37. Het onderdeel stuit af op rechtspraak van het EHRM. In zijn uitspraak van 12 december 2001, Appl. no. 52207/99, inzake Bankovic e.a. tegen België e.a., heeft het EHRM de klacht van vijf onderdanen van de FRJ tegen zeventien NAVO-lidstaten wegens inbreuk op rechten gewaarborgd door art. 2, 10 en 13 EVRM als gevolg van de NAVO-bombardementen op het gebouw van de Radio Televizije Srbije op 23 april 1999 niet-ontvankelijk verklaard op de grond dat de aangeklaagde Staten geen rechtsmacht uitoefenden over klagers in de zin van art. 1 EVRM en ook van „effective control" geen sprake was. Het onderhavige geval is op de relevante punten vergelijkbaar met het door het EHRM berechte geval. 's Hofs oordeel is derhalve juist.

38. *Onderdeel 4.3* faalt wegens gebrek aan belang omdat het zich richt tegen een ten overvloede door het Hof gegeven overweging.

39. *Middel 5* klaagt in twee onderdelen over de verwerping door het Hof, in r.o. 13 van het bestreden arrest, van het beroep van Danikovic c.s. op art. 6 van het Handvest van de Internationale Militaire Rechtbank behorende bij de op 8 augustus 1945 tot stand gekomen Overeenkomst voor de vervolging en bestraffing van de groote oorlogsmisdadigers van de Europeesche As (Trb. 1946, 14) (Handvest van Neurenberg). Het oordeel van het Hof berust op de overweging dat bedoeld Handvest niet van toepassing is op mogelijke oorlogsmisdaden begaan door Nederland of Nederlandse militairen in of tegen de FRJ en op de overweging dat, zo moet worden aangenomen dat de in art. 6 van het Handvest opgenomen beginselen normen van volkenrechtelijk gewoonterecht zijn, de naleving van dergelijke normen door de Staat niet in kort geding door individuele personen kan worden gevorderd.

40. *Onderdeel 5.1* keert zich tegen de tweede grond waarop 's Hofs oordeel berust en betoogt dat deze grond geen steun vindt in het recht.

41. Het onderdeel faalt. Het oordeel van het Hof dat de internationaalrechtelijke normen als waarvan hier sprake is (het verbod tot het initiatief nemen tot of het voeren van een aanvalsoorlog) zich richten tot staten en dat individuele personen de naleving daarvan voor de burgerlijk rechter niet kunnen vorderen, is juist. Ik verwijs naar hetgeen hierboven is aangetekend bij middel 3.

42. *Onderdeel 5.2* betoogt dat, anders dan het Hof heeft geoordeeld, de beginselen van art. 6 van het Handvest van Neurenberg naar de huidige stand van het volkenrecht deel uitmaken van het ius cogens, zodat niet valt in te zien dat deze beginselen niet van toepassing zouden kunnen zijn op mogelijke oorlogsmisdrijven begaan door Nederland of Nederlandse militairen in of tegen de FRJ.

43. Het onderdeel mist feitelijke grondslag. Het Hof heeft niet geoordeeld dat de bedoelde beginselen/normen geen deel uitmaken van het volkenrecht, doch heeft geoordeeld dat de naleving daarvan door de Staat niet door individuele personen in kort geding voor de burgerlijke rechter kan worden gevorderd.

44. *Middel 6* richt zich met verschillende klachten tegen de verwerping door het Hof, in r.o. 14 van het bestreden arrest, van het beroep van Danikovic c.s. op art. 8 van de Wet oorlogsstrafrecht (WOS). 's Hofs oordeel berust op de overweging dat de strafbepaling van dit artikel niet ziet op het agressie/interventieverbod, doch op de wijze waarop de oorlog wordt gevoerd (het „ius in bello"), ongeacht of de oorlog op zichzelf rechtmatig of onrechtmatig is.

45. Het middel klaagt allereerst dat het Hof ten onrechte een scheiding aanbrengt tussen het „ius ad bellum" en het „ius in bello".

46. De strekking van de klacht is mij niet geheel duidelijk geworden. Ik stel voorop dat de onderscheiding tussen „ius ad bellum" en „ius in bello" in de literatuur gebruikelijk is. Zie bijv. Yoram Dinstein, The Distinctions between War Crimes and Crimes against Peace, in: Dinstein & Tabory, War Crimes in International Law, 1996, blz. 2; Militair straf- en tuchtrecht, losbl., Inleiding Oorlogstrafrecht, aant. 1 (N. Keijzer en E. van Sliedregt). Voor zover het middel wil betogen dat de onderscheiding irre-

levant is, omdat schending van het „ius ad bellum" (schending van het agressieverbod) een in art. 8 WOS strafbaar gestelde overtreding van het „ius in bello" oplevert, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting; art. 8 WOS stelt schending van het agressieverbod niet strafbaar. Zie G.L. Coolen, Militair straf- en strafprocesrecht, 3e dr. 2000, blz. 118-120. Voor zover het middel wil betogen dat alle handelingen gepleegd ter uitvoering van een in strijd met het agressieverbod gevoerde oorlog per se in strijd zijn met het „ius in bello", gaat het eveneens uit van een onjuiste rechtsopvatting; het „ius in bello" heeft betrekking op de regels waaraan men zich bij het voeren van een oorlog heeft te houden, ongeacht of het recht om oorlog te voeren bestond.

47. De tweede klacht van middel 6, die zich richt tegen 's Hofs overwegingen in het eerste gedeelte van de tweede alinea van r.o. 14, faalt wegens gebrek aan belang, nu het Hof daar een oordeel geeft over een vordering die Danikovic c.s. hadden kunnen instellen, maar niet hebben ingesteld.

48. *Middel 7* valt uiteen in vijf onderdelen.

49. De *onderdelen 7.a en 7.b* keren zich tegen hetgeen het Hof heeft overwogen in het tweede gedeelte van de tweede alinea van r.o. 14. Het Hof onderzoekt daar de vraag of (afgezien van de zojuist bedoelde hypothetische vordering ook) vordering I kan worden toegewezen, indien de stellingen van Danikovic c.s. aldus moeten worden gelezen dat zich tijdens de militaire acties tegen de FRJ schendingen van art. 8 WOS voordeden. Het Hof heeft de vraag in ontkennende zin beantwoord. Voor toewijzing zou volgens het Hof slechts grond zijn indien aannemelijk zou zijn dat de Staat tot dergelijke overtredingen opdracht geeft of desbewust toelaat, dan wel het militair optreden niet anders dan met systematische overtredingen van deze aard kan worden uitgevoerd. Voor zover Danikovic c.s dat al hebben gesteld, zijn die stellingen door de Staat gemotiveerd betwist, aldus het Hof dat hieraan toevoegt dat dit kort geding zich niet leent voor het uitgebreide feitenonderzoek dat nodig zou zijn om de stellingen van Danikovic c.s. ten gronde te beoordelen.

50. Onderdeel 7.b keert zich tegen het laatstbedoelde gedeelte van 's Hofs overwegingen en acht deze overweging rechtens onjuist, dan wel onbegrijpelijk of in elk geval onvoldoende gemotiveerd. Daartoe betoogt het onderdeel dat het hier, anders dan het Hof heeft overwogen, gaat om door de Staat onbestreden stellingen van Danikovic c.s. en dat inmiddels duidelijk is geworden, zoals blijkt uit de talrijke door Danikovic c.s. in het geding gebrachte producties, dat door de NAVO-acties slechts geringe schade is toegebracht aan militair materieel, doch op grote schaal civiele doelen zijn vernietigd of beschadigd.

51. In zijn rechtsklacht faalt het onderdeel. Het oordeel van het Hof berust op uitleg van de gedingstukken en kan, feitelijk als het is, in cassatie op juistheid niet worden getoetst. Ook de motiveringsklacht komt mij niet aannemelijk voor. Het onderdeel verliest uit het oog dat het Hof slechts heeft onderzocht of de President vordering I terecht heeft afgewezen, uitgaande van de toestand ten tijde van de uitspraak in eerste aanleg. Hetgeen nadien zou zijn gebleken over de gevolgen van de NAVO-acties is, gelet op de door het Hof in acht genomen beperking van zijn onderzoek, niet ter zake dienend.

52. Het voorenstaande brengt mee dat ook onderdeel 7.a, dat zich keert tegen het eerste gedeelte van 's Hofs overwegingen, moet falen. Het mist belang.

53. *Onderdeel 7.c* leest tussen r.o. 14 en r.o. 16 een tegenstrijdigheid. Het onderdeel berust op een verkeerde lezing van het bestreden arrest. Het verliest uit het oog dat de bedoelde passage in r.o. 14 betrekking heeft op onder andere de situatie dat het militair optreden als geheel niet anders dan met systematische overtredingen van het „ius in bello" kan plaatsvinden (in welk geval naar 's Hofs oordeel een bevel aan de Staat om het militair optreden geheel te beëindigen op zijn plaats zou kunnen zijn), terwijl r.o. 16 betrekking heeft op de situatie dat het militair optreden gedeeltelijk gericht is tegen civiele doelen (in welk geval naar 's Hofs oordeel slechts een bevel aan de Staat om de aanvallen strikt te beperken tot militaire doelen op zijn plaats zou zijn). Van een tegenstrijdigheid is geen sprake. Het onderdeel faalt.

54. De *onderdelen 7.d en 7.e* richten zich tegen hetgeen het Hof in r.o. 15 en 16 heeft overwogen met betrekking tot het beroep van Danikovic c.s. op schending door de Staat van het voorschrift van art. 52 lid 2 van het Aanvullend Protocol (Protocol I) bij de Verdragen van Genève: de Staat zou zijn aanvallen niet strikt tot militaire doelen hebben beperkt. Het Hof heeft deze grondslag voor vordering I verworpen op grond van de overweging dat schending van bedoeld voorschrift hoogstens zou kunnen leiden tot een bevel aan de Staat om de aanvallen strikt tot militaire doelen te beperken, hetgeen evenwel niet is gevorderd.

55. De klachten van de onderdelen 7.d en 7.e komen erop neer dat het Hof zich ten onrechte, gelet ook op de stelling van Danikovic c.s. dat zij als burgers van de FRJ ook worden getroffen door de vernietiging van de civiele infrastructuur van hun land, heeft onthouden van een oordeel met betrekking tot de vraag of de Staat zijn aanvallen niet strikt tot militaire doelen beperkte.

56. De klachten falen wegens gebrek aan belang, nu niet wordt bestreden 's Hof oordeel dat, indien juist is dat de Staat van het voorschrift van art. 52 lid 2 van het bedoelde Protocol heeft geschonden, dit hoogstens kan leiden tot een bevel aan de Staat om de aanvallen strikt tot militaire doeleinden te beperken, en evenmin wordt bestreden 's Hofs oordeel dat een zo-

danig bevel door Danikovic c.s. niet is gevorderd.

57. *Middel 8* beklaagt zich over schending van het recht doordat het Hof, veronderstellenderwijs ervan uitgaande dat de Staat door deel te nemen aan de militaire acties tegen de FRJ in strijd heeft gehandeld met zijn internationaalrechtelijke verplichtingen, Danikovic c.s. iedere rechtsbescherming heeft onthouden tegen de opzet van de Staat om hen met onrechtmatig geweld naar het leven te staan.

58. Het middel zal niet tot cassatie kunnen leiden. Nog daargelaten dat het Hof niet heeft vastgesteld dat bij de Staat de opzet aanwezig was om Danikovic c.s. met onrechtmatig geweld naar het leven te staan, zodat het middel feitelijke grondslag mist, geeft het middel niet aan in welk opzicht het Hof het recht heeft geschonden, zodat het middel niet voldoet aan de aan een cassatieklacht te stellen eisen. Voor zover het middel wil betogen dat het Hof op de door Danikovic c.s. ingeroepen regels van nationaal en internationaal recht de ingestelde vorderingen had behoren toe te wijzen en dat het Hof, door zulks na te laten, zich daarom heeft schuldig gemaakt aan schending van het recht, mist het middel zelfstandige betekenis naast de reeds eerder besproken middelen.

59. *Middel 9* verwijt het Hof schending van art. 48 (oud) Rv, doordat het Hof, nadat het tot het oordeel was gekomen dat de door Danikovic c.s. ingeroepen rechtsregels onvoldoende grondslag bieden voor toewijzing van het gevorderde, heeft nagelaten de rechtsgronden aan te vullen.

60. Ook dit middel is tevergeefs voorgesteld. Het voldoet niet aan de aan een cassatiemiddel te stellen eisen, nu het niet aangeeft welke rechtsgronden het Hof ambtshalve had moeten aanvullen.

De *conclusie* strekt tot verwerping van het beroep.

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Eisers tot cassatie – verder te noemen: Danikovic c.s. – hebben bij exploit van 26 maart 1999 verweerder in cassatie – verder te noemen: de Staat – in kort geding gedagvaard voor de President van de Rechtbank te 's-Gravenhage en gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, de Staat 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 dit geding.

De Staat heeft de vordering bestreden.

De President heeft bij vonnis van 7 april 1999 het gevorderde afgewezen.

Tegen dit vonnis hebben Danikovic c.s. hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage. Daarbij hebben zij hun eis gewijzigd en gevorderd voormeld vonnis te vernietigen 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 te bevelen om zich met onmiddellijke ingang te onthouden van (deelname aan) verder oorlogsgeweld en van verdere dreiging met oorlogsgeweld jegens de Federale Republiek Joegoslavië, alsmede de NAVO-bondgenoten er terstond van in kennis te stellen dat Nederland zich van verder geweld en van verdere dreiging met geweld jegens de Federale Republiek onthoudt, en tevens de Staat te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding van f 1000 aan elk der appellanten bij wijze van voorlopige vergoeding van (vooralsnog alleen immateriële) schade, 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 en de dreiging daarmee van de zijde van de Staat jegens hen, met veroordeling van de Staat in de kosten van beide instanties.

Bij arrest van 23 november 2000 heeft het Hof het vonnis waarvan beroep bekrachtigd.

(...)

2. Het geding in cassatie

(...)

3. Beoordeling van de middelen

3.1 Danikovic c.s. hebben in het onderhavige kort geding gevorderd de Staat te bevelen 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. De President heeft deze vordering afgewezen. In het door hen ingestelde hoger beroep hebben Danikovic c.s. hun eis vermeerderd met de vordering de Staat te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding van f 1000 aan ieder van hen bij wijze van voorlopige vergoeding van (vooralsnog alleen immateriële) schade. Het Hof heeft het bestreden vonnis bekrachtigd.

3.2 Het Hof heeft in rov. 5 van zijn arrest met betrekking tot de vordering van Danikovic c.s. een voorschot te betalen op de hun in een bodemprocedure toe te kennen schadevergoeding wegens door hen geleden immateriële schade, overwogen dat zij onvoldoende hebben gesteld omtrent de hen persoonlijk betreffende omstandigheden. Bij deze stand van zaken acht het Hof het onvoldoende aannemelijk dat Danikovic c.s. „nadeel dat niet in vermogensschade bestaat", zoals bedoeld in art. 6:106 BW, hebben

geleden als gevolg van een of meer van de in die bepaling genoemde oorzaken, waarmee het Hof kennelijk doelt op het oogmerk van de aansprakelijke persoon zodanig nadeel toe te brengen (art. 6:106 lid 1, onder a), en op de aantasting van de benadeelde in zijn persoon (art. 6:106 lid 1, onder b). Dit oordeel, dat berust op een aan het Hof als rechter die over de feiten oordeelt, voorbehouden uitleg van de stukken van het geding, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk noch onvoldoende gemotiveerd. Dat het Hof het beroep van Danikovic c.s. op de grote spanningen waaraan zij zijn blootgesteld als gevolg van de voortdurende bedreiging van hun leven en welzijn, niet heeft aangemerkt als een concretisering van de hen betreffende omstandigheden, is evenmin onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering dan het Hof heeft gegeven.

Opmerking verdient nog dat het Hof, uitgaande van zijn in cassatie tevergeefs bestreden oordeel dat Danikovic c.s. onvoldoende hadden gesteld om deze vordering te kunnen toewijzen, niet is toegekomen en ook niet behoefde toe te komen aan vragen van (verdeling van de) bewijslast.

Middel 1 is derhalve tevergeefs voorgesteld.

3.3 Met betrekking tot de middelen 2-8 moet worden vooropgesteld dat het Hof de vordering de Staat te bevelen zich met onmiddellijke ingang te onthouden van (deelname aan) verder oorlogsgeweld tegen de Federale Republiek Joegoslavië heeft afgewezen wegens het ontbreken van een spoedeisend belang. Het Hof heeft daartoe overwogen dat niet is gebleken dat de Staat thans dreigt met geweld en dat het voorshands niet aannemelijk is dat de Staat tot zodanige dreiging zal overgaan (rov. 3 en 4). Nu echter dit belang eerst in appel aan de vordering is komen te ontvallen, heeft het Hof met het oog op de kostenveroordeling in eerste aanleg, waartegen Danikovic c.s. een grief hadden gericht, onderzocht of de President de vordering, zoals deze in eerste aanleg luidde, terecht heeft afgewezen, uitgaande van de toestand ten tijde van zijn uitspraak.

Bij de beoordeling van deze middelen heeft voorts als uitgangspunt te gelden dat de in het onderhavige geding ingestelde vorderingen betrekking hebben op vragen betreffende het beleid van de Staat op het gebied van buitenlandse politiek en defensie, welk beleid in sterke mate zal afhangen van politieke afwegingen in verband met de omstandigheden van het geval. Dit betekent dat de burgerlijke rechter, zeker indien het gaat om een kort geding, een grote mate van terughoudendheid aan de dag zal moeten leggen bij de beoordeling van vorderingen, als in het onderhavige geding ingesteld, die ertoe strekken handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van buitenlands beleid en defensie als onrechtmatig en derhalve als verboden aan te merken. Het is immers niet aan de burgerlijke rechter om deze politieke afwegingen te maken.

3.4 Middel 2 richt zich tegen rov. 19 van 's Hofs arrest, waarin het Hof met betrekking tot het beroep van Danikovic c.s. op onrechtmatige daad wegens poging tot moord en inbreuk op het recht op gezondheid heeft overwogen dat deze grondslag de President niet noodzaakte tot toewijzing van de vordering. Danikovic c.s. hebben immers, aldus het Hof, over hun persoonlijke omstandigheden tijdens de luchtacties niets aangevoerd, zodat niet kan worden vastgesteld of de luchtacties ook jegens hen persoonlijk onrechtmatig waren. Hetgeen het Hof heeft overwogen, komt hierop neer dat niet zonder meer ervan kan worden uitgegaan dat alle Joegoslavische militairen aan oorlogsgeweld waren blootgesteld, en dat derhalve het enkele feit dat Danikovic c.s. deel uitmaakten van het Joegoslavische leger waartegen de acties waren gericht, niet voldoende is om tot de conclusie te komen dat met name ook hun subjectieve rechten op leven en gezondheid zijn aangetast of dreigden te worden aangetast, en dat zij voor het overige niet hebben voldaan aan hun stelplicht met betrekking tot de omstandigheden waaruit deze conclusie zou kunnen volgen. Deze oordelen geven niet blijk van een onjuiste opvatting omtrent de stelplicht ter zake van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Zij zijn ook niet onbegrijpelijk en behoefden geen nadere motivering.

3.5 Voor zover de middelen 3-7 betrekking hebben op de door Danikovic c.s. als grondslag van hun vordering aangevoerde inbreuk op hun subjectieve rechten, stuiten zij af op hetgeen hiervoor in 3.4 is overwogen. Ook voor het overige kunnen zij niet tot cassatie leiden, aangezien het Hof in zijn rov. 8-16 met juistheid heeft geoordeeld dat de door hen aan hun vorderingen ten grondslag gelegde internationaal-rechtelijke normen niet tot toewijzing daarvan kunnen leiden. Voor zover de door deze middelen tegen dit oordeel gerichte klachten al feitelijke grondslag hebben, falen zij op grond van hetgeen is vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 21-56.

3.6 Middel 8 bouwt voort op de voorgaande middelen en moet het lot daarvan delen.

3.7 Middel 9 voldoet niet aan de aan een cassatiemiddel te stellen eisen, nu het niet vermeldt welke rechtsgronden het Hof in strijd met art. 48 (oud) Rv. verzuimd heeft ambtshalve aan te vullen.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Danikovic c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Staat begroot op € 286,88 aan verschotten en € 1365 voor salaris.

stig psychisch letsel (shockschade) aan kan hebben overgehouden. Mits voldaan is aan de al genoemde psychopathologische drempels, zou ze dan tevens recht hebben op shockschade (zie inmiddels HR 22 febr. 2002, *RvdW* 2002, 48). Ik neem echter aan dat de ernst van de daad en de ernst van de gevolgen voor de vrouw meegewogen worden bij de begroting van de immateriële schade ingevolge art. 6:106 lid 1 sub a en dat daarom de shockschade niet afzonderlijk behoeft te worden berekend. Affectieschade wegens het overlijden van het kind komt naar huidig recht niet voor vergoeding in aanmerking. De bedoeling is dat dit in de toekomst verandert. Er is een wetsvoorstel vergoeding affectieschade dat voorstelt aan een beperkte groep naasten (betrekkelijk lage) forfaitaire bedragen uit te keren, zonder dat de intensiteit van de affectieve relatie hoeft te worden aangetoond en zonder psychopathologische drempels. Ook hier meen ik dat in gevallen van opzettelijke doodslag als de onderhavige, de affectieschade niet afzonderlijk hoeft te worden toegekend, zij het dat de forfaitaire bedragen die de nieuwe regeling zal vaststellen, wel een minimum zullen vormen.

11. Het wetsvoorstel affectieschade legt overigens zelf geen verbinding met art. 6:106 lid 1 sub a. Ook in de literatuur over affectie- en shockschade gebeurt dit niet. Vgl. onder meer Kottenhagen-Edzes (red.), a.w.; A.J. Verheij, Contouren wetsvoorstel vergoeding affectieschade, *NJB* 2001, p. 1562-1569; W.H. van Boom, Troostgeld voor naasten? Een ruimere blik is noodzakelijk, A V & S 2001, p. 95-98; ik zelf in WPNR 6460(2001), p. 835-840.

Reikwijdte arrest

12. Dat in de discussie over affectie- en shockschade geen verband wordt gelegd met art. 6:106 lid 1 sub a geeft al aan hoe buitenissig de bepaling is. De eisen die het artikel stelt, zijn zo hoog dat het niet vaak toegepast zal worden. Op die manier is er ook over gesproken in de parlementaire geschiedenis (PG Boek 6, p. 379 en 380). Lindenbergh, a.w., 1998, p. 98 noemt als mogelijke gevallen nog onder meer stalking, telefoonterreur, ernstige persterijen, het opgeven van fictieve overlijdensadvertenties of seksadvertenties, maar met name de eis van „oogmerk tot leedtoevoeging" zal vaak moeilijk zijn vast te stellen.

13. Ook rechtsvergelijkend is art. 6:106 lid 1 sub a bijzonder. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet of de bepaling precedenten heeft in andere rechtsstelsels. Mijn eigen onderzoekje heeft niets opgeleverd. Evenmin heb ik een casus als de onderhavige in de buitenlandse rechtspraak aangetroffen. Er is alleen een kleine verwijzing in Chr. von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, 1999, p. 78, noot 392 naar enkele uitspraken uit Finland en Zweden. Ik beheers die talen echter niet, zodat ik de verwijzing niet heb kunnen controleren.

Begroting schade

14. Voor de begroting van de schade zal de feitenrechter op een eigen kompas moeten varen, nu, zoals bekend de Hoge Raad op dit terrein nauwelijks leiding geeft (laatstelijk HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215). In casu is f 100 000 toegewezen. Dat was ook gevorderd. Maar wat als de vrouw het dubbele of driedubbele had gevraagd?

JBMV

Nr. 217

HOGE RAAD
21 december 2001, nr. C99/355HR
(Mrs. P. Neleman, C.H.M. Jansen, H.A.M. Aaftink, O. de Savornin Lohman, A. Hammerstein; A-G Hartkamp; m.nt. TK)
RvdW 2002, 8
JOL 2001, 771

Belang bij verklaring voor recht dat in de toekomst te verrichten handelingen onrechtmatig zijn; vereiste van concrete omschrijving; vereiste van concrete en reële dreiging. Verbod van handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op gebied van buitenlands beleid en defensie; positie burgerlijke rechter.

Vordering tot verklaring voor recht dat het de Staat verboden is iedere medewerking te verlenen aan inzet van kernwapens. Bij de beoordeling van de vraag of belang bestaat bij een vordering tot verklaring voor recht dat in de toekomst te verrichten handelingen onrechtmatig zijn, zal moeten worden getoetst of die handelingen op zodanige wijze zijn geformuleerd dat in alle daardoor bestreden gevallen sprake is van onrechtmatigheid. Indien reeds op voorhand blijkt dat de handelingen op zodanige wijze zijn omschreven dat zij niet in alle of niet onder alle omstandigheden onrechtmatig zijn, en de vraag of zij al dan niet onrechtmatig zijn, anders dan in geval van in het verleden verrichte handelingen, ook niet aan de hand van de omstandigheden van het geval kan worden onderzocht, is de verklaring voor recht onvoldoende concreet omschreven. Het behoort niet tot de taak van de rechter een vordering zodanig te herformuleren dat zij uitsluitend ziet op handelingen die onder alle omstandigheden als onrechtmatig moeten worden beschouwd. Indien de toekomstige handelingen in de hiervoor bedoelde zin onvoldoende concreet zijn omschreven, komt de vordering nimmer voor toewijzing in aanmerking, zodat een eiser onvoldoende belang bij een zodanige vordering heeft en derhalve daarin niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Voor ontvankelijkheid van verboden van toekomstige handelingen is voorts vereist dat een concreet belang bestaat, in de

zin dat een reële dreiging bestaat. Of een zodanige reële dreiging bestaat, is een vraag van feitelijke aard.

De burgerlijke rechter zal een grote mate van terughoudendheid aan de dag moeten leggen bij de beoordeling van vorderingen, als in het onderhavige geding ingesteld, die strekken handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van buitenlands beleid en defensie, die in de toekomst zouden kunnen worden verricht, reeds thans als onrechtmatig en derhalve als verboden aan te merken. Dit geldt niet alleen met betrekking tot de vraag naar de toewijsbaarheid van dergelijke vorderingen, maar ook met betrekking tot de ontvankelijkheidsvraag. 's Hofs oordeel dat thans eisers tot cassatie onvoldoende belang hebben bij de gevorderde verklaring voor recht geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is ook niet begrijpelijk.

Eisers vorderen, samengevat, jegens de Staat verklaringen voor recht en verboden met betrekking tot de inzet van kernwapens in NAVO-verband en de instemming met, goedkeuring van en medewerking aan plannen daartoe en voorbereiding daarvan.

Eisers hebben aan hun vorderingen ten grondslag gelegd een (dreiging van) onrechtmatig handelen door de Staat. Dit brengt mee dat de burgerlijke rechter bevoegd is van deze vorderingen kennis te nemen (art. 112 Gw).

Voor zover het gaat om de in dit geding gevorderde verklaringen voor recht dat handelingen die nog niet zijn verricht, maar die de Staat naar de stellingen van eisers in de toekomst zou kunnen verrichten, als onrechtmatig moeten worden aangemerkt, zal moeten worden getoetst of zij op zodanige wijze zijn geformuleerd dat in alle daardoor bestreken gevallen sprake is van onrechtmatigheid. Indien reeds op voorhand blijkt dat de handelingen waarvan in dit geding wordt gevorderd deze verboden te verklaren, op zodanige wijze zijn omschreven dat zij niet alle of niet onder alle omstandigheden onrechtmatig zijn, en de vraag of zij al dan niet onrechtmatig zijn, anders dan in geval van in het verleden verrichte handelingen, ook niet aan de hand van de omstandigheden van het geval kan worden onderzocht, is de verklaring voor recht onvoldoende concreet omschreven. Het behoort niet tot de taak van de rechter een vordering zodanig te herformuleren dat zij uitsluitend ziet op handelingen die onder alle omstandigheden als onrechtmatig moeten worden beschouwd. Voor zover het betreft een geding als het onderhavige zou dit immers erop neerkomen dat van de burgerlijke rechter een antwoord in algemene zin wordt verlangd op de vraag onder welke omstandigheden het gebruik van kernwapens ongeoorloofd is.

Dit een en ander brengt mee dat een vordering te verklaren voor recht dat in de toekomst te verrichten handelingen als de onderhavige onrechtmatig zijn, indien zij in de hiervoor bedoelde zin onvoldoende concreet zijn omschreven, nimmer voor toewijzing in aanmerking komt, zodat een eiser onvoldoende belang heeft bij een zodanige vordering en derhalve daarin niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Hetzelfde geldt op overeenkomstige wijze voor de onvoldoende concreet omschreven vorderingen strekkende tot een verbod van die handelingen of tot een bevel die handelingen te staken.

In verband met de vraag of en wanneer het gebruik van kernwapens, indien dit in strijd zou zijn met het oorlogsrecht, ongeoorloofd is, verdient nog aantekening dat de vorderingen betrekking hebben op vragen betreffende het beleid van de Staat op het gebied van buitenlandse politiek en defensie, welk beleid in sterke mate zal afhangen van politieke afwegingen in verband met de omstandigheden van het geval. Dit betekent dat de burgerlijke rechter een grote mate van terughoudendheid aan de dag zal moeten leggen bij de beoordeling van vorderingen, als in het onderhavige geding ingesteld, die ertoe strekken handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van buitenlands beleid en defensie, die in de toekomst zouden kunnen worden verricht, reeds thans als onrechtmatig en derhalve als verboden aan te merken. Bovendien dient de burgerlijke rechter aan de daartoe geroepen organen van de Staat op voorhand voldoende ruimte te laten voor het maken van deze politieke afwegingen aan de hand van, thans niet te voorziene, concrete omstandigheden van het geval, en deze ruimte zo min mogelijk op voorhand te beperken door het opleggen van een verbod waarbij deze omstandigheden niet in aanmerking kunnen worden genomen. Dit geldt niet alleen met betrekking tot de vraag of dergelijke vorderingen al dan niet voor toewijzing vatbaar zijn, maar ook met betrekking tot de vraag van de ontvankelijkheid.

Ten aanzien van de gevorderde verboden van toekomstige handelingen is voor ontvankelijkheid van de vorderingen voorts vereist dat een concreet belang bestaat, in die zin dat er een reële dreiging is dat de handelingen die eisers verboden willen zien, zullen worden verricht. Of een zodanige reële dreiging bestaat is een vraag van feitelijke aard, die dient te worden beantwoord door de rechter die over de feiten oordeelt. In cassatie kan niet worden onderzocht of het door de feitenrechter gegeven antwoord op deze vraag juist is, maar slechts of dit begrijpelijk en toereikend gemotiveerd is.

Het oordeel van het Hof, dat erop neerkomt dat bij de beantwoording van de vraag of het gebruik van kernwapens onrechtmatig is, de omstandigheden van het concrete geval een belangrijke rol vervullen, en dat daarom de verklaringen voor recht die zien op categorieën van gevallen onvoldoende concreet zijn, geeft

*niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.**

(BW art. 3:302, 202, 6:162; Gw art. 112)

1. Vereniging van Juristen voor de vrede, te Utrecht,
2. Stichting Miljoenen zijn tegen, te Amsterdam, alsmede de rechtspersonen en natuurlijke personen vermeld in de bij de akte van 26 november 1999 gevoegde lijst, eisers tot cassatie, adv. mr. B.D.W. Martens,

tegen

De Staat der Nederlanden, Ministerie van Buitenlandse Zaken en Ministerie van Defensie, te 's-Gravenhage, verweerder in cassatie, adv. mr. G.J.H. Houtzagers.

Hof:

Beoordeling van het hoger beroep

1. In het principaal en het incidenteel appel.

Het gaat in deze zaak om het volgende.

VJV c.s. hebben in eerste aanleg, samengevat, gevorderd:

een verklaring voor recht dat is verboden, alsmede te verbieden:

– iedere Nederlandse medewerking aan daadwerkelijke inzet van kernwapens in het algemeen;

– het beschikbaar stellen van Nederlandse overbrengingsmiddelen voor de daadwerkelijke inzet van kernwapens;

– het uitvoeren van nucleaire bombardementen met Nederlandse F 16-vliegtuigen, danwel het anders dan met behulp van F 16-vliegtuigen inzetten van een equivalent nucleair vermogen;

– iedere vorm van Nederlandse medewerking aan of instemming met de inzet van strategische kernwapens in het kader van de NAVO-strategie;

– iedere Nederlandse medewerking aan of instemming met de inzet van strategische kernwapens tegen bevolkingscentra;

– iedere inzet van elk nucleair vermogen, groter of gelijk aan het laagste explosief vermogen als beschreven in de inleidende dagvaarding, tegen militaire doelen in bevolkte gebieden van de tegenstander;

– militairen en (buitengewoon) dienstplichtigen bevelen op te leggen die rechtstreeks of indirect gericht zijn op het gebruik van kernwapens;

met subsidiaire vorderingen, die zich richten tegen een „first-use"-inzet van kernwapens.

Daarnaast hebben VJV c.s. gevorderd de Staat te bevelen de NAVO-plannen met betrekking tot de inzet van strategische kernwapens op te zeggen en die opzegging aan de bondgenoten kenbaar te maken en de Staat te gebieden van dit vonnis openbare kennisgeving te doen door middel van publicatie hiervan in de Staatscourant, en de Staat te veroordelen in de kosten van het geding.

De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 28 april 1993 naar aanleiding van een niet-ontvankelijkheidsverweer van de Staat een comparitie van partijen gelast teneinde de noodzaak en wenselijkheid van een deskundigenbericht met partijen te bespreken. Bij het tussenarrest van 13 december 1995 heeft de rechtbank drie deskundigen benoemd, die een achttal vragen dienen te beantwoorden.

2. In het incidenteel appel voorts.

De eerste grief richt zich tegen de overweging van de rechtbank in het tussenvonnis van 28 april 1993 luidend:

„De rechtbank zal de ontvankelijkheidsvraag eerst behandelen. Zij stelt daarbij voorop dat VJV c.s. eerst in hun vorderingen kunnen worden ontvangen indien komt vast te staan dat bovenbedoelde beginselen van humanitair oorlogsrecht van toepassing zijn op de daadwerkelijke inzet van kernwapens en rechtstreeks rechten scheppen voor burgers."

De Staat betoogt dat het feit dat een rechtssubject enig recht toekomt jegens de Staat (bijvoorbeeld het recht op leven) niet reeds meebrengt dat dat rechtssubject een voldoende processueel belang heeft in een civiele procedure tegen de Staat elke door hem gewenste erkenning van dit recht of elke voorziening terzake van dit recht te vorderen. Bij een dergelijke vordering moet geconcretiseerd en geïndividualiseerd belang bestaan. De door VJV c.s. gestelde belangen, erop neerkomend dat zij potentieel slachtoffer zijn bij de inzet van kernwapens respectievelijk als militair eventueel betrokken zouden kunnen raken bij de inzet van kernwapens zijn daartoe niet voldoende. De loutere mogelijkheid van het ontstaan van een conflict waarbij kernwapens zouden kunnen worden ingezet vormt onvoldoende juridisch belang.

3. Het hof overweegt als volgt.

De vorderingen van VJV c.s. zijn gebaseerd op de stelling dat betrokkenheid van de Staat bij de inzet van kernwapens in strijd is met humanitair oorlogsrecht. Wanneer veronderstellenderwijs ervan wordt uitgegaan dat de beginselen van humanitair oorlogsrecht rechtstreekse rechten voor burgers scheppen, hetgeen naar de rechtbank terecht heeft overwogen een voorwaarde is voor de ontvankelijkheid van VJV c.s., dan is naar het oordeel van het hof voor de ontvankelijkheid van de vorderingen van VJV c.s. tevens nodig dat sprake is van een voldoende concreet belang bij de toewijzing daarvan. Het gaat hier immers om vorderingen tot verklaring van recht en tot het verbieden van handelingen waarvan vaststaat dat de Staat deze nog nooit heeft verricht.

4. Voor de ontvankelijkheid van de vorderingen tot het verbieden van vorenomschreven handelingen van de Staat is tenminste nodig dat sprake is van een reële en geconcretiseerde dreiging dat kernwapens zullen worden ingezet. VJV c.s. zijn uitvoerig ingegaan op de ex-

* Zie ook JB 2002/20; *red.*

treme schadelijkh
wapens en hebber
mee bij voorbaat
omschreven situa
beginselen van h
zij hebben niet g
situatie waarin re
pens zullen worde
betrokken zal zij
Ook is niet ge
vaar: de functie v
strategie is voora
van de mogelijkh
gaat. Niet is gebl
van de mogelijkh
„verdicht" en da
lijk wordt overw
5. Voor de on
derde verklaring
dat de verklaring
hebben, voldoen
in dit verband o
naal. Gerechtsh
rechtmatigheid v
bruik van kernw
E:
„Uit de bover
de bedreiging
in het algeme
gels van inter
sing zijn gedu
het bijzonder
humanitair re
stand van het
tenmateriaal
staat, kan het
trekken met b
dreiging met
rechtmatig o
extreme situ
het overlever
spel zou staa
Met name ui
ternationale H
niet onder alle
acht hetgeen di
ondanks de con
de noodzaak v
ringen in een e
6. Uit hetgee
dat het hof var
doende concre
hebben en dat
schreven zijn,
ontvankelijk di
Het voorgaa
het incidenteel
den ingegaan
waarin zij ten
7. De eerste
slaagt. De and
geen behandel
in het principa
worden vernie

treme schadelijkheid van het gebruik van kernwapens en hebben betoogd dat in verband daarmee bij voorbaat vaststaat dat in de door hen omschreven situaties sprake is van strijd met de beginselen van humanitair oorlogsrecht, doch zij hebben niet gesteld dat er sprake is van een situatie waarin reëel gevaar bestaat dat kernwapens zullen worden gebruikt en waarbij de Staat betrokken zal zijn.

Ook is niet gebleken van een dergelijk gevaar: de functie van kernwapens bij de NAVO-strategie is vooral de afschrikkende werking die van de mogelijkheid van het gebruik ervan uitgaat. Niet is gebleken dat de dreiging die uitgaat van de mogelijkheid van het gebruik zich heeft „verdicht" en dat dat gebruik ook daadwerkelijk wordt overwogen.

5. Voor de ontvankelijkheid van de gevorderde verklaringen voor recht is noodzakelijk dat de verklaringen, om hun werking te kunnen hebben, voldoende concreet zijn. Het hof wijst in dit verband op het advies van het Internationaal Gerechtshof van 8 juli 1996 inzake de rechtmatigheid van de bedreiging met of het gebruik van kernwapens, met name het besluit sub E:

„Uit de bovengenoemde vereisten volgt dat de bedreiging met of het gebruik kernwapens in het algemeen in strijd zou zijn met de regels van internationaal recht die van toepassing zijn gedurende gewapend conflict, en in het bijzonder met de beginselen en regels van humanitair recht; Echter, gezien de huidige stand van het internationaal recht en het feitenmateriaal dat het Hof ter beschikking staat, kan het Hof geen definitieve conclusie trekken met betrekking tot de vraag of de bedreiging met of het gebruik van kernwapens rechtmatig of onrechtmatig zou zijn in een extreme situatie van zelfverdediging waarin het overleven als zodanig van een staat op het spel zou staan;"

Met name uit de laatste zin blijkt, dat het Internationale Hof het gebruik van kernwapens niet onder alle omstandigheden onrechtmatig acht hetgeen dit hof onderschrijft en hetgeen – ondanks de conclusie in de eerstgeciteerde zin – de noodzaak van de beoordeling van de vorderingen in een concrete situatie onderstreept.

6. Uit hetgeen sub 4 en 5 is overwogen volgt, dat het hof van oordeel is dat VJV c.s. onvoldoende concreet belang bij hun vorderingen hebben en dat deze onvoldoende concreet omschreven zijn, zodat zij op grond daarvan niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard.

Het voorgaande geldt voor alle gedaagden in het incidenteel appel, zodat niet behoeft te worden ingegaan op de verschillen in de relatie waarin zij ten opzichte van de Staat staan.

7. De eerste grief in het incidenteel appel slaagt. De andere grieven behoeven daardoor geen behandeling meer, evenmin als de grieven in het principaal appel. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd en VJV c.s. zullen worden veroordeeld in de proceskosten in eerste aanleg en in hoger beroep.

(*enz.*)

Cassatiemiddel:

Middel I

Schending en/of verkeerde toepassing van het recht, doordat rov. 3 van het bestreden arrest deels berust op een verkeerde lezing van de vorderingen van eisers in cassatie, deels rechtens onjuist is, dan wel niet of onvoldoende gemotiveerd, deels berust op een verkeerde weergave van de vorderingen van eisers, dan wel onbegrijpelijk is.

Onderdeel 1

Rechtsoverweging 3 berust deels op een verkeerde lezing van de vorderingen van eisers in cassatie, met name voor zover daarin wordt overwogen dat hun vorderingen „zijn gebaseerd op de stelling dat betrokkenheid van de Staat bij de inzet van kernwapens in strijd is met humanitair oorlogsrecht".

Eisers in cassatie maken in de onderhavige procedure een duidelijk onderscheid tussen de inzet van kernwapens in het algemeen en inzet van kernwapens als door hen in de vorderingen aangegeven.

Dat onderscheid is cruciaal en eisers zijn niet moe geworden dit in de loop van de procedure voortdurend te beklemtonen, tegen de voortdurende pogingen in van de Staat om dit onderscheid te negeren en een voorstelling van zaken te bieden als zouden eisers zich in hun vorderingen tegen alle kernwapengebruik keren.

Eisers doen dat in de onderhavige procedure volstrekt niet. Alleen kernwapengebruik als in hun vorderingen omschreven, wordt door eisers aangemerkt als zijnde in strijd met de beginselen van humanitair oorlogsrecht.

De vorderingen I t/m VIII hebben immers in niet mis te verstane bewoordingen als uitgangspunt gemeen dat zij zich uitsluitend keren tegen handelingen die plaatsvinden, dan wel plaats zouden vinden, *in bondgenootschappelijk (NAVO-) kader*. Dat wil dus zeggen dat eisers zich slechts richten tegen handelingen die plaatsvinden, dan wel plaats zouden vinden, in reëel bestaande, dan wel in vanuit een militair oogpunt overigens anderszins realistisch te achten scenario's, een en ander geheel binnen bondgenootschappelijk (NAVO-) kader.

Hetgeen in alle vorderingen tot uitdrukking wordt gebracht door de persistente verwijzing naar de bondgenootschappelijke (NAVO-) *strategie en de daarop gebaseerde militair-operationele plannen.*

Theoretisch kernwapengebruik, waarin niet door enige bestaande of realistisch te achten militair-operationele plannen in bondgenootschappelijk (NAVO-) kader wordt voorzien, met name een eventuele Nederlandse medewerking aan het gebruik van zeer kleine kernwapens in afgelegen gebieden dan wel op de hoge zee, valt uitdrukkelijk buiten het kader

van de vorderingen. Daarbij geldt dus dat *Nederlandse* betrokkenheid een volgende randvoorwaarde is bij al deze vorderingen.

De vorderingen keren zich dus tegen ook in dit opzicht realistische, alsmede duidelijk omschreven en afgebakende inzet-modaliteiten.

Gelet op een en ander gaat het, voor zover in deze vorderingen een daadwerkelijke inzet van kernwapens aan de orde wordt gesteld en de geografische positie van Nederland mede in aanmerking genomen, in alle gevallen uitsluitend om inzet van kernwapens in het Europese nucleaire theater, dat wil zeggen in *dichtbevolkt Europees gebied*.

Het vluchtbereik van de Nederlandse F 16-vliegtuigen, die de thans enige Nederlandse kernwapentaak zouden moeten uitvoeren, [illegible]ngt een verder beding dat het bij een zodanige inzet van kernwapens, voor zover daar in de vorderingen sprake van is, uitsluitend handelt om inzet in dichtbevolkt Europees gebied.

Wat betreft kernwapengebruik dat buiten het in de vorderingen omschreven kader valt, wordt dus de mogelijkheid open gelaten dat dit niet in strijd zou kunnen zijn met de beginselen van humanitair oorlogsrecht.

In het derde onderdeel van het vierde middel wordt daar nader op ingegaan.

Over de vorderingen valt tenslotte in het algemeen nog dit te zeggen.

Ook als het gebruik van kernwapens in (bepaalde in) de daarop betrekking hebbende vorderingen van eisers omschreven gevallen niettemin voor rechtmatig moeten worden gehouden, dan leidt dat nog niet automatisch tot afwijzing van die (betrokken) vorderingen.

Want dan resteert nog te allen tijde de rechtsvraag of die rechtmatigheid er ook zou zijn, indien het daarbij zou gaan om een *eerste gebruik* van kernwapens, waartoe het bondgenootschap zich uitdrukkelijk het recht voorbehoudt.

Die vraag of dit alsdan ook zou gelden voor een dergelijk „first use"-gebruik, wordt opgebracht door de subsidiaire vorderingen.

Zoals ook uit de door eisers ingebrachte stukken blijkt, achten eisers in processu dus zeker niet iedere denkbare vorm van betrokkenheid van de Staat bij de inzet van kernwapens in strijd met de beginselen van humanitair oorlogsrecht, doch uitsluitend die vormen van betrokkenheid, als in hun vorderingen omschreven. In de memorie van antwoord in incidenteel appèl wordt hier door eisers opnieuw en zeer uitvoerig op ingegaan in par. II.20 t/m II.33. Na hetgeen hierover in eerdere processtukken, zoals bijvoorbeeld in par. IV van de pleitnotities van eisers in eerste aanleg reeds ter toelichting was gesteld.

Genoemde overweging in de betreffende rechtsoverweging is derhalve ondeugdelijk en kan, al dan niet mede gelet op het gestelde in andere onderdelen van het middel, dan wel in andere middelen, de beslissingen die het Hof in het bestreden arrest d.d. 20 mei 1999 heeft genomen niet dragen.

Deze beslissingen zijn derhalve onjuist en ondeugdelijk, alsmede ten onrechte genomen, althans in ieder geval niet naar de eisen der wet genoegzaam met redenen omkleed.

Onderdeel 2

Voorts is rechtens onjuist, althans niet of onvoldoende gemotiveerd, hetgeen vervolgens onder 3 door het Hof wordt gesteld, met name dat de Rechtbank terecht heeft overwogen dat het een voorwaarde voor de ontvankelijkheid van eisers is dat de beginselen van humanitair oorlogsrecht rechtstreekse rechten voor burgers scheppen. Dit aangezien eisers vanaf het prille begin van de procedure terzake van hun vorderingen niet alleen een beroep hebben gedaan op normen van internationaal recht, maar ook op normen van nationaal recht, met name op de Wet oorlogsstrafrecht, waarin normen worden gesteld op overtreding waarvan zware straffen staan en tegen dreigende schending waarvan ook de bescherming van art. 6:162 BW kan worden ingeroepen en door eisers ook wordt ingeroepen.

Het is volkomen duidelijk dat onder de wetten en gebruiken van de orlog, zoals bedoeld in de Wet Oorlogsstrafrecht, onder meer ook de in het Aanvullende Protocol I van 1977, behorende bij de Conventies van Genève van 1949, neergelegde regels vallen en zodoende, gelet op het tweede lid van artikel 1 van dat Protocol, ook de beginselen van het internationale humanitaire recht. Op die beginselen, zoals die door de Staat ook met betrekking tot het gebruik van kernwapens zijn erkend, hebben eisers een beroep gedaan. Schendingen van die beginselen zijn derhalve ingevolge de Wet Oorlogsstrafrecht strafbaar.

Daarnaast is door eisers ook nog voortdurend een beroep gedaan op de norm van art. 90 Grondwet.

Eisers hebben voortdurend benadrukt dat de nationale rechter dit nationale recht gewoon moet toepassen, zonder dat zich daarbij vragen naar rechtstreekse werking voordoen, of in rechte zelfs maar zouden kunnen voordoen.

En tenslotte hebben eisers zich ook nog beroepen op het Handvest van Neurenberg (8 augustus 1945, Stert. 1946, 18), met name artikel 6, dat (ook) alle vormen van medewerking aan planning en voorbereiding van handelingen die een schending van het humanitair oorlogsrecht zouden opleveren, verbiedt. Aangezien velen op basis van de normen, vastgelegd in dit Handvest na WO II zijn veroordeeld, kan de rechtstreekse werking hiervan niet aan enige twijfel onderhevig zijn.

Het beroep dat door eisers in deze procedure is gedaan op art. 6 van het Handvest van Neurenberg komt verder aan de orde in het vierde onderdeel van het vierde middel.

Genoemde overweging in de betreffende rechtsoverweging is derhalve ondeugdelijk en kan, al dan niet mede gelet op het gestelde in andere onderdelen van het middel, dan wel in andere middelen, de beslissingen die het Hof in

het bestreden arrest d.d. 20 mei 1999 heeft genomen niet dragen.

Deze beslissingen zijn derhalve onjuist en ondeugdelijk, alsmede ten onrechte genomen, althans in ieder geval niet naar de eisen der wet genoegzaam met redenen omkleed.

Onderdeel 3

En tenslotte berust hetgeen aan het slot van rov. 3 wordt overwogen op een verkeerde weergave van de vorderingen van eisers in cassatie, dan wel is het daar gestelde, met name dat het hier zou gaan om „vorderingen (...) tot het verbieden van handelingen waarvan vaststaat dat de Staat deze nog nooit heeft verricht" in het licht van althans een aantal van deze vorderingen onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd. Voor zover het uiteindelijke afwijzende oordeel van het Hof mede hierop is gebaseerd, is dit bovendien rechtens onjuist.

Die verkeerde weergave van de vorderingen van eisers, dan wel de onbegrijpelijkheid van 's Hofs standpunt daaromtrent geldt zeker voor de vorderingen IVa en IVb, respektievelijk inhoudende:

„– te verklaren voor recht dat gedaagdes instemming met, goedkeuring van en medewerking aan de in het kader van de huidige of toekomstige NAVO-strategie en de daarop gebaseerde operationele plannen voorbereide inzet van strategische kernwapens, of de inzet van strategische kernwapens in welk bondgenootschappelijk kader dan ook, moet worden beschouwd als medewerking aan het voorbereiden van oorlogshandelingen, die in strijd zijn met de beginselen van humanitair oorlogsrecht;

– de Staat der Nederlanden te bevelen de instemming met, goedkeuring van en medewerking aan de in het kader van de huidige of toekomstige NAVO-strategie en de daarop gebaseerde militair-operationale plannen voorbereide inzet van strategische kernwapens op te zeggen en deze opzegging officieel aan de bondgenoten kenbaar te maken".

Met nevenvorderingen.

En evenmin kan deze overweging van het Hof betrekking hebben op de vorderingen Va en Vb, respektievelijk luidende:

„– te verklaren voor recht dat gedaagdes instemming met, goedkeuring van en medewerking aan de in het kader van de huidige of toekomstige NAVO-strategie en de daarop gebaseerde plannen voorbereide inzet van strategische kernwapens, of de inzet van strategische kernwapens in welk bondgenootschappelijk kader dan ook tegen bevolkingscentra, moet worden beschouwd als medewerking aan het voorbereiden van oorlogshandelingen, die in strijd zijn met de beginselen van humanitair oorlogsrecht;

– de Staat der Nederlanden te bevelen de instemming met, goedkeuring van en medewerking aan de in het kader van de huidige of toekomstige NAVO-strategie en de daarop gebaseerde militair-operationele plannen voorbereide inzet van strategische kernwapens tegen bevolkingscentra op te zeggen en deze opzegging officieel aan de bondgenoten kenbaar te maken".

Met nevenvorderingen.

Dit aangezien deze vorderingen – nu daarin wordt gesproken van „instemming met, goedkeuring van en medewerking aan" – betrekking hebben op handelingen die reeds over een lange reeks van jaren bij voortduring al door de Staat binnen het samenwerkingsverband van de NAVO zijn en nog steeds worden verricht.

Het gaat hierbij om voorbereidingshandelingen, welks door eisers voortdurend benadrukte onrechtmatige karakter eveneens nog aan de orde zal komen in het vierde onderdeel van het vierde middel. Terwijl deze overweging tenslotte ook geen betrekking kan hebben op de vordering onder VII, zoals deze is gewijzigd bij memorie van antwoord in incidenteel appel en, voor zover in dit verband van betekenis, is komen luiden als volgt:

„– de Staat der Nederlanden te verbieden om ook thans al, in vredestijd, van eisers in dit proces, behorend tot de hierna genoemde categorieën, te eisen dat opdrachten terzake van daadwerkelijk gebruik van kernwapens dienen te worden nagekomen (...)".

De handelingen waarvan in het kader van *deze* vorderingen een verbod wordt gevraagd en waaromtrent een verklaring van recht wordt gevorderd, zijn onrechtmatige handelingen die zich *in het hier en nu* afspelen en waaraan eisers zo snel mogelijk een eind gemaakt willen zien.

Van al deze vorderingen kan in genen dele worden gezegd dat hierin verkluringen voor recht of verboden worden gevraagd van handelingen die de Staat nooit eerder zou hebben verricht. Integendeel, in deze vorderingen keren eisers zich als gezegd tegen handelingen en gedragingen van de Staat die voortdurend al plaatsvinden. Door in het bestreden arrest aan het uiteindelijk oordeel ten grondslag te leggen dat het hier zou gaan om vorderingen met betrekking tot handelingen waarvan zou vast staan dat de Staat deze nog nooit heeft verricht, is het oordeel van het Hof op dit punt bovendien gebaseerd op een onjuiste en onvolledige weergave van deze vorderingen en daarmee op een onjuiste grondslag.

Genoemde overweging in de betreffende rechtsoverweging is derhalve ondeugdelijk en kan, al dan niet mede gelet op het gestelde in andere onderdelen van het middel, dan wel in andere middelen, de beslissingen die het Hof in het bestreden arrest d.d. 20 mei 1999 heeft genomen niet dragen.

Deze beslissingen zijn derhalve onjuist en ondeugdelijk, alsmede ten onrechte genomen, althans in ieder geval niet naar de eisen der wet genoegzaam met redenen omkleed.

Middel II

Schending en/of verkeerde toepassing van het recht, doordat rov. 4 deels rechtens onjuist

is, althans onbegrijpelijk, deels gebaseerd is op een verkeerde lezing van hetgeen door eisers is aangevoerd en gesteld, dan wel onbegrijpelijk of althans onvoldoende gemotiveerd.

Onderdeel 1

Rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk is ook het gestelde in de aanhef van rechtsoverweging 4, met name dat „voor de ontvankelijkheid van de vorderingen tot het verbieden van vorenomschreven handelingen van de Staat tenminste nodig is dat er sprake is van een reële en geconcretiseerde dreiging dat kernwapens zullen worden ingezet". In de eerste plaats is volstrekt onduidelijk wat er wordt bedoeld met „een reële en geconcretiseerde dreiging dat kernwapens zullen worden ingezet", zodat deze overweging van het Hof onbegrijpelijk is.

Wat daar ook van zij, een rechtens juiste opvatting brengt met zich mee dat zolang de dreiging van daadwerkelijk kernwapengebruik concreet is in de zin zoals hieronder in onderdeel 2 wordt uitgewerkt en zolang kernwapens behoren tot de *inzetbare wapens* – en als zodanig worden zij uitdrukkelijk door de Staat beschouwd, zoals onder meer al in hoofdstuk IV van de inleidende dagvaarding, onweersproken door de Staat, door eisers wordt aangegeven –, er sprake is van een zodanig gekwalificeerde dreiging die van een mogelijke inzet hiervan uitgaat, dat eisers langs de weg van artikel 6:162 BW tegen de dreigende onrechtmatige gevolgen hiervan de bescherming van het recht kunnen inroepen.

En tenslotte slaat deze overweging, wat daarmee ook precies bedoeld zij, in elk geval volledig de plank mis met betrekking tot het gewijzigde onderdeel van de vordering onder VII, want al op het eerste gezicht daarmee onmiskenbaar ieder direct verband missend.

Genoemde overweging in de betreffende rechtsoverweging is derhalve ondeugdelijk en kan, al dan niet mede gelet op het gestelde in andere onderdelen van het middel, dan wel in andere middelen, de beslissingen die het Hof in het bestreden arrest d.d. 20 mei 1999 heeft genomen niet dragen.

Deze beslissingen zijn derhalve onjuist en ondeugdelijk, alsmede ten onrechte genomen, althans in ieder geval niet naar de eisen der wet genoegzaam met redenen omkleed.

Onderdeel 2

Gebaseerd op een verkeerde lezing van hetgeen door eisers is aangevoerd, dan wel onbegrijpelijk of althans onvoldoende gemotiveerd is 's Hofs oordeel dat eisers „niet hebben gesteld dat er sprake is van een situatie waarin reëel gevaar bestaat dat kernwapens zullen worden gebruikt en waarbij de Staat betrokken zal zijn". Het Hof geeft hier ten onrechte niet aan wat het bedoelt met „een situatie waarin reëel gevaar bestaat dat kernwapens zullen worden gebruikt", hetgeen, nu het Hof nalaat hier een nadere duiding aan te geven, bepaald onbegrijpelijk maakt wat voor situatie het Hof hier op het oog heeft. Dit aangezien immers eisers in cassatie in de procedure uitentreure, en steeds weer opnieuw, hebben aangegeven en uitgewerkt dat de dreiging van daadwerkelijk kernwapengebruik concreet, immanent, permanent en alles overschaduwd is.

Reeds bij inleidende dagvaarding in het hoofdstuk IV „Kernwapens als inzetbare wapens in de strategische concepties en het idee van een winbare kernoorlog in de tachtiger jaren", met als sub-hoofdstukken IVa „kernwapens als inzetbare wapens versus kernwapens als afschrikking" en IVb „dreigende inzet van kernwapens als gevolg van technische fouten en menselijk falen", en hoofdstuk VII „Het vasthouden aan kernwapenstrategieën in nieuwe politieke wereldverhoudingen", werd hier door eisers nader op ingegaan.

Dit werd vervolgd bij pleidooi in eerste aanleg, en wel in paragraaf IIc „Juridisch relevante dreiging" van de pleitnotities zijdens eisers.

Daarin wordt o.m. opgemerkt:

„Recapitulerend: zolang de Staat kernwapens blijft kwalificeren als inzetbare wapens, en daarmee dus aangeeft dat deze wapens eventueel kunnen en zullen worden gebruikt, is er sprake van een juridisch relevante dreiging dat deze wapens daadwerkelijk zullen worden ingezet.

De Staat gaat er kennelijk ook zelf vanuit dat de inzetbaarheid van kernwapens op zichzelf al impliceert dat er een relevante dreiging bestaat dat deze wapens ook zullen moeten worden gebruikt.

Dit blijkt onomstotelijk uit de zaak-Stelling. In het beoordelingsbesluit met betrekking tot de kapitein bij de Koninklijke Luchtmacht Stelling werd immers aangegeven dat de consequentie van eisers voorbehoud met betrekking tot het uitvoeren van opdrachten terzake van het gebruik van kernwapens moest zijn dat rekening moest worden gehouden met met een verminderde inzetbaarheid cq. geschiktheid bij de bestemming van de betrokkene.

Er werd dus niet gesteld: als gevolg van dit voorbehoud moet er in het geval dat er een „relevante crisisdreiging" ontstaat rekening worden gehouden met met een verminderde inzetbaarheid c.q. geschiktheid; nee, er werd zonder meer overwogen – los van de internationale spanningssituatie – dat hieruit een direct effect van verminderde inzetbaarheid c.q. geschiktheid voortvloeit. Met andere woorden: de inzetbaarheid die aan kernwapens wordt toegekend, bedingt een permanente inzetbaarheid c.q geschiktheid van de militairen om deze inzetbaarheid van kernwapens daadwerkelijk gestalte te geven.

Dit toont aan dat ook de Staat zelf veronderstelt dat er een rechtstreekse koppeling bestaat tussen de inzetbaarheid van kernwapens en de noodzaak om het gehele militaire apparaat permanent op de mogelijkheid van een dergelijke inzet gericht te houden.

Zolang de Staat zich geroepen voelt om het

gehele militaire apparaat toegesneden te houden op een mogelijke daadwerkelijke inzet van kernwapens en van al zijn militairen loyaliteit aan opdrachten op dit punt vergt, kan de Staat natuurlijk ook om deze reden niet in gemoede volhouden dat er in casu geen sprake zou zijn van een juridisch relevante dreiging". (blz. 17)

Op de noodzaak tot en juridische mogelijkheden van een preventieve toetsing van de rechtmatigheid – d.w.z. een toetsing voordat kernwapens als in de vorderingen van eisers bedoeld daadwerkelijk zouden worden gebruikt –, werd nader ingegaan bij conclusie na comparitie, tevens akte uitlating produkties in de paragrafen II.b.16, II.b.18 t/m 20 en II.b.24., terwijl bij memorie van antwoord in incidenteel appèl, tevens aanvullingen van eis in appèl en in eerste aanleg in de paragrafen II.36 en IV.3 uitgebreid werd teruggekomen op het aspect „juridisch relevante dreiging".

Daarbij werd onder II.40 gewezen op het feit dat ook in vredestijd uit de beginselen van humanitair oorlogsrecht al rechten en verplichtingen voortvloeien:

„Zoals daar al aangeduid, richten in feite de beginselen van humanitair oorlogsrecht zich rechtstreeks tot alle mensen, in oorlogstijd zowel als in vredestijd.

In vredestijd enerzijds in de vorm van een *verplichting* om zich niet in te laten met de planning, organisatie, ontwikkeling en concrete voorbereiding van daadwerkelijke militaire akties die bij uitvoering zullen leiden tot schending van deze beginselen. Dit tevens vanuit het beginsel dat de vrijheid van keuze van oorlogsmiddelen niet onbegrensd is, zoals ook in de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof opnieuw wordt bevestigd.

Waarbij het verbod om zich daarmee in te laten – art. 6 van het Handvest van Neurenberg onderstreept dit nog eens expliciet – zowel betrekking heeft op de politieke en militaire leiders, als op de civiele en militaire uitvoerenden.

Anderzijds in de vorm van een *recht* om als burger en militair in vredestijd van dergelijke voorbereidingen gericht op daadwerkelijke schendingen, of waarbij dergelijke schending onvermijdelijk zullen zijn, gevrijwaard te zijn.

Iedere burger – civiel of militair – heeft immers belang bij de handhaving van de nationale en internationale rechtsorde en voorkoming van de schending hiervan. Ook al omdat bij de schending van deze beginselen van humanitair oorlogsrecht door de inzet van kernwapens als in de vorderingen aangegeven voor hemzelf ernstige repercussies dreigen".

Bijzonder uitgebreid is tenslotte nog op dit aspect ingegaan bij pleidooi in appèl onder par. V van de pleitnotities van – toen – appellanten „De dreiging van kernwapengebruik" (blz. 4 t/m 11), welk pleidooi grotendeels aan dit onderwerp is besteed.

In het licht van dit alles had het Hof bepaald nader moeten aanduiden wat „een situatie waarin reëel gevaar bestaat dat kernwapens zullen worden gebruikt" in zijn optiek dan wel inhoudt, nu het Hof hieronder kennelijk totaal iets anders verstaat dan eisers in cassatie. Zodat ook de overweging van het Hof dat eisers zich op dit punt niet van hun stelplicht zouden hebben gekweten onjuist is, of althans als onvoldoende gemotiveerd moet worden aangemerkt.

Indien het Hof zou hebben uitgelegd wat het hier bedoelt met „een situatie waarin reëel gevaar bestaat dat kernwapens zullen worden gebruikt", waarvan niet zou „zijn gebleken", dan zou het Hof daarmee wellicht tevens tot een nadere motivering zijn gekomen van hetgeen het op dit punt zou willen zeggen. Welke motivering thans daarenboven ook nog ontbreekt.

Als ontoereikend voor een nadere duiding van wat het Hof, in afwijking van wat eisers in cassatie daaronder begrijpen, verstaat onder „een situatie waarin reëel gevaar bestaat dat kernwapens zullen worden gebruikt", is in elk geval aan te merken hetgeen het Hof voorts onder 4 overweegt, met name dat „ook niet (is) gebleken van een dergelijk gevaar: de functie van kernwapens is vooral de afschrikwekkende werking die van de mogelijkheid van het gebruik ervan uitgaat".

Als immers een verwijzing naar hun afschrikwekkende werking zou volstaan om aan te geven dat er geen reëel gevaar bestaat dat kernwapens daadwerkelijk zouden worden gebruikt, dan zou in de ogen van het Hof nimmer sprake kunnen zijn van „een situatie waarin reëel gevaar bestaat dat kernwapens zullen worden gebruikt", aangezien die afschrikkende werking, als zijnde inherent aan kernwapens, dan immers geacht zou moeten worden altijd aanwezig te zijn.

Het Hof zou het dan met „een situatie waarin reëel gevaar bestaat dat kernwapens zullen worden gebruikt" hebben over een situatie die zich in zijn ogen niet zou kunnen voordoen, hetgeen des te onbegrijpelijker zou maken wat het Hof nu eigenlijk bedoelt als het spreekt over „een situatie waarin reëel gevaar bestaat dat kernwapens zullen worden gebruikt".

De onbegrijpelijkheid van wat het Hof nu eigenlijk bedoelt met „een situatie waarin reëel gevaar bestaat dat kernwapens zullen worden gebruikt", waarvan „niet gebleken" zou zijn, wordt nog versterkt indien in aanmerking wordt genomen dat de afschrikkingspolitiek die met kernwapens wordt bedreven het gevaar dat kernwapens daadwerkelijk zullen worden gebruikt niet neutraliseert, zoals het Hof – overigens ongemotiveerd – met diens overweging „Ook is niet gebleken van een dergelijk gevaar: de functie van kernwapens bij de NAVO-strategie is vooral de afschrikkende werking die van de mogelijkheid van het gebruik ervan uitgaat", in elk geval suggereert, maar

juist dat gevaar accentueert en versterkt.

Juist het instandhouden van die afschrikkende werking impliceert immers dat dag in dag uit met kernwapens wordt gedreigd, dat kernwapens voor onmiddellijke inzet gereed worden gehouden, dat kernwapens op alert blijven.

Nu het Hof in zijn arrest – zonder daarbij zorg te dragen voor een passende motivering – de nucleaire afschrikkingspolitiek meent naar voren te moeten halen als argument om aan te geven dat van wat het Hof aanduidt als „een situatie waarin reëel gevaar bestaat dat kernwapens zullen worden gebruik" „niet is gebleken" – wat hiermee overigens ook precies bedoeld zij –, willen eisers hier nog eens expliciet memoreren wat de voormalig opperbevelhebber van het Amerikaanse Strategic Command, en dus de voormalig hoogste bevelvoerder inzake de Amerikaanse kernwapens en nucleaire planning, generaal Lee Butler, in zijn artikel „A voice of Reason" in het mei/juni 1998 nummer van The Bulletin of Atomic Scientists omtrent die afschrikking stelt.

Dit artikel van de grootste (ervarings)deskundige die op dit gebied maar denkbaar is, is in een vertaalde versie door eisers bij pleidooi in appèl reeds in het geding gebracht onder productie 4 van de bijlage „Dreiging van kernwapengebruik":

„Politiek van afschrikking

Naarmate ik hogerop klom in de militaire hiërarchie, moest ik mij de intellectuele rechtvaardiging van de strategie van de Verenigde Staten volledig eigen maken – dat wat nog altijd als de kern van de nucleaire catechismus wordt beschouwd. Als ik de invloed daarvan op de houding ten opzichte van atoomwapens opnieuw bekijk, kom ik onmiddellijk tot mijn tweede conclusie wat betreft de bereidheid van mensen om nog met de risico's van het atoomtijdperk te willen leven. Gedurende al mijn jaren als nucleair strateeg, militair leider en woordvoerder van het leger, heb ik het enorme atoomarsenaal van de Verenigde Staten gerechtvaardigd door te wijzen op de politiek van „afschrikking". Die bekende term wordt al sinds de oudheid gebruikt als het om veiligheid gaat. Daarin ligt de hele bedrieglijke, eenvoudige rechtvaardiging vervat om de meest extreme risico's te nemen en miljaren dollars uit te geven.

De politiek van afschrikking was ons schild en, bij uitbreiding, ons zwaard. Ze werd opgehemeld en verafgood door de nucleaire priesterkaste. Hoewel onze bondgenoten de ermee samenhangende risico's en kosten openlijk afkeurden, legden ze zich toch neer bij de voorschriften. We zwaaiden ermee naar onze vijanden en gingen ervan uit dat die ook met de zelfvernietigende gevolgen van deze politiek van onbetwistbare wederzijdse destructie akkoord gingen. We negeerden, onderschatten of ontkenden de gebreken van onze strategie. Zelfs vandaag nog houden we vol dat het een geschikte strategie is voor een wereld die er op het gebied van veiligheid helemaal anders uitziet.

Een dialoog tussen blinden en doven

Hoe is het te verklaren dat we een afschrikkingspolitiek verdedigden waarvoor een bijna volmaakte kennis van de tegenstander nodig is, terwijl we die kennis nauwelijks of helemaal niet hadden? Hoe konden we doen alsof we de motivaties en bedoelingen van de Sovjetleiders begrepen terwijl we met hen geen enkel persoonlijk contact van betekenis hadden? Waarom hebben we ons ingebeeld dat een natie, die verschillende opeenvolgende invallen had overleefd en onvoorstelbare verliezen had geleden, zich zou neerleggen bij een strategie die gebaseerd was op angst voor een atoomoorlog? Het is niet te verwonderen dat bedoelingen en motieven voortdurend verkeerd begrepen werden. Terwijl wij volhielden dat een atoomoorlog met onze afschrikkingsstrategie precies voorkomen kon worden, geraakten de Sovjetleiders ervan overtuigd dat zo'n oorlog wel degelijk mogelijk was en, in voorkomend geval, niet verloren mocht worden. Gedreven door angst namen ze Herculische maatregelen om te vechten en te overleven, wat ook de kansen of kosten mochten zijn. De politiek van de afschrikking was een dialoog tussen blinden en doven.

Een ander gebrek van de afschrikkingspolitiek was dat de gevolgen bij een eventuele mislukking onduldbaar zijn. In de tijd van de conventionele wapens konden de kosten van een oorlog hoog oplopen, maar de geschiedenis leert ons dat naties kunnen overleven en er zelfs weer helemaal bovenop kunnen komen, ook als ze totaal verslagen werden. Dat geldt niet meer voor het atoomtijdperk. Atoomwapens kennen geen genade. De gevolgen ervan gaan verder dan de huidige tijd en ruimte: de aarde wordt vergiftigd en haar bewoners gedurende generaties verminkt. We blijven achter zonder enige verdediging, zonder enige hoop om op een menselijke manier te overleven. Atoomwapens hebben niet alleen het lot van naties in hun macht maar de betekenis van de beschaving zelf.

De afschrikkingspolitiek was een uitermate slecht middel om redelijke grenzen toe te kennen aan de grootte en samenstelling van de strijdkrachten. Er was altijd weer een mooie uitleg om de drang naar steeds weer nieuwe wapens en reusachtige voorraden te rechtvaardigen.

De nucleaire afschrikkingspolitiek is gesteund op de mogelijkheid om op een vernietigende manier terug te slaan als er onder de meest extreme omstandigheden oorlog zou dreigen. Het perverse van deze strategie is dat men bij de berekening van het aantal wapens dat nodig is om die cruciale test te overleven, en nog wat in reserve te houden nadien, de mogelijkheid overweegt dat een bij-

zonder verdachte tegenstander in staat is om ons bij de eerste aanval te ontwapenen. Een dergelijke voorsprong is ontoelaatbaar voor rivaliserende kernmachten en moet absoluut vermeden worden.
De angsten werden aangewakkerd. De rivaliteit werd groter en zette aan tot nieuwe technologieën. Nieuwe wapensystemen rolden van de band. De lat van de afschrikkingspolitiek werd steeds hoger gelegd. Hierdoor ontstonden nieuwe spanningen, verschrikkelijke vermoedens omtrent de tegenstander en steeds weer nieuwe tuigen met een nog vernietigendere kracht.
De verraderlijke axioma's van de afschrikkingspolitiek leidden ertoe dat voorraden van tienduizenden kernwapens nog redelijk leken.
Toename aantal kernwapens
Opeenvolgende leiders aan beide kanten van de scheidingslijn tussen Oost en West gaven bevel tot roekeloze verhoging van het aantal kernwapens, een enorm aantal lanceerinstallaties en een verbijsterende uitbreiding van het aantal doelwitten. Ze verkneukelden zich in de industrie die nodig was om een dergelijke productie op peil te houden, koesterden haar en beloonden haar rijkelijk. Daar maakte ik deel van uit. Ik was aanwezig toen veel systemen uitgevonden werden die de technologische vereisten moesten voorschrijven, rechtvaardigen en mogelijk maken. Ik heb de wapenwedloop van binnenuit gezien. Ik heb toegekeken hoe intercontinentale kernraketten voor wederzijdse vernietiging werden geïntroduceerd en hoe raketten met meerdere kernkoppen een waarachtige angst voor een eerste nucleaire aanval hebben doen ontstaan. Ik was verantwoordelijk voor plannen voor een kernoorlog met meer dan 12 000 doelwitten, waarvan de meeste door meer dan één kernwapen getroffen zouden worden.
De afschrikkingspolitiek is een glibberig hersenspinsel. Je hebt er geen controle over. Ze ontglipt je voortdurend. Ze is zowel meester als slaaf. Ze trekt wetenschappers aan en laat zich gewillig gebruiken. Ze leent zich zowel voor goede als voor slechte doeleinden. Zowel de daders als zij die niets gedaan hebben, worden schuldig. De afschrikkingstheorie is een gemakkelijke rechtvaardiging voor kernwapens: de gruwelijkheid van hun gebruik wordt verhuld met een sluier van onfeilbaarheid. In het beste geval gaat het om een gok die geen sterveling ooit zou mogen wagen. In het slechtste geval wordt de dood verspreid op een schaal die vergelijkbaar is met de macht van de Schepper".

En in een eveneens vertaald citaat, ontleend aan een interview met generaal Lee Butler in Der Spiegel van 17 augustus 1998, dat ook reeds is opgenomen in prod. 4 van eisers bij pleidooi in appèl, wordt over de nucleaire afschrikkingspolitiek gesteld:

„Generaal Lee Butler, ex-opperbevelhebber van de Amerikaanse kernstrijdmacht in Der Spiegel: „Ik was er vast van overtuigd dat de strategie van het afschrikkingsevenwicht kon mislukken. We gedroegen ons als een dronkeman bij Russisch roulette die tienmaal de trekker overhaalt en dan zegt: kijk eens, het is absoluut ongevaarlijk. In werkelijkheid was de nucleaire roulette buitengewoon gevaarlijk en arrogant. Het is een wonder dat we erdoorheen zijn gekomen. Nucleaire afschrikking is een kansspel waarbij je uiteindelijk verliest. De nucleaire betrekkingen tussen Amerika en de Sovjet-Unie werden gekenmerkt door veel crises. Lange tijd, soms jaren, gebeurde er weinig zorgwekkends. Maar plotseling lieten de computers het afweten of werden radargegevens verkeerd geïnterpreteerd en zaten we midden in een crisis en stonden we aan de afgrond van een nucleaire apocalyps. Veel crisissituaties zijn nooit bekend geworden, zoals toen een Navo-oefening door de Sovjets begrepen werd als de voorbereiding van een aanval".

Generaal Butler heeft herhaaldelijk aangegeven dat de dreiging van daadwerkelijk kernwapengebruik nog altijd daar is en dat dit nu juist de reden voor hem vormt om, met vele andere oud-generaals en oud-politici van oost en west, waaronder een aantal voormalige staatshoofden, voortdurend aktief te zijn tegen de gevaren van kernwapens. En tenslotte dient er in dit verband op te worden gewezen dat, zoals reeds meermalen door eisers in cassatie is betoogd, het natuurlijk niet zo kan zijn dat, afhankelijk van het rijzen en dalen van de internationale spanningsconjunctuur, eisers alternerend op het ene moment als ontvankelijk zouden dienen te worden aangemerkt en op het andere moment niet – dit zelfs eventueel lopende een juridische procedure –, hetgeen de noodzaak voor het Hof om nader te motiveren wat het nu eigenlijk verstaat onder „een situatie waarin reëel gevaar bestaat dat kernwapens zullen worden gebruikt" nog verder versterkt.

Nog steeds en voortdurend geldt hetgeen President Bedjaoui in zijn opinion bij de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof van 8 juli 1996 over de rechtmatigheid van en het dreigen met kernwapens stelde:

„2. Door het bestaan van kernwapens leeft de mensheid als het ware met uitstel van executie. Dit angstaanjagende massavernietigingsmiddel maakt sinds een halve eeuw deel uit van het menselijk bestaan. In alle berekeningen, in alle scenario's, in alle plannen spelen kernwapens een rol. Sinds Hiroshima, de ochtend van 6 augustus 1945, is angst langzamerhand de belangrijkste natuur van de mens geworden. Het verblijf van de mens op aarde is gaan lijken op wat in de Koran „een lange reis door de nacht" wordt genoemd, als een nachtmerrie waarvan de mensheid, tot op heden, niet het einde weet te ontwaren".

Daar komt voorts nog bij dat ook de Staat in zijn processtukken refereert aan de mogelijkheid dat kernwapens daadwerkelijk zullen (moeten) worden gebruikt.

Zoals in de conclusie van antwoord door de Stat wordt gesteld:

„De oorlogvoorkomende werking van kernwapens staat of valt met de mogelijkheid deze wapens ook daadwerkelijk te gebruiken." (blz. 3)

en:

„Een doeltreffende afschrikking moet geloofwaardig zijn. Zij dient de potentiële agressor er niet alleen van te overtuigen dat de NAVO over het vermogen beschikt om doeltreffend te reageren op een aanval, maar ook dat de NAVO vastbesloten is van dit vermogen gebruik te maken als zij wordt geconfronteerd met agressie." (blz. 4)

Een zienswijze overigens die de Nederlandse regering ook reeds naar voren heeft gebracht in de toelichting op de begroting van Defensie voor het jaar 1979 (Kamerstukken II 1978/79, 15 300, hoofdstuk X, nr. 2), waarnaar eisers herhaaldelijk hebben verwezen.

En tenslotte dient benadrukt te worden dat, wat er overigens ook met de hier aan de orde zijnde overweging bedoeld zij, met het gewijzigde onderdeel van de vordering onder VII al helemaal geen verband kan zijn.

Genoemde overweging in de betreffende rechtsoverweging is derhalve ondeugdelijk en kan, al dan niet mede gelet op het gestelde in andere onderdelen van het middel, dan wel in andere middelen, de beslissingen die het Hof in het bestreden arrest d.d. 20 mei 1999 heeft genomen niet dragen.

Deze beslissingen zijn derhalve onjuist en ondeugdelijk, alsmede ten onrechte genomen, althans in ieder geval niet naar de eisen der wet genoegzaam met redenen omkleed.

Onderdeel 3

Onbegrijpelijk is wat het Hof bedoelt met de overweging onder 4, luidende: „Niet is gebleken dat de dreiging die uitgaat van de mogelijkheid van het gebruik van kernwapens zich heeft verdicht". Dit alhoewel een dergelijke „verdichting" door het Hof klaarblijkelijk wordt gezien als een noodzakelijke voorwaarde voor de ontvankelijkheid van (althans een aantal van) de vorderingen van eisers.

Met de vorderingen van eisers, die zich keren tegen thans al plaatsvindende handelingen van de Staat, kan deze overweging – wat daarmee ook bedoeld zij – al helemaal geen verband houden. Genoemde overweging in de betreffende rechtsoverweging is derhalve ondeugdelijk en kan, al dan niet mede gelet op het gestelde in andere onderdelen van het middel, dan wel in andere middelen, de beslissingen die het Hof in het bestreden arrest d.d. 20 mei 1999 heeft genomen niet dragen.

Deze beslissingen zijn derhalve onjuist en ondeugdelijk, alsmede ten onrechte genomen, althans in ieder geval niet naar de eisen der wet genoegzaam met redenen omkleed.

Onderdeel 4

Onbegrijpelijk, althans niet of onvoldoende gemotiveerd, is ook 's Hofs overweging dat „niet is gebleken dat (...) dat gebruik ook daadwerkelijk wordt overwogen".

Eisers hebben juist de procedure aanhangig gemaakt omdat een eventueel gebruik van kernwapens in de modaliteiten als in hun op daadwerkelijke inzet van kernwapens betrekking hebbende vorderingen aangegeven, ook daadwerkelijk wordt overwogen.

Zij hebben dit ook herhaaldelijk breedvoerig onderbouwd, laatstelijk bij pleidooi in appèl nog met opnieuw een verwijzing naar het advies van de Raad van State van 27 november 198 met betrekking tot de volkenrechtelijke aspecten van de plaatsing van kruisraketten in Nederland, waarin door de Raad wordt gewezen op de medeaansprakelijkheid van de Staat voor een gebruik van kernwapens in bondgenootschappelijk verband, nu Nederland voortdurend betrokken is bij „de opstelling van geïntegreerde defensieplannen die mede het gebruik van kernwapensystemen in daarin voorziene gevallen insluiten" (blz. 6 pleitnotities in appèl). Zoals bij genoemd pleidooi opnieuw wordt benadrukt zijn dergelijke geïntegreerde defensieplannen waarin het gebruik van kernwapens wordt voorzien er nog steeds, althans blijven kernwapens deel uitmaken van het inzetbare militaire arsenaal en zullen in voorkomende gevallen ook daadwerkelijk worden gebruikt. Zodanige plannen worden door eisers beschouwd en in hun vorderingen aangeduid als militair-operationele plannen (blz. 7 pleitnotities in appèl).

Naar eveneens al bij dit pleidooi is benadrukt, doet het feit dat kernwapens in de thans vigerende beleidsstukken door de Staat worden aangemerkt als „truly weapons of last resort" daaraan niet af. Want wat hiermee ook bedoeld zij – kernwapens zijn altijd al gepresenteerd als „weapons of last resort", zodat hier weliswaar een wezenlijk nieuw element wordt gesuggereerd maar dat er niet is –, er is in elk geval nog steeds sprake van het „in maximale onzekerheid laten" van „potentiële agressors" „over de omstandigheden waaronder de NAVO het gebruik van deze wapens overweegt", zo blijkt uit de brief van de Minister van Buitenlandse Zaken aan de Tweede Kamer van 14 december 1998. In een commentaar op het verklaren van kernwapens tot „truly weapons of last resort" geeft Pax Christi overigens terecht aan dat een „early use" hiermee niet wordt uitgesloten en een „first use" al helemaal niet.

En voorts hebben eisers het feit dat een eventueel gebruik als in de vorderingen aangegeven, in de stukken ook onderbouwd met opnieuw een verwijzing naar het gegeven dat de Staat de mogelijkheid dat kernwapens op zodanige wijze daadwerkelijk zullen worden gebruikt, zelf ook bloedserieus neemt.

Zo bloedserieus dat de Staat, op straffe van sancties, van zijn militairen op voorhand de zekerheid wil dat zij opdrachten terzake van het gebruik van gebruik van kernwapens zonder meer nakomen (blz. 7 pleitnotities in appèl).

In dit verband is er bovendien al eerder herhaaldelijk op gewezen, zoals ook laatstelijk weer bij pleidooi in appèl (blz. 10), dat zolang de presidenten van de kernwapenstaten dag en nacht het beruchte koffertje met de kernwapensleutel bij zich dragen, dit de immanente dreiging van daadwerkelijke inzet van kernwapens treffend onderstreept. Dat het gebruik van kernwapens „niet daadwerkelijk zou worden overwogen", zoals het Hof dat formuleert – wat daarmee verder ook precies bedoeld wordt –, is tenslotte door geen enkele staat, ook niet door de Staat der Nederlanden, in de procedure voor het Internationaal Gerechtshof aangevoerd, zoals eisers al bij pleidooi in appèl hebben benadrukt (blz. 4 pleitnotities).

En bovenal geldt dat dit zelfs niet in de onderhavige procedure door de Staat in deze bewoordingen is betoogd.

Het Hof treedt daarmee in zijn oordeel buiten het kader van hetgeen door partijen wordt betoogt en schendt dusdoende het recht.

Eisers hebben bovendien – breedvoerig gemotiveerd, onderbouwd en met schriftelijke bronnen gestaafd –, gesteld en aangetoond, dit alles onweersproken en zelfs onbesproken door de Staat, dat een dergelijk daadwerkelijk gebruik van kernwapens ook zorgvuldig wordt voorbereid en geoefend, zoals eveneens laatstelijk nog is uiteengezet bij pleidooi in appèl (pleitnotities blz. 8-9). En tenslotte is door eisers – onweersproken en zelfs onbesproken door de Staat – veelvuldig ingegaan op de dimensie van kernwapens als vechtwapens. Zoals bijvoorbeeld bij conclusie na comparitie in de paragrafen VII.c t/m VII.g en ook nog in de memorie van antwoord in incidenteel appèl onder III.25 t/m III.36, welke dimensie van kernwapens immers geenszins een geheim vormt.

Het is dus een even onmiskenbaar als onloochenbaar feit dat het dan ook eventueel niet bij afschrikking alleen zal blijven.

Dit maakt het des te onbegrijpelijker wat het Hof nu eigenlijk verstaat onder het „niet gebleken" zijn dat „dat gebruik ook daadwerkelijk wordt overwogen".

Indien 's Hofs overweging tot uitdrukking wil brengen dat er pas sprake zou (kunnen) zijn van ontvankelijkheid van (althans een aantal van) de vorderingen van eisers, als de dreiging met kernwapens zodanig uit de hand is gelopen dat we aan de vooravond staan van een werkelijke inzet van kernwapens, dan is die opvatting rechtens onjuist.

Benadrukt dient tenslotte te worden dat nimmer, in welke rechterlijke uitspraak dan ook verband houdende met het gebruik van kernwapens, door enige rechter er ooit vanuit is gegaan dat de mogelijkheid van een dergelijk gebruik zodanig obsoleet moest worden geacht dat reeds daarom de ingestelde vorderingen zouden moeten worden afgewezen, zo blijkt uit de Nederlandse jurisprudentie m.b.t. kernwapens.

Evenals dat het geval is in de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof inzake de (on)rechtmatigheid van het dreigen met en het gebruik van kernwapens, wordt daarentegen in de jurisprudentie inzake kernwapens in een aantal gevallen juist ingegaan op het werkelijk gebruik van kernwapens en wordt in alle uitspraken de mogelijkheid daartoe als uitgangspunt genomen bij de betrokken vonnissen.

Het verst daarin gaan de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep in de zaak-Stelling, eerder bijgevoegd als prod. 7 bij de memorie van antwoord in incidenteel appèl.

Die uitspraken zijn geheel gebaseerd op de relevantie van de mogelijkheid van een daadwerkelijk kernwapengebruik.

Als de Centrale Raad van Beroep die mogelijkheid irrelevant had geoordeeld, zoals het Hof in het voorliggende bestreden arrest heeft gedaan, dan waren deze uitspraken niet tot stand gekomen, althans zeker niet zo.

De rechter is in deze uitspraken zelfs nog een aantal stappen verder gegaan. Want hierin wordt niet alleen uitgegaan van de relevantie van de mogelijkheid van daadwerkelijk kernwapengebruik, maar ook wordt daarin door de rechter onderschreven dat militairen door de Staat *al op voorhand* mogen worden verplicht, op straffe van sancties, aan een zodanig gebruik mee te werken. (pleitnotities in appèl, blz. 8)

En tenslotte geldt dat, wat er overigens ook bedoeld zij met de onderhavige overweging, deze met het gewijzigde deel van de vordering onder VII al helemaal verband kan houden.

Genoemde overweging in de betreffende rechtsoverweging is derhalve ondeugdelijk en kan, al dan niet mede gelet op het gestelde in andere onderdelen van het middel, dan wel in andere middelen, de beslissingen die het Hof in het bestreden arrest d.d. 20 mei 1999 heeft genomen niet dragen.

Deze beslissingen zijn derhalve onjuist en ondeugdelijk, alsmede ten onrechte genomen, althans in ieder geval niet naar de eisen der wet genoegzaam met redenen omkleed.

Middel III

Schending en/of verkeerde toepassing van het recht, doordat rov. 5 deels onbegrijpelijk is, deels getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel niet of althans onvoldoende is gemotiveerd.

Onderdeel 1

Onbegrijpelijk is het slot van rechtsoverweging 5, waarin wordt gesteld: „Met name uit de laatste zin blijkt, dat het Internationale Hof het gebruik van kernwapens niet onder alle omstandigheden onrechtmatig acht hetgeen dit hof onderschrijft en het hetgeen – ondanks de conclusie in de eerstgeciteerde zin – de noodzaak van de beoordeling van de vorderingen in een concrete situatie onderstreept".

Die onbegrijpelijkheid is met name gelegen in de volstrekte onduidelijkheid wat het Hof bedoelt met de zinsnede „beoordeling van de vorderingen in een concrete situatie", en dan met name met de bewoordingen „een concrete situatie". Eisers in cassatie hebben nu juist in hun op kernwapengebruik rechtstreeks betrekking hebbende vorderingen aangegeven welke situatie van kernwapengebruik zij daarbij op het oog hebben.

Zij keren zich, als voortdurend gesteld, alleen tegen kernwapengebruik als in de daarop betrekking hebbende vorderingen is aangegeven. Maar dat is kennelijk niet wat het Hof met „een concrete situatie" bedoelt.

Naar wat het Hof daarmee dan wél bedoelt, blijft het gissen. Wat betreft de vorderingen van eisers die niet rechtstreeks op kernwapengebruik betrekking hebben, geldt des te meer dat de hier door het Hof gestelde noodzaak van „beoordeling in een concrete situatie" – wat daarmee ook bedoeld zij –, onbegrijpelijk is.

Onbegrijpelijk is ook de zinsnede in rechtsoverweging 5, waarin het Hof als zijn oordeel geeft dat het het gebruik van kernwapens niet onder alle omstandigheden onrechtmatig acht, voor zover daarbij ten onrechte tenminste de suggestie wordt gewekt dat eisers in processuele daarvan afwijkend standpunt zouden hebben ingenomen.

Dat laatste is niet het geval. Eisers hebben geenszins betoogd – of willen betogen – dat het gebruik van kernwapens onder alle omstandigheden onrechtmatig zou zijn. Omtrent de rechtmatigheid van enig kernwapengebruik, anders dan in hun duidelijk omschreven en afgebakende, op realistische inzetscenario's betrekking hebbende vorderingen aangegeven, hebben zij zich van een oordeel onthouden.

Door eisers in hun processtukken behandelde voorbeelden van – theoretisch – kernwapengebruik, anders dan kernwapengebruik zoals in de vorderingen van eisers aan de orde wordt gesteld, komen nog ter sprake in het derde onderdeel van het vierde middel.

Genoemde overweging in de betreffende rechtsoverweging is derhalve ondeugdelijk en kan, al dan niet mede gelet op het gestelde in andere onderdelen van het middel, dan wel in andere middelen, de beslissingen die het Hof in het bestreden arrest d.d. 20 mei 1999 heeft genomen niet dragen.

Deze beslissingen zijn derhalve onjuist en ondeugdelijk, alsmede ten onrechte genomen, althans in ieder geval niet naar de eisen der wet genoegzaam met redenen omkleed.

Onderdeel 2

Onbegrijpelijk, dan wel rechtens onjuist is overigens dat het Hof zijn oordeel dat het gebruik van kernwapens niet onder alle omstandigheden onrechtmatig zou zijn te achten, meent te kunnen baseren op de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof van 8 juli 1996 over de rechtmatigheid van de bedreiging met en het gebruik van kernwapens, onder verwijzing naar het in rov. 5 weergegeven citaat van deze uitspraak. Dit aangezien hieruit allerminst blijkt – en ook niet kan worden afgeleid – dat het Internationaal Gerechtshof het gebruik van kernwapens niet onder alle omstandigheden onrechtmatig acht.

In navolging van hetgeen daarover reeds in de stukken wordt gesteld, met name in hoofdstuk V van de memorie van antwoord in incidenteel appèl en in par. V van de pleitnotities in appèl, wordt op de inhoud van deze uitspraak van het Internationaal Gerechtshof nader ingegaan in de onderdelen 2 en 3 van het vierde middel. Het Internationaal Gerechtshof gaat niet verder dan zich terzake van het gebruik van kernwapens „in een extreme situatie van zelfverdediging waarin het overleven als zodanig van een staat op het spel zou staan" van een oordeel omtrent de rechtmatigheid of onrechtmatigheid hiervan onthouden.

Dat is heel wat anders dan dat het Internationaal Gerechtshof hier steun zou geven aan 's Hofs opvatting dat het gebruik van kernwapens niet onder alle omstandigheden onrechtmatig zou zijn.

Zodat het Hof uit deze uitspraak van het Internationaal Gerechtshof dan ook ten onrechte steun meent te kunnen putten voor het oordeel, weergegeven aan het slot van rov. 5, dat het noodzakelijk zou zijn om „de vorderingen in een concrete situatie te beoordelen", wat daarmee ook bedoeld zij.

Nu de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof daaraan geen steun verleent, mist het oordeel dat het noodzakelijk zou zijn om „de vorderingen in een concrete situatie te beoordelen", wat daarvan ook de bedoeling is, bovendien iedere onderbouwing en motivering.

Daarenboven mist, nu de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof daaraan geen steun verleent, ook 's Hofs opvatting dat het gebruik van kernwapens niet onder alle omstandigheden onrechtmatig zou zijn, evenzeer iedere onderbouwing en motivering en gaat ook nog eens het door partijen aangegeven kader van de rechtsstrijd te buiten.

Met de vorderingen die zich keren tegen thans al plaatsvindende handelingen van de Staat, kan deze overweging dat het noodzakelijk zou zijn „de vorderingen in een concrete situatie te beoordelen", wat hiermee ook bedoeld zij, al helemaal geen verband houden.

Genoemde overweging in de betreffende rechtsoverweging is derhalve ondeugdelijk en kan, al dan niet mede gelet op het gestelde in andere onderdelen van het middel, dan wel in andere middelen, de beslissingen die het Hof in het bestreden arrest d.d. 20 mei 1999 heeft genomen niet dragen. Deze beslissingen zijn derhalve onjuist en ondeugdelijk, alsmede ten onrechte genomen, althans in ieder geval niet naar de eisen der wet genoegzaam met redenen omkleed.

Onderdeel 3

Van een schending van het recht, dan wel een

verkeerde toepassing hiervan getuigt ook het feit dat, zelfs indien als juist zou worden aangenomen dat het gebruik van kernwapens niet onder alle omstandigheden onrechtmatig zou zijn, voor welke opvatting het Hof dus geen enkele deugdelijke motivering geeft, dan nog het Hof er ten onrechte aan voorbij is gegaan dat *in beginsel* elke modaliteit van kernwapengebruik, als bedoeld in de op inzet van kernwapens betrekking hebbende vorderingen van eisers, welke zich in het kader van deze vorderingen immers zou afspelen in dichtbevolkt Europees gebied en zou neerkomen op gebruik van kernwapens met een fors nucleair vermogen, reeds aanstonds als onrechtmatig moet worden aangemerkt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt.

Dat geldt zeker ook voor een eventueel gebruik van strategische kernwapens, op welke massavernietigingswapens de vorderingen IV en V betrekking hebben.

Dit gelet op het feit dat, zoals het Internationaal Gerechtshof in diens uitspraak van 8 juli 1996 inzake de rechtmatigheid van de bedreiging met en het gebruik van kernwapens heeft bevestigd, het gebruik van kernwapens *in het algemeen* in strijd zou zijn met de regels van internationaal recht die van toepassing zijn gedurende gewapend conflict, en in het bijzonder met de beginselen van humanitair recht. Daarmee komt de bewijslast van de rechtmatigheid van iedere vorm van kernwapengebruik – en dit geldt dan a fortiori voor de modaliteiten van kernwapengebruik met een vermogen equivalent aan of groter dan in de dagvaarding als ondergrens aangegeven in dichtbevolkt Europees gebied – definitief te liggen bij degene die zich het recht op een (zodanig) kernwapengebruik wil voorbehouden.

Zodat dan aan het feit dat het gebruik van kernwapens niet onder alle omstandigheden onrechtmatig zou zijn te achten, ook als dat juist zou zijn hetgeen hier in het midden kan blijven, in casu weinig gewicht zou toekomen en dit dan in ieder geval, anders dan aan het slot van rov. 5 wordt overwogen, niet zou betekenen dat uit ontvankelijkheidsoogpunt rechtens nadere eisen, van welke aard dan ook, aan de beoordeling van de hier bedoelde vorderingen zouden moeten worden gesteld. Dit dus alleen al om reden van de, behoudens tegenbewijs, onmiddellijk aan te nemen onrechtmatigheid van het kernwapengebruik, als nader omschreven in de hierboven bedoelde vorderingen van eisers.

Genoemd oordeel in de betreffende rechtsoverweging is derhalve ondeugdelijk en kan, al dan niet mede gelet op het gestelde in andere onderdelen van het middel, dan wel in andere middelen, de beslissingen die het Hof in het bestreden arrest d.d. 20 mei 1999 heeft genomen niet dragen. Deze beslissingen zijn derhalve onjuist en ondeugdelijk, alsmede ten onrechte genomen, althans in ieder geval niet naar de eisen der wet genoegzaam met redenen omkleed.

Middel IV

Schending en/of verkeerde toepassing van het recht, doordat hetgeen in rov. 6 wordt overwogen, al dan niet in samenhang met eerdere rechtsoverwegingen, onbegrijpelijk dan wel rechtens onjuist is, of althans niet of onvoldoende is gemotiveerd.

Onderdeel 1

Nu onduidelijk is wat het Hof, in afwijking van wat eisers omtrent de voortdurende dreiging van het gebruik van kernwapens in processu hebben aangevoerd, in rov. 4 bedoelt met „een situatie waarin reëel gevaar bestaat dat kernwapens zullen worden gebruikt", die „niet gebleken" zou zijn, kan uit wat het Hof aanduidt als het „niet gebleken" zijn van een zodanige „situatie" ook niet worden afgeleid dat eisers „onvoldoende concreet belang" bij hun vorderingen I t/m VI zouden hebben, laat staan dat hieruit zou kunnen worden afgeleid, zoals het Hof in rov. 6 doet, dat eisers op die grond onvoldoende belang zouden hebben bij *al* hun vorderingen. Genoemde overwegingen in de betreffende rechtsoverwegingen zijn derhalve ondeugdelijk en kunnen, al dan niet mede gelet op het gestelde in andere onderdelen van het middel, dan wel in andere middelen, de beslissingen die het Hof in het bestreden arrest d.d. 20 mei 1999 heeft genomen niet dragen. Deze beslissingen zijn derhalve onjuist en ondeugdelijk, alsmede ten onrechte genomen, althans in ieder geval niet naar de eisen der wet genoegzaam met redenen omkleed.

Onderdeel 2

In het licht van het feit dat de vorderingen van eisers op nauwkeurig omschreven situaties en modaliteiten betrekking hebben, is het oordeel van het Hof, eveneens onder rov. 6, dat bovendien deze vorderingen „onvoldoende concreet zijn omschreven" onbegrijpelijk, althans niet of onvoldoende gemotiveerd.

In elk geval kan als – deugdelijke – motivering voor 's Hofs overweging daaromtrent niet gelden enige verwijzing, onder rov. 6, naar het in rov. 5 weergegeven feit dat het Internationaal Gerechtshof, gezien de huidige stand van het internationale recht en het feitenmateriaal dat dit Hof ter beschikking stond, geen definitieve conclusies meende te kunnen trekken met betrekking tot de vraag of de bedreiging met of het gebruik van kernwapens rechtmatig of onrechtmatig zou zijn in een extreme situatie van zelfverdediging waarin het overleven van een staat op het spel zou staan.

De vorderingen van eisers zijn immers totaal verschillend van de vraag waarop het Internationaal Gerechtshof diende te responderen.

Datzelfde geldt ook voor de juridische en feitelijke context.

Ook overigens is het rechtens onjuist om aan het „non liquet" van het Internationaal Gerechtshof op dit punt termen te willen ontlenen voor enig oordeel dat de vorderingen van eisers „onvoldoende concreet omschreven" zouden zijn – wat hiermee ook bedoeld zij.

Dat het hier allerminst om een concludent oordeel gaat, geldt des temeer nu het Hof voor zijn oordeel op dit punt klaarblijkelijk trouwens ook nog steun zoekt bij een andere interpretatie van deze uitspraak van het Internationaal Gerechtshof van 8 juli 1996 dan die hierboven wordt weergegeven, en wel bij een volstrekt onjuiste interpretatie van deze uitspraak, als zou dit Hof daarbij hebben uitgemaakt dat het gebruik van kernwapens niet onder alle omstandigheden onrechtmatig kan worden geacht, aan welke – onjuiste – interpretatie in dit verband bovendien kennelijk ook nog zwaarwegende betekenis wordt gehecht.

De nauwkeurigheid en doelgerichtheid van de vorderingen van eisers zijn hiervoor al voldoende benadrukt.

Overigens is in dit verband belangwekkend hetgeen het Internationaal Gerechtshof in zijn uitspraak van 8 juli 1996 in par. 15 overweegt:

„Het Hof is niet de mening toegedaan dat het, bij het geven van een Advies in de voorliggende zaak, noodzakelijkerwijs „scenario's" moet schrijven, verschillende typen kernwapens moet bestuderen en zeer complexe en controversiële technologische, strategische en wetenschappelijke informatie moet beoordelen. Het Hof zal eenvoudig de kwesties die zich voordoen in hun aspecten bekijken door de rechtsregels toe te passen die voor de situatie van belang zijn."

Vervolgens concludeert het Hof dan in par. 105, onderdeel 2, onder E, dat de inzet van kernwapens in het algemeen onrechtmatig is, maar dat het geen definitieve conclusie kan trekken met betrekking tot de vraag of bedreiging met of het gebruik van kernwapens rechtmatig of onrechtmatig zou zijn in een extreme situatie van zelfverdediging waarin het overleven als zodanig van een staat op het spel zou staan.

Voordat het Internationaal Gerechtshof tot deze conclusie kwam, stelde het in het tweede onderdeel van zijn dispositief, onder D, reeds de onvoorwaardelijke gevolgtrekking dat een bedreiging met of gebruik van kernwapens zowel verenigbaar moet zijn met de vereisten van het internationaal recht dat van toepassing is gedurende gewapend conflict, in het bijzonder de vereisten van de beginselen en regels van internationaal humanitair recht, alsook met specifieke verplichtingen op grond van verdragen en andere toezeggingen die uitdrukkelijk handelen over kernwapens.

Dit houdt in dat dat ook in de in conclusie E door het Internationaal Gerechtshof bedoelde extreme situatie, waarin het overleven van de staat als zodanig op het spel zou staan, onverminderd moet zijn voldaan aan de voorwaarde dat de inzet van kernwapens niet strijdig mag zijn met het in conclusie D bedoelde internationale publiekrecht.

De in conclusie E door het Internationaal Gerechtshof bedoelde extreme situatie kan dan alleen van belang zijn met het oog op een beoordeling van de vraag of inzet van kernwapens in overeenstemming zou zijn met de bepalingen van het humanitair recht waarin ruimte wordt gelaten voor de oorlogsnoodzaak.

Twee van de meest belangrijke beginselen van humanitair oorlogsrecht, waar eisers zich in de onderhavige procedure op beroepen, laten echter geen ruimte voor een beoordeling waarbij de oorlogsnoodzaak een rol zou kunnen spelen. Terwijl bij een derde beginsel waarop eisers een beroep doen, schending hiervan in het licht van de specifieke vorderingen van eisers, oorlogsnoodzaak of niet, te allen tijde onontkoombaar en onvermijdelijk zal zijn bij inzet van kernwapens als in de daarop betrekking hebbende vorderingen wordt bedoeld.

Zodat, voor zover de oorlogsnoodzaak bij de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof wél een rol vermocht te spelen, doorklinkend in het het voorbehoud in deze uitspraak onder E, en voor zover dit dan weer mede een aanzet vormde voor 's Hofsoverweging dat de hier bedoelde vorderingen onvoldoende concreet zouden zijn omschreven, ook die benadering dan elke grondslag mist.

Ter toelichting in dit verband dient het volgende. Overeenkomstig de onderverdeling die prof. Georg Schwarzenberger maakt in deel 2 van zijn standaardwerk „International Law as applied by International Courts en Tribunals" (Stevens & Sons Limited, Londen 1968, blz. 10 t/m 13), zijn er vier typen van humanitair rechtelijke bepalingen te onderscheiden.

Dit naar gelang zij uiting geven aan de afweging tussen enerzijds de vereisten van humaniteit (door Schwarzenberger aangeduid met „standard of civilisation") en anderzijds oorlogsnoodzaak („necessities of war").

In het eerste type bepalingen is er in feite geen tegenstelling tussen humaniteit en oorlogsnoodzaak, omdat de humanitair rechtelijke bepalingen betrekking hebben op handelingen die helemaal niet van belang zijn voor de realisatie van het oorlogsdoel, zoals het verbod van willekeurige vernieling van vijandelijke eigendommen.

In het tweede type bepalingen wordt de absolute voorrang gegeven aan de humaniteit, zoals in het verbod van het gebruik van gif of vergiftigde middelen. Daarvan kan niet op grond van de oorlogsnoodzaak worden afgeweken, dus ook niet op grond van de in de vorenbedoelde conclusie onder E door het Internationaal Gerechtshof bedoelde extreme situatie.

In het derde type bepalingen is er sprake van een compromis tussen enerzijds de vereisten van humaniteit en anderzijds de oorlogsnoodzaak, zoals het verbod van bepaalde projectielen in de Verklaring van St. Petersburg van 1868 of de verboden ingevolge het Verdrag inzake het verbod of beperking van bepaalde conventionele wapens van 1981. Ook van dergelijke verboden mag niet op grond van de oorlogsnoodzaak worden afgeweken, omdat het belang van de oorlogsnoodzaak al tot uiting is gebracht

in de formule
De vierde
in feite slecht
aan het gebr
muleringen
mogelijk", z
Landoorlogr
Uitsluiten
bepalingen v
situatie van b
zodanig van
Eisers ber
het beginsel
niet tot doelw
maakt, alsoo
partijen ond
combattanter
Deze begi
voor de oorlo
Het – eiser
vaarding al b
landse regeri
bevolking al
stukken II 19
hoort tot het
bepalingen.
De oorlog
omdat – ove
St. Petersbur
ring uitsluite
zwakking va
Het begin
gemaakt tuss
tanten impli
scheidend ge
tweede type
Absolute
de vereisten
onder omsta
oorlogsdoel
maan middel
reden absolu
Nu de v
ruimte laten
noodzaak, er
ook niet voor
wegingsproc
oorlogsnoodz
dat het voort
zou worden
waarom het
E van de uits
rechtshof van
overigens do
onjuiste conc
zou zijn af te
rechtshof het
der alle omst
ten –, mede o
tionaal Gerec
geven citaat
heeft kunnen
of onrechtma
wapens in eer
leven als zod

in de formulering van de bepalingen zelf.

De vierde categorie bepalingen tenslotte legt in feite slechts in relatieve mate beperkingen op aan het gebruik van geweld, omdat daarin formuleringen voorkomen in de trant van „zoveel mogelijk", zoals bijv. in artikel 27 van het Landoorlogreglement.

Uitsluitend met het oog op de toepassing van bepalingen van het derde en vierde type, kan de situatie van belang zijn dat het voortbestaan als zodanig van een staat op het spel zou staan.

Eisers beroepen zich echter onder meer op het beginsel dat de burgerbevolking als zodanig niet tot doelwit van een aanval mag worden gemaakt, alsook op het beginsel dat strijdende partijen onderscheid dienen te maken tussen combattanten en non-combattanten.

Deze beginselen bieden geen enkele ruimte voor de oorlogsnoodzaak.

Het – eisers hebben dit in hun inleidende dagvaarding al benadrukt – ook volgens de Nederlandse regering absolute verbod om de burgerbevolking als zodanig aan te vallen (Kamerstukken II 1985/86, 19 290, nr. 12, blz. 14), behoort tot het hierboven bedoelde eerste type bepalingen.

De oorlogsnoodzaak speelt daarbij geen rol, omdat – overeenkomstig de Verklaring van St. Petersburg van 1868 – het in de oorlogsvoering uitsluitend gaat – en mag gaan – om de verzwakking van de vijandelijke strijdkrachten.

Het beginsel dat onderscheid moet worden gemaakt tussen combattanten en non-combattanten impliceert het verbod van niet onderscheidend geweld en behoort als zodanig tot het tweede type bepalingen.

Absolute voorrang wordt hier gegeven aan de vereisten van humaniteit. Blind geweld kan onder omstandigheden de realisatie van het oorlogsdoel dienen, maar is een zodanig inhumaan middel, dat het gebruik daarvan om die reden absoluut verboden is.

Nu de vorengenoemde beginselen geen ruimte laten voor enige invloed van de oorlogsnoodzaak, en derhalve in voorkomend geval ook niet voor de noodzaak om, middels een afwegingsproces tussen deze beginselen en de oorlogsnoodzaak te (trachten te) voorkomen dat het voortbestaan van de staat onmogelijk zou worden gemaakt, is het onbegrijpelijk waarom het Hof, in rov. 5 het dispositief onder E van de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof van 8 juli 1996 citerend – waaruit dan overigens door het Hof vervolgens de volstrekt onjuiste conclusie wordt getrokken dat daaruit zou zijn af te leiden dat het Internationaal Gerechtshof het gebruik van kernwapens niet onder alle omstandigheden onrechtmatig zou achten –, mede ook aan het gegeven dat het International Gerechtshof in het in het arrest weergegeven citaat van die uitspraak geen oordeel heeft kunnen geven omtrent de rechtmatigheid of onrechtmatigheid van het gebruik van kernwapens in een extreme situatie waarin het overleven als zodanig van een staat op het spel zou staan, enig argument meent kunnen ontlenen voor een oordeel als zouden de vorderingen van eisers „onvoldoende concreet omschreven" zouden zijn, wat daarmee ook precies bedoeld zij. Hetgeen overigens direct al helemaal geen betrekking kan hebben op die vorderingen die zich niet uitsluitend rechtstreeks tegen het gebruik van kernwapens keren.

Althans heeft het Hof in dit verband een onjuiste toepassing gegeven aan het recht door zich bij dit oordeel te baseren op de rechtens onjuiste impliciete veronderstelling dat voor de toepassing van de onderhavige beginselen de oorlogsnoodzaak medebepalend zou zijn, dan wel heeft het Hof dit bovenbedoelde oordeel niet of onvoldoende gemotiveerd.

Eisers beroepen zich voorts op het beginsel dat militaire doelen niet mogen worden aangevallen, indien daarbij onevenredige schade aan de burgerbevolking zou worden toegebracht (proportionaliteitsbeginsel).

Deze onevenredigheid dient te worden beoordeeld met inachtneming van het belang van de uitschakeling van het aan te vallen militaire doel in het licht van de doelstelling van de oorlogvoering.

In die zin is ten aanzien van de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel de oorlogsnoodzaak medebepalend, zodat in voorkomend geval ook van belang is dat het voortbestaan van de staat in het geding zou zijn.

Eisers hebben echter genoegzaam aangetoond – het grootste deel van hun processtukken wordt daaraan besteed – dat inzet van kernwapens als in hun daarop betrekking hebbende vorderingen nader omschreven en afgebakend, dat wil zeggen:

1. uitsluitend inzet van kernwapens met een fors nucleair vermogen, en

2. inzet uitsluitend in dichtbevolkt Europees gebied,

te allen tijde onontkoombaar en noodzakelijkerwijs zal leiden tot zodanige slachtingen onder de burgerbevolking dat daarbij altijd onvermijdelijk sprake zal zijn van disproportionele schade aan de burgerbevolking.

In de processtukken van eisers, te beginnen bij de inleidende dagvaarding, worden de alsdan optredende slachtingen onder de burgerbevolking, veelal gebaseerd op degelijk wetenschappelijk onderzoek, konsekwent in beeld gebracht.

In het bestreden arrest wordt hier onder 4 naar verwezen, waar door het Hof wordt vastgesteld:

„VJV c.s. zijn uitvoerig ingegaan op de extreme schadelijkheid van het gebruik van kernwapens en hebben betoogd dat in verband daarmee bij voorbaat vaststaat dat in de door hen beschreven situaties sprake is van strijd met de beginselen van humanitair oorlogsrecht (...)"

Eisers hebben hiervan zo nodig ook nog nader bewijs aangeboden. Dit alles zonder dat de Staat dit heeft weersproken of zich ook maar

heeft verwaardigd dit zelfs maar te bespreken.

Dat de gevolgen die aan dit onweersproken laten behoren te worden verbonden, ook hier dezelfde konsekwenties behoren te zijn die normaliter door het procesrecht daaraan worden verbonden, is uitgebreid besproken in hoofdstuk II van de memorie van antwoord in incidenteel appèl, waarna hoofdstuk III dan vervolgens behandelt waarom een dergelijk niet responderen door de staat zich ook niet laat rechtvaardigen met een beroep op geheimhouding.

Zodat ook ten aanzien van dit beginsel dat militaire doelen niet mogen worden aangevallen indien daardoor onevenredige schade aan de burgerbevolking zou worden toegebracht, in het kader van de vorderingen van eisers – anders dan bij de vraag waarvoor het Internationaal Gerechtshof zich gesteld zag –, in de oorlogsnoodzaak als op zich in dit kader belangrijke factor bij beoordeling van de onevenredigheid, in dit geval evenmin een grond gelegen kan zijn voor enig oordeel dat de belangen van eisers onvoldoende concreet omschreven zouden zijn. Genoemde overwegingen in de betreffende rechtsoverwegingen zijn derhalve ondeugdelijk en kunnen, al dan niet mede gelet op het gestelde in andere onderdelen van het middel, dan wel in andere middelen, de beslissingen die het Hof in het bestreden arrest d.d. 20 mei 1999 heeft genomen niet dragen. Deze beslissingen zijn derhalve onjuist en ondeugdelijk, alsmede ten onrechte genomen, althans in ieder geval niet naar de eisen der wet genoegzaam met redenen omkleed.

Onderdeel 3

Ook indien de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof juist wordt geïnterpreteerd, zijn daarin geen termen aanwezig om aan te nemen dat, zoals in rechtsoverweging 6 van het bestreden arrest wordt overwogen, eisers onvoldoende belang zouden hebben bij hun vorderingen en dat deze vorderingen „onvoldoende concreet zijn omschreven", wat met dat laatste ook wordt bedoeld.

Ter verduidelijking dient in dit verband het volgende, waarbij tevens opnieuw verwezen wordt naar hetgeen terzake al in hoofdstuk V van de memorie van antwoord in incidenteel appèl en hoofdstuk V van de pleitnotities in appèl werd opgemerkt.

Dat het Internationaal Gerechtshof, zoals ook blijkt uit het citaat van diens uitspraak weergegeven onder 5 van het bestreden arrest, meent geen definitieve conclusie te kunnen trekken omtrent de vraag of de bedreiging met en het gebruik van kernwapens rechtmatig of onrechtmatig zou zijn in een extreme situatie van zelfverdediging waarin het overleven als zodanig van een staat op het spel zou staan – dit met verwijzing naar de huidige stand van het internationale recht en naar het feitenmateriaal dat het Internationaal Gerechtshof ter beschikking stond –, betekent overigens immers niet dat een dergelijk „non liquet" ook de uitkomst zou behoren te zijn van een beoordeling door de nationale rechter van de vorderingen van eisers.

Zowel de invalshoek als de inhoud van de vorderingen die hier ter beoordeling voorliggen zijn totaal verschillend van datgene waarover het Internationaal Gerechtshof moest oordelen.

Dat het Internationaal Gerechtshof hier op een bepaald punt tot een „non liquet" kwam, was hoofdzakelijk te wijten aan de vraagstelling waarvoor het Internationaal Gerechtshof zich gesteld zag en de zwaarte van de bewijslast die deze vraagstelling met zich meebracht.

Die vraagstelling luidde: „Is de bedreiging met of het gebruik van kernwapens in enigerlei omstandigheid toegelaten volgens internationaal recht?" Het Internationaal Gerechtshof moest mitsdien responderen op de vraag of het gebruik van kernwapens *in alle omstandigheden* als onrechtmatig dient te worden aangemerkt en kon tot een in alle opzichten bevestigend antwoord niet overgaan.

Niet omdat het Hof enige aarzeling vertoonde omtrent de onrechtmatigheid van daadwerkelijk kernwapengebruik in dichtbevolkt gebied, maar omdat het Hof in het kader van de procedure, zowel in de schriftelijke als de mondelinge fase, door de kernwapenstaten scenario's voorgelegd kreeg van een beperkt daadwerkelijk gebruik van kleine kernwapens in afgelegen gebieden, dan wel op de hoge zee, en dit dan in een situatie van overigens gerechtvaardigde zelfverdediging.

Aangezien het Internationaal Gerechtshof, op basis van het feitenmateriaal dat het tot zijn beschikking had, niet met stelligheid durfde te oordelen dat de effecten van een zodanig beperkt gebruik van kleine kernwapens in afgelegen gebieden onvermijdelijk zodanig schadelijk zouden zijn dat hierdoor de beginselen van humanitair oorlogsrecht onmiskenbaar zouden worden geschonden – zie 's Hofs verwijzing naar het ter beschikking staande feitenmateriaal in het dispositief van de uitspraak onder E –, en gelet op het feit dat niet alleen de beginselen van humanitair oorlogsrecht tot de fundamentele rechtsnormen behoren van het internationale recht inzake gewapende conflicten, maar dat dit ook geldt voor het recht op zelfverdediging van een staat, zodat hier sprake is van een collisie van fundamentele rechtsnormen – zie 's Hofs verwijzing, eveneens onder E, naar naar de huidige stand van het internationale recht –, kon het Hof niet tot het oordeel komen dat *elk* kernwapengebruik, waaronder dus ook een – op zich theoretisch – beperkt gebruik van kleine kernwapens in afgelegen gebieden, altijd onrechtmatig zou zijn en onthield het Internationaal Gerechtshof zich op dit punt van een oordeel. Waarbij het Internationaal Gerechtshof overigens wél aantekende dat:

1. Het geen overtuigende argumenten had vernomen van de kernwapenstaten dat een dergelijk gebruik van kernwapens, d.w.z. kleinschalig gebruik van kleine kernwapens in afgelegen gebieden, niet zou leiden tot schending van het humanitair oorlogsrecht.

Het Interna
daartoe onder
„Het Hof z
de staten d
bruik van
digheden
„schone" g
sche kern
aangenome
bruik haalb
digheden z
vaardigen;
de neiging
schalig get
doende is
voldoende
geldigheid
2. Het verb
len van humi
onbeperkt va
van gerechtvi
En zelfs als
van een staat
Op dit punt
rechtshof onc
„Zoals het
ker dat de
dat van to
conflict –
overwegin
hebben da
derworpen
ten. Zo zij
logvoering
scheid tus
sluiten of
lijden voo
de unieke
waarmaar
lijkt het ge
welijks vi
van deze
mening d
om met ze
het gebrui
standighei
baar zou z
het recht d
conflicten
Alleen he
rechtshof op
had bekome
van kleine k
definitief on
selen van hu
– voor deze
mers omdat
van kernwa
digheid als
merken –, b
hof ertoe om
onthouden.
Een derge
aan de orde
vorderingen

Het Internationaal Gerechtshof overwoog daartoe onder 94:

„Het Hof zou willen opmerken dat geen van de staten die de rechtmatigheid van het gebruik van kernwapens in bepaalde omstandigheden bepleiten, met inbegrip van het „schone" gebruik van kleinere, lichte, tactische kernwapens, heeft aangegeven wat, aangenomen dat een dergelijk beperkt gebruik haalbaar zou zijn, de precieze omstandigheden zouden zijn die zulk gebruik rechtvaardigen; noch of zulk beperkt gebruik niet de neiging zou hebben te escaleren in grootschalig gebruik van zware kernwapens. Zodoende is het Hof van mening dat het geen voldoende basis heeft om te beslissen over de geldigheid van deze opvatting".

2. Het verbod van schending van de beginselen van humanitair oorlogsrecht te allen tijde onbeperkt van toepassing is, ook in situaties van gerechtvaardigde zelfverdediging.

En zelfs als daarbij het overleven als zodanig van een staat of het spel staat.

Op dit punt overwoog het Internationaal Gerechtshof onder 95:

„Zoals het Hof reeds heeft aangegeven, is zeker dat de beginselen en regels van het recht dat van toepassing is gedurende gewapend conflict – met als kern de doorslaggevende overweging van menselijkheid – tot gevolg hebben dat gewapende vijandelijkheden onderworpen zijn aan een aantal strikte vereisten. Zo zijn methoden en middelen van oorlogvoering verboden die enigerlei onderscheid tussen civiele en militaire doelen uitsluiten of die zouden resulteren in onnodig lijden voor de combattanten. Met het oog op de unieke eigenschappen van kernwapens, waarnaar het Hof hierboven heeft verwezen, lijkt het gebruik van dergelijke wapens nauwelijks verenigbaar met de inachtneming van deze vereisten. Niettemin is het Hof van mening dat deze factoren onvoldoende zijn om met zekerheid te kunnen concluderen dat het gebruik van kernwapens in iedere omstandigheid noodzakelijkerwijs onverenigbaar zou zijn met de beginselen en regels van het recht dat van toepassing is in gewapende conflicten".

Alleen het feit dat het Internationaal Gerechtshof op dit punt geen *absolute* zekerheid had bekomen dat een dergelijk beperkt gebruik van kleine kernwapens in afgelegen gebieden definitief onmogelijk zou zijn zonder de beginselen van humanitair oorlogsrecht te schenden – voor deze zware bewijslast stond het Hof immers omdat het moest uitmaken of het gebruik van kernwapens wellicht in enigerlei omstandigheid als niet onrechtmatig zou zijn aan te merken –, bracht het Internationaal Gerechtshof ertoe om zich op dit punt van een oordeel te onthouden.

Een dergelijke zware bewijslast is echter niet aan de orde met betrekking tot de onderhavige vorderingen, voor zover zij op daadwerkelijke inzet van kernwapens betrekking hebben.

Daarbij geldt immers, zoals al opnieuw benadrukt in het eerste onderdeel van het eerste middel, dat deze vorderingen uitsluitend het gebruik van kernwapens in dichtbevolkt Europees gebied met een fors nucleair vermogen op het oog hebben.

De vordering onder VII, zoals laatstelijk gewijzigd bij memorie van antwoord in incidenteel appèl, staat daar nog verder los van.

Wat de inzet van dergelijke kernwapens in het Europese nucleaire theater onvermijdelijk voor verwoestende gevolgen zou hebben voor de burgerbevolking, is – onweersproken en onbesproken door de Staat –, in de processtukken van eisers breedvoerig uiteengezet.

Zodat in het feitenmateriaal dat hieromtrent de nationale rechter ter beschikking staat, anders dan bij het feitenmateriaal dat het Internationaal Gerechtshof tot zijn beschikking had aangaande de gevolgen van een beperkt gebruik van kleine kernwapens in afgelegen gebieden, geen reden gelegen kan zijn om zich van een oordeel omtrent de rechtmatigheid van de in de vorderingen I t/m VI aan de orde gestelde kernwapengebruik te onthouden. Laat staan dat daarin enige aanleiding zou zijn om zich van een oordeel over het gewijzigde onderdeel van het onder VII gevorderde te onthouden. Dat er voor de nationale rechter geen reden is om zich daaromtrent van een oordeel te onthouden, geldt evenzeer ten aanzien van de huidige stand van het recht.

Dit aangezien het Internationaal Gerechtshof in de hierboven geciteerde overweging 95 nog eens duidelijk heeft benadrukt dat, hoezeer het recht op zelfverdediging ook te allen tijde geldend gemaakt dient te kunnen worden, dit in elk geval daar zijn begrenzing vindt, waar het onvermijdelijk ten koste zou gaan van de nakoming van de beginselen van humanitair oorlogsrecht.

Bij inzet van kernwapens met een fors nucleair vermogen in dichtbevolkt Europees gebied, zoals bedoeld in de daarop betrekking hebbende vorderingen van eisers zal, naar door eisers afdoende is aangetoond, ook in een situatie van uitoefening van het recht van overigens gerechtvaardigde zelfverdediging, onontkoombaar sprake zijn van een schending van deze beginselen van humanitair oorlogsrecht.

Derhalve ligt in de deze uitspraak van het Internationaal Gerechtshof, ook als deze juist wordt geïnterpreteerd, allerminst een grond om tot enig oordeel te komen dat eisers onvoldoende belang zouden hebben bij hun op inzet van kernwapens betrekking hebbende vorderingen, dan wel dat deze vorderingen „onvoldoende concreet zijn omschreven", zoals in rechtsoverweging 6 van het bestreden arrest wordt aangevoerd – wat daarmee ook precies door het Hof bedoeld zij. Laat staan dat van een dergelijke grond sprake zou kunnen zijn met betrekking tot het gewijzigde onderdeel van de vordering onder VII.

Integendeel, de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof van 8 juli 1996 onderstreept juist het belang dat eisers bij hun vorderingen hebben en bevestigt dat hun duidelijk afgebakende en op nauwkeurig omschreven situaties betrekking hebbende vorderingen voor toewijzing gereed liggen.

Genoemde oordelen in de betreffende rechtsoverwegingen zijn derhalve ondeugdelijk en kunnen, al dan niet mede gelet op het gestelde in andere onderdelen van het middel, dan wel in andere middelen, de beslissingen die het Hof in het bestreden arrest d.d. 20 mei 1999 heeft genomen niet dragen.

Deze beslissingen zijn derhalve onjuist en ondeugdelijk, alsmede ten onrechte genomen, althans in ieder geval niet naar de eisen der wet genoegzaam met redenen omkleed.

Onderdeel 4

Ook afgezien van hetgeen, bij verwijzing in rov. 6, onder 4 en 5 van het bestreden arrest daaromtrent wordt overwogen, is er geen sprake van dat eisers onvoldoende concreet belang bij hun vorderingen zouden hebben.

Het daaromtrent in rov. 6 gestelde is, ook geheel afgezien van het op dit punt onder 4 en 5 overwogene, rechtens onjuist dan wel onbegrijpelijk of althans onvoldoende gemotiveerd.

Eisers hebben een breed scala van processuele belangen gesteld en onderbouwd, uiteenlopend van belangen die alle eisers gemeenzaam hebben tot belangen geldend voor specifieke categorieën van eisers en zelfs belangen uitsluitend geldend voor één bepaalde individuele eiser, met name eiser sub 3761 Stelling en eiser sub 3620 Smeeman.

Een en ander zoals al besproken bij inleidende dagvaarding onder IX, in de pleitnotities in eerste aanleg in hoofdstuk II, in de conclusie na comparitie in hoofdstuk XI en bij memorie van antwoord in incidenteel appèl in hoofdstuk IV.

Daarbij zijn aan de orde zowel dreigende schendingen van subjectieve rechten en andere door art. 6:162 BW beschermde belangen, als reeds plaatsvindende of zelfs al plaats gevonden hebbende schendingen van zodanige rechten en belangen. Zoals bijvoorbeeld de aantasting van materiële en immateriële belangen die eiser 3761 Stelling als kapitein bij de Koninkijke Luchtmacht reeds van de Staat heeft moeten ondervinden, doordat van hem, in strijd met het onder VII gevorderde, impliciet werd verwacht opdrachten terzake van daadwerkelijk gebruik van kernwapens na te komen, waarna bij zijn volharding in zijn opstelling om zulks te niet te doen zijn militaire carrière door de Staat werd gebroken.

Hetgeen ook andere eisers, waaraan de Staat nu al en op voorhand de eis stelt van gehoorzaamheid terzake van bevelen met betrekking tot eventueel daadwerkelijk gebruik van kernwapens als in vordering VII bedoeld, voortdurend als een zwaard van Damocles boven het hoofd hangt.

Zoals reeds eerder in de stukken van eisers uiteengezet, is er ook op andere punten niet alleen sprake van *dreigende* onrechtmatigheid jegens eisers, maar wordt reeds nu door de Staat voortdurend onrechtmatig gehandeld.

Zo maakt de Staat zich thans al doorlopend – hier en nu – schuldig aan handelingen in strijd met het onder IV en V gevorderde verbod.

Het gaat hier om medeplichtigheid aan voorbereidingshandelingen tot een eventuele inzet van strategische kernwapens.

Dat de inzet van dergelijke strategische kernwapens – eisers hebben het al uitvoerig belicht in hun stukken –, uitgerust met een onvoorstelbaar vernietigingspotentieel, (tegen steden), als zijnde pertinent en onbetwistbaar in strijd met de beginselen van humanitair oorlogsrecht, een onvergelijkbaar oorlogsmisdrijf zou vormen, zodat medeplichtigheid aan voorbereidingshandelingen tot een eventuele inzet van strategische kernwapens in strijd is met de beginselen van Neurenberg, zoals verwoord in artikel 6 van het Handvest van Neurenberg, dient hier opnieuw te worden benadrukt.

Niettemin is de mogelijkheid van inzet van strategische kernwapens, *zelfs eventueel tegen stedelijke doelen*, door de Staat tot hoeksteen en sluitstuk van het defensiebeleid verklaard, zoals al in par. II.g en II.f van de inleidende dagvaarding en vervolgens nog in hoofdstuk V van de conclusie na comparitie en par. III.12 t/m III.19 van de memorie van antwoord in incidenteel appèl uitvoerig wordt besproken.

Door de Staat is zowel op de vorderingen onder IV en V als op hetgeen daaromtrent door eisers verder in de stukken is gesteld met geen woord ingegaan.

Artikel 6 van het Handvest van Neurenberg kwalificeert „een oorlog in strijd met internationale verdragen, overeenkomsten of verzekeringen" als een misdrijf tegen de vrede, maar betrekt daar evenzeer bij „het maken van plannen voor, het voorbereiden van, het nemen van initiatieven tot, alsmede deelneming aan een gemeenschappelijk plan voor het verrichten van" een dergelijke handeling.

Voluit luidt artikel 6 van het Handvest van Neurenberg, 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 gezamenlijk plan of samenzwering voor het verrichten van bovengenoemde handelingen",

worden gekwalificeerd als misdrijven tegen de vrede.

Artikel 6 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 bovengenoemde misdrijven te begaan, zijn aansprakelijk voor alle daden,

die door
zijn verr
De Staat
de misdad
inzet van
zijn onder
subjecten.
ren en die
conflict g
den. Eisers
bescherme
medeplich
grondwetti
wet zijnde
Temeer
ze van rec
percussies
door de St
zadeld me
unieke risi
De Staa
derszins n
rechte te b
name van
Het bet
van hun st
de eiseress
eniging va
ting Miljo
ven op blz
incidentee
Dit uits
trum van h
gebracht,
daan midd
sers geopp
Staat harc
als „de dc
neerkome
bij inzet v
litair betrc
zet van ke
menvattin
men onder
Maar zc
gen zich
geen de S
ontoereikc
teert, dan
er alsdan s
crete belar
Genoer
rechtsover
lijk en kur
stelde in a
wel in and
Hof in he
heeft gene
zijn derha
ten onreci
niet naar
denen om

Middel V
Schend

die door personen ter uitvoering van dit plan zijn verricht".

De Staat committeert niet alleen zichzelf aan de misdadige voorbereidingshandelingen tot inzet van strategische kernwapens, maar ook zijn onderdanen, waaronder eisers als rechtssubjecten, en met name (ook) de eisers-militairen en die eisers die ten tijde van een gewapend conflict gemobiliseerd zullen (kunnen) worden. Eisers hebben er een door art. 6:162 BW te beschermen belang bij om van iedere vorm van medeplichtigheid aan deze misdadige en ongrondwettige – want in strijd met art. 90 Grondwet zijnde – handelingen verschoond te blijven.

Temeer daar deze misdadige politiek, bij wijze van reciprociteit, voor hen ook ernstige repercussies kan hebben, waardoor zij bovendien door de Staat onrechtmatigerwijs worden opgezadeld met de meest afschuwelijke en tevens unieke risico's.

De Staat maakt zich – hier en nu – ook anderszins nog schuldig aan schending van in rechte te beschermen belangen van eisers, met name van de eisers-rechtspersonen.

Het betreft hier een voortdurende schending van hun statutaire belangen, met name ook van de eiseressen sub 1 en 2, respektievelijk de Vereniging van Juristen voor de Vrede en de Stichting Miljoenen Zijn Tegen, zoals ook aangegeven op blz. 77 van de memorie van antwoord in incidenteel appèl.

Dit uitgebreide en gedifferentiëerde spectrum van belangen, zoals door eisers naar voren gebracht, wordt vanzelfsprekend geen recht gedaan middels de, ondanks voortdurend door eisers geopperde bezwaren daartegen, door de Staat hardnekkig volgehouden omschrijving als „de door VJV c.s. gestelde belangen, erop neerkomend dat zij potentieel slachtoffer zijn bij inzet van kernwapens respektievelijk als militair betrokken zouden kunnen raken bij de inzet van kernwapens", welke gemankeerde samenvatting in 's Hofs arrest wordt overgenomen onder 2.

Maar zelfs als de door eisers gestelde belangen zich inderdaad zouden beperken tot hetgeen de Staat als een incomplete en volstrekt ontoereikende samenvatting daarvan presenteert, dan nog zou zich niet laten inzien waarom er alsdan sprake zou zijn van onvoldoende concrete belangen.

Genoemde overwegingen in de betreffende rechtsoverwegingen zijn derhalve ondeugdelijk en kunnen, al dan niet mede gelet op het gestelde in andere onderdelen van het middel, dan wel in andere middelen, de beslissingen die het Hof in het bestreden arrest d.d. 20 mei 1999 heeft genomen niet dragen. Deze beslissingen zijn derhalve onjuist en ondeugdelijk, alsmede ten onrechte genomen, althans in ieder geval niet naar de eisen der wet genoegzaam met redenen omkleed.

Middel V

Schending en/of verkeerde toepassing van het recht, doordat, zoals in de aanhef van rov. 7 van het bestreden arrest wordt overwogen, het Hof naar aanleiding van de eerste grief van het incidenteel appèl van de Staat het daarin bestreden tussenvonnis van 28 april 1993 van de Rechtbank heeft vernietigd.

Ten onrechte wordt daarmee impliciet door het Hof rov. 5 van het tussenvonnis van de Rechtbank van 28 april 1993 als rechtens onjuist aangeduid.

Dit oordeel van het Hof berust op een verkeerde lezing van rov. 5 van het tussenvonnis van 28 april 1993, dan wel is rechtens onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd.

Onderdeel 1

Rechtsoverweging 5 van het tussenvonnis van 28 april 1993 luidt:

„De rechtbank zal de ontvankelijkheidsvraag eerst behandelen. Zij stelt daarbij voorop dat VJV c.s. eerst in hun vorderingen kunnen worden ontvangen indien komt vast te staan dat bovenbedoelde beginselen van humanitair oorlogsrecht van toepassing zijn op de daadwerkelijke inzet van kernwapens en rechtstreeks rechten scheppen voor burgers."

In zijn eerste grief in incidenteel appèl voert de Staat hiertegen aan:

„Deze overweging is onjuist. Het feit dat een rechtssubject enig recht toekomt jegens de Staat (bijv. het recht op leven) brengt niet reeds daarom mee dat een rechtssubject een voldoende processueel belang heeft in een civiele procedure tegen de Staat elke door hen gewenste erkenning van dit recht of elke voorziening terzake van dit recht te vorderen. Bij een dergelijke vordering moet geconcretiseerd en geïndividualiseerd belang bestaan. De door appellanten gestelde algemene en abstracte belangen zijn daartoe niet voldoende."

Volstrekt ten onrechte, aangezien de Staat hiermee blijk geeft van onbegrip, althans van een verkeerde lezing van deze overweging van de Rechtbank. Zodat de daarop gebaseerde conclusie van de Staat, alsmede de bevestiging hiervan door het Hof, dat deze overweging rechtens onjuist zou zijn niet op gaat.

De Rechtbank stelt in deze overweging immers geenszins dat er reeds sprake zou zijn van een uitputtende behandeling – en daarmee ook beoordeling – van de ontvankelijkheidsvraag zodra een oordeel gegeven zou zijn over de rechtstreekse werking van de in het geding zijnde beginselen van humanitair oorlogsrecht en dat op het moment dat de rechtstreekse werking hiervan in rechte zou vast staan, daarmee ook zonder meer de ontvankelijkheid van eisers zou een gegeven zou vormen, zoals de Staat – en in navolging hiervan ook het Hof – deze overweging kennelijk lezen.

Het gaat in deze overweging van het tussenvonnis van 28 april 1993 om het bewerkstelligen van een eerste ordening in en het aangeven van een orde van behandeling van de door dit tussenvonnis gesignaleerde juridische hoofd-

problemen die partijen verdeeld houden.

Waarbij dan in elk geval langs de lijn van de ontvankelijkheidskwestie in die zin een eerste grote schifting kan plaatsvinden, door het probleem van de rechtstreekse werking van de in het geding zijnde beginselen van humanitair oorlogsrecht als eerste punt van behandeling aan te vatten en daarmee vervolgens als probleem te ecarteren.

Dat de Rechtbank met het „voorop stellen" dat eisers „eerst in hun vorderingen kunnen worden ontvangen" als eerst de rechtstreekse werking van de in het geding zijnde beginselen van humanitair oorlogsrecht zou zijn komen vast te staan iets anders zou bedoelen dan dit, zonder daarbij het oogmerk te hebben in deze overweging uitputtend aan te geven wanneer er nu precies sprake zou zijn van ontvankelijkheid van eisers, is reeds aanstonds duidelijk uit de aard en inhoud van deze overweging, alsmede de plaats hiervan, namelijk in een tussenvonnis dat, zoals al is benadrukt, in beginsel niet meer beoogt dan een door de Rechtbank bepaalde verdere procedure van behandeling aan te geven. Het orde-karakter staat in dit tussenvonnis – en dus ook in de door de Staat aangevallen overweging – dan ook duidelijk voorop, en ook niet meer dan dat.

Deswege gaat het ook niet aan om de Rechtbank hier toe te dichten dat deze met de onderhavige overweging zou hebben willen stellen – en dit er dan ook in te willen lezen – dat als rechtstreekse werking van de betrokken beginselen van humanitair oorlogsrecht zou zijn vastgesteld, daarmee ook automatisch zou vast staan dat eisers in hun vorderingen ontvankelijk zouden zijn.

Nu overweging 5 van het tussenvonnis slechts de procesorde raakt en onmiskenbaar ook niet de pretentie heeft om een uitputtend juridisch oordeel te geven over de vraag wanneer eisers nu precies ontvankelijk zouden zijn, kan een dergelijk oogmerk daaraan ook onmogelijk worden toegedicht.

Daar komt nog bij dat er geen sprake van is dat de Rechtbank in de door de Staat bestreden overweging onder 5 heeft aangegeven dat eisers in hun vorderingen ook daadwerkelijk ontvankelijk *zullen* worden verklaard, zodra vast zou komen te staan dat de in het geding zijnde beginselen van humanitair oorlogsrecht rechtstreekse werking niet zou kunnen worden ontzegd. Duidelijk bestaat hier nog ruimte om ook andere, in dit tussenvonnis niet met name genoemde vereisten in het kader van de ontvankelijkheid te laten gelden, waaraan evenzeer zal moeten zijn voldaan.

De Rechtbank heeft zich in dat opzicht in dit tussenvonnis dan ook nergens op vastgelegd.

Nu dit niet het geval is, stond bovendien voor de Staat van dit tussenvonnis in dit opzicht ook geen hoger beroep open. Zodat ook alleen daarom al deze incidentele grief van de Staat door het Hof had dienen te worden verworpen.

Als dit laatste niet op zou gaan, dan geldt toch in elk geval dat, zelfs als de Rechtbank in dit tussenvonnis duidelijk zou hebben uitgesproken – wat dus niet het geval is –, dat als de rechtstreekse werking van de in het geding zijnde beginselen van humanitair oorlogsrecht inderdaad zou worden vastgesteld, daarmee automatisch ook de ontvankelijkheid van eisers in hun vorderingen een vaststaand gegeven zou zijn, de Rechtbank altijd nog in het eindvonnis hiervan afstand zou kunnen nemen.

In elk denkbaar geval is dus het appèl van de Staat dat de Rechtbank met rov. 5 van het tussenvonnis van 28 april 1993 een verkeerd oordeel gegeven zou hebben over de ontvankelijkheid van eisers in hun vorderingen – en daarmee 's Hofs bevestiging hiervan –, onjuist en/of prematuur, dan wel in het licht van de bestreden overweging onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

Daarbij heeft ook te gelden hetgeen eisers al bij memorie van antwoord in incidenteel appèl (blz. 216) opmerken, met name dat:

1. niets zich er tegen verzet dat, indien ervan wordt uitgegaan dat niet – reeds op voorhand of op grond van wat daarover door eisers eerder is gesteld – als vaststaand valt aan te nemen dat de beginselen van humanitair oorlogsrecht rechtstreeks rechten scheppen voor burgers, deze rechtsvraag naar de rechtstreekse werking door de Rechtbank als eerste wordt behandeld in het licht van de daarmee samenhangende ontvankelijkheidskwestie;

2. in de gewraakte rechtsoverweging 5 van het tussenvonnis van 28 april 1993 niet wordt gesteld, en daaruit ook niet valt af te leiden, dat het feit dat een rechtssubject enig recht toekomt jegens de Staat (bijv. het recht op leven) reeds daarom zou meebrengen dat een rechtssubject een voldoende processueel belang heeft in een civiele procedure tegen de Staat elke door hem gewenste erkenning van dit recht of elke voorziening terzake van dit recht te vorderen.

Zodat de eerste grief in het incidentele appèl van de Staat ook in dit opzicht elke grondslag mist, of in elk geval onbegrijpelijk is.

Ook hetgeen eisers verder nog bij pleidooi in appèl onder IV hebben aangevoerd is hier van betekenis, met name dat de door de Rechtbank in het onderhavige tussenvonnis gekozen weg geenszins als onjuist valt aan te merken of reeds op voorhand als een doodlopende straat moet worden aangeduid.

Waarbij bovendien „het er in elk geval geen schijn van (heeft) dat de stellingen en vorderingen van eisers al op het eerste gezicht zodanig obscuur zouden zijn dat het Hof hier onmiddellijk, met voorbijgaan aan de Rechtbank, zou moeten ingrijpen". En dus „Er geen enkele reden (is) om hieromtrent niet eerst rustig het oordeel van de Rechtbank af te wachten" (blz. 3).

Door zijn opstelling berooft het Hof in feite, op het voetspoor van hetgeen de Staat daaromtrent aangeeft, op oneigenlijke gronden eisers van het oordeel van de rechtbank als feitelijke instantie.

Genoemde oordelen in de betreffende rechtsoverwegingen zijn derhalve ondeugdelijk en kunnen, al dan niet mede gelet op het gestelde in andere onderdelen van het middel, dan wel in andere middelen, de beslissingen die het Hof in het bestreden arrest d.d. 20 mei 1999 heeft genomen niet dragen.

Deze beslissingen zijn derhalve onjuist en ondeugdelijk, alsmede ten onrechte genomen, althans in ieder geval niet naar de eisen der wet genoegzaam met redenen omkleed.

Onderdeel 2

Zoals al in het vierde onderdeel van het vierde middel onder verwijzing naar de processtukken van eisers wordt benadrukt, zijn de door eisers gestelde belangen allerminst als „algemeen en abstract" aan te merken, zoals de Staat in zijn eerste grief, met klaarblijkelijke instemming van het Hof in het bestreden arrest, doet.

Alles wat in het vierde onderdeel van het vierde middel over de door eisers gestelde belangen wordt gesteld, moet hier als herhaald worden beschouwd.

De Staat, die nimmer de moeite heeft genomen om de vorderingen en stellingen van eisers ook maar op enigerlei wijze recht te doen wedervaren en het zich ook hier dan weer gemakkelijk tracht te maken om de door eisers gestelde belangen als „algemeen en abstract" af te doen, door eerst het spectrum van de door eisers gestelde belangen grovelijk te herleiden en uit te kleden tot „de door VJV c.s. gestelde belangen, erop neerkomend dat zij potentieel slachtoffer zijn bij inzet van kernwapens respectievelijk als militair betrokken zouden kunnen raken bij de inzet van kernwapens" en daarnaar vervolgens – dan onvermijdelijk – onjuiste conclusies te verbinden, wordt daarin ten onrechte klaarblijkelijk door het Hof gevolgd.

Nu deze kwalificatie van de door eisers gestelde belangen als onjuist, dan wel in ieder geval als ontoereikend moet worden beschouwd, ontvalt daarmee ook in dit opzicht aan de honorering door het Hof van deze grief iedere grondslag. Het oordeel van het Hof is ook in dit opzicht ondeugdelijk en kan, al dan niet mede gelet op het gestelde in andere onderdelen van dit middel, dan wel in andere middelen, de beslissingen die het Hof in het bestreden arrest d.d. 20 mei 1999 heeft genomen, niet dragen.

Deze beslissingen zijn derhalve onjuist en ondeugdelijk, alsmede ten onrechte gegeven, althans in ieder geval niet naar de eisen der wet met redenen omkleed.

Middel VI

Schending en/of verkeerde toepassing van het recht doordat het Hof tot het bestreden oordeel is gekomen met volledig voorbij gaan aan met name ook het eerste deel van de vordering onder VII, zoals totstandgekomen bij vermeerdering van eis bij memorie van antwoord in incidenteel appèl.

Geen van de overwegingen van het het arrest kan geacht worden op deze specifieke vordering betrekking te hebben.

Datzelfde geldt ten aanzien van het vonnis, en natuurlijk ook de overwegingen daarvan, van 28 april 1993.

Het is dan ook een raadsel waarop 's Hofs oordeel ten aanzien van de ontvankelijkheid van deze specifieke vordering is gebaseerd. Iedere motivering ontbreekt te dien aanzien.

Voor een goed begrip van deze vordering tenslotte nog dit.

De Staat stelt bij antwoordakte van 20 augustus 1998 onder 2.1 dat de wijziging van vordering VII duidelijk zou maken dat de bij deze vordering betrokken eisers in dit verband een voorziening van de burgerlijke rechter zouden wensen in een zaak die voorbehouden is aan de bestuursrechter, omdat het hier zou gaan om hun rechtspositie als militair ambtenaar.

De Staat stelt dan:

„De burgerlijke rechter kan niet treden in hetgeen rechtens is voor wat betreft *een opdracht* in een ambtelijke rechtsverhouding."

Dat zou althans nog enige feitelijke grondslag hebben als deze vordering zich zou richten tegen enige concreet verleende opdracht, maar dat is niet het geval. Het gaat hier juist om de voorfase hiervan. Er wordt in deze vordering nu juist een algemeen geldend verbod gevraagd om een dergelijke opdracht te *geven*. Of breder nog – de verplichting op te leggen zodanige bevelen te gehoorzamen. Zodat het terrein van deze vordering wel degelijk uitsluitend aan de civiele rechter toebehoort. Overigens ook in de situatie dat enige individuele militair kenbaar maakt opdrachten terzake van het gebruik van kernwapens als in de vorderingen van eisers bedoeld op grond van de onrechtmatigheid van een zodanig kernwapengebruik te zullen (moeten) weigeren – nota bene dat er alsdan nog steeds geen sprake is van een specifieke *opdracht* in een ambtelijke rechtsverhouding – en die tegen de als gevolg van deze opstelling door de Minister van Defensie onrechtmatigerwijs jegens hem getroffen rechtspositionele maatregelen in rechte in het geweer komt, blijkt bovendien alsdan de Centrale Raad van Beroep als oordelende rechterlijke instantie zich onbevoegd te verklaren om over de rechtmatigheid van daadwerkelijk kernwapengebruik te oordelen, zo blijkt uit de in deze procedure reeds door eisers in het geding gebrachte uitspraak van de CRvB van 11 mei 1983, AB 1987, nr. 148.

Ook voor *een dergelijke situatie* is derhalve de civiele rechter te beschouwen als de enige omtrent de rechtsvraag naar de rechtmatigheid van een zodanig kernwapengebruik competente rechter.

Middel VII

Schending en/of verkeerde toepassing van het recht, doordat het Hof naar aanleiding van de in hoger beroep door eisers in cassatie naar voren gebrachte grieven verzuimd, c.q. nagelaten heeft:

a. het bestreden vonnis d.d. 13 december

1995 te vernietigen en vervolgens

b. de vorderingen van eisers in cassatie in appèl toe te wijzen.

Eisers hebben belang bij het instellen van de rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatieberoep, evenzeer als zij belang hebben bij de door hen ingestelde vorderingen in eerste aanleg, zoals laatstelijk gewijzigd bij memorie van antwoord in incidenteel appèl. Hierbij wordt specifiek verwezen naar al hetgeen eisers in cassatie eerder in de feitelijke procedures reeds als feiten en argumenten naar voren hebben gebracht omtrent hun belang bij de ingestelde vorderingen en de toewijzing hiervan.

Eisers in cassatie wensen niet te worden geacht ook maar één van hun in feitelijke aanleg naar voren gebrachte stellingen te hebben prijsgegeven.

Conclusie A-G mr. Hartkamp:

Feiten en procesverloop

1) Bij exploot van 14 mei 1992 hebben eisers tot cassatie, VJV c.s., de Staat gedagvaard te verschijnen voor de rechtbank te 's-Gravenhage. Zij hebben tegen de Staateen aantal vorderingen ingesteld die alle betrekking hebben op inzet van kernwapens in NAVO-verband. De vorderingen zijn in de cassatiedagvaarding herhaald, ik vat ze hier samen.

Onder Ia t/m VIa worden verklaringen voor recht gevorderd dat de in de vorderingen omschreven handelingen onrechtmatig zijn; onder Ib t/m VIb verboden van die handelingen. Alle vorderingen moeten worden geplaatst in de context van de huidige of toekomstige NAVO-strategie of enig ander militair-bondgenootschappelijk verband.

Vordering I heeft betrekking op Nederlandse medewerking aan de daadwerkelijke inzet van kernwapens. Vordering II zietop het beschikbaar stellen van Nederlandseoverbrengingsmiddelen voor de daadwerkelijke inzet van kernwapens in een situatie van militaire confrontatie.

Vordering III heeft betrekking op het uitvoeren vannucleaire bombardementen of nucleaire raketbeschietingen met behulp van Nederlandse F16-vliegtuigen, dan wel het inzetten van een equivalent nucleair vermogen met behulp van andere Nederlandse overbrengingsmiddelen dan F16-vliegtuigen. Vordering IV ziet op de instemming met,goedkeuring van en medewerking aan de voorbereide inzet van strategische kernwapens. Vordering V is als vordering IV, doch beperkt tot voorbereide inzet van kernwapens in bevolkingscentra. Vordering VI ziet op inzet van kernwapens in een situatie van militaire confrontatie, waarbij een nucleair vermogen, gelijk aan of groter dan het laagste explosief vermogen als beschreven in de dagvaarding, wordt ingezet tegen militaire doelen in bevolkte gebieden van de tegenstander.

Vordering VII strekt ertoe de Staat te verbieden van bepaalde eisers (met name militairen) te eisen dat zij opdrachten terzake van daadwerkelijk gebruik van kernwapens nakomen. Ook wordt onder VII gevorderd dat de Staat wordt verboden om in enigerlei formele of feitelijke oorlogssituatie aan militairen bevelen te geven die zijn gericht (direct of indirect) op de inzet van kernwapens. Ten opzichte van alle hiervoor genoemde vorderingen zijn subsidiaire vorderingen ingesteld, die gelijkluidend zijn, behalve dan dat zij zien op het „eerste gebruik" van kernwapens.

Vordering VIII tensiotte bevat een gebod tot publicatie van de uitspraak in de Staatscourant en vordering IX ziet op de kosten van het geding.

VJV c.s. hebben aan de vorderingen ten grondslag gelegd dat bij daadwerkelijke inzet van kernwapens ingevolge de bestaande of toekomstige kernwapenstrategieën in NAVO-verband een schending van beginselen van het humanitair oorlogsrecht onontkoombaar is. Deze beginselen zijn volgens VJV c.s.:

– het verbod om de burgerbevolking als zodanig doelwit van een aanval te maken;

– het verbod om militaire doelen aan te vallen, indien daarbij onevenredige schade aan de burgerbevolking zou worden toegebracht;

– het beginsel dat strijdende partijen onderscheid dienen te maken tussen combattanten en non-combattanten.[1]

VJV c.s. hebben tevens gesteld dat zij op deze beginselen een rechtstreeks beroep kunnen doen. De Staat heeft verweer gevoerd. Hij heeft de vorderingen van eisers opgevat als te zijn gebaseerd op art. 6:162 BW. Vervolgens heeft de Staat zich primair op het standpunt gesteld dat eisers in hun vorderingen niet-ontvankelijk zijn omdat zij geen processueel belang hebben dat art. 6:162 BW beoogt te beschermen.

De rechtbank heeft op 28 april 1993 een tussenvonnis gewezen. Daarin heeft zij overwogen dat voor de ontvankelijkheid van eisers moet komen vast te staan dat de beginselen van humanitair oorlogsrecht van toepassing zijn op de daadwerkelijke inzet van kernwapens en dat deze beginselen rechtstreeks rechten scheppen voor burgers. Na een comparitie heeft de rechtbank bij tussenvonnis van 13 december 1995 een deskundigenbericht gelast over de vraag of de genoemde beginselen van humanitair oorlogsre cht rechtstreeks rechten scheppen voor burgers.

2) Van dit vonnis zijn VJV c.s. in hoger beroep gekomen. Hun grieven richtten zich onder meer tegen het feit dat de rechtbank een deskundigenbericht had gelast en tegen de hoogte van het voorschot voor de deskundigen.

De Staat heeft incidenteel appel ingesteld, waarbij hij drie grieven tegen de beide tussenvonnissen heeft aangevoerd. Volgens de eerste grief heeft de rechtbank miskend dat het feit dat

1. Zie voor deze formulering van de beginselen het vonnis van de rechtbank Den Haag d.d. 28 april 1993.

aan een rechtssubject enig recht toekomt jegens de Staat, niet reeds mee brengt dat deze een voldoende processueel belang heeft om in een civiele procedure tegen de Staat elke door hem gewenste erkenning van dit recht of elke voorziening terzake van dit recht te vorderen. Bij een dergelijke vordering moet geconcretiseerd en geïndividualiseerd belang bestaan en de door VJV c.s. gestelde algemene en abstracte belangen zijn onvoldoende, aldus de Staat. In de tweede grief betoogde de Staat dat aan ongeschreven regels van volkenrecht geen rechtstreekse werking toekomt, zelfs niet indien sprake zou zijn van *ius cogens* (dwingend recht). In de derde grief klaagde de Staat dat de rechtbank eisers onmiddellijk niet-ontvankelijk had dienen te verklaren omdat de beginselen van humanitair oorlogsrecht de inzet van kernwapens niet onder alle omstandigheden uitsluiten en VJV c.s. gezien hun stellingen onvoldoende belang hebben bij hun vorderingen zoals zij deze hebben ingesteld.

3) Bij arrest van 20 mei 1999 heeft het Hof het bestreden vonnis vernietigd en, opnieuw rechtdoende, aan VJV c.s. hun vorderingen ontzegd. Daartoe heeft het hof overwogen dat voor de ontvankelijkheid vereist is dat VJV c.s. een voldoende concreet belang hebben bij toewijzing van hun vorderingen (r.o. 3); dat voor ontvankelijkheid van de vorderingen tot het *verbieden* van de genoemde handelingen tenminste nodig is dat er sprake is van een reële en geconcretiseerde dreiging dat kernwapens zullen worden ingezet, doch dat dit is gesteld noch gebleken (r.o.4); dat voor de ontvankelijkheid van de gevorderde *verklaringen voor recht* nodig is dat de verklaringen, om hun werking te hebben, voldoende concreet zijn; dat uit het advies van het Internationale Hof van Justitie van 8 juli 1996 blijkt dat dit Hof het gebruik van kernwapens niet onder alle omstandigheden onrechtmatig acht, hetgeen de noodzaak van een beoordeling van de vorderingen in een concrete situatie onderstreept (r.o. 5); dat uit r.o. 4 en 5 volgt dat VJV c.s. onvoldoende concreet belang bij hun vorderingen hebben en dat deze onvoldoende concreet omschreven zijn, zodat zij op grond daarvan niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard (r.o. 6).

4) Van dit arrest zijn VJV c.s. tijdig in cassatie gekomen, onder aanvoering van een middel van cassatie dat uit zeven onderdelen bestaat, die weer in subonderdelen uiteenvallen. De Staat heeft verweer gevoerd. Beide partijen hebben hun standpunt bij mondeling pleidooi toegelicht.

Bespreking van het cassatiemiddel

5) Alvorens op de talrijke cassatieklachten in te gaan, maak ik enkele inleidende opmerkingen. Bij deze vorderingen springt een aantal vragen in het oog:

– kunnen juist déze eisers deze vorderingen instellen?

– kunnen zij dat juist nu?

– in hoeverre kan de burgerlijke rechter het beleid van de Staat inzake kernbewapening toetsen?

's Hofs beoordeling van de zaak hangt samen met de eerste en tweede vraag en eigenlijk ook met de derde.

6) Ter beantwoording van de vraag óf hij vorderingen als deze wel kan beoordelen, dient de burgerlijke rechter zich te bezinnen op zijn plaats binnen het staatsbestel en hoe zijn positie daardoor wordt begrensd. Zie de klassieke studie van M.J.P. Verburgh, Privaatrecht en kollektief belang, Zwolle 1975. Het is sinds HR 31 december 1915, *NJ* 1916, blz. 407 vaste rechtspraak dat de rechter bevoegd is van een vordering kennis te nemen, indien in de dagvaarding schending van een burgerlijk recht wordt gesteld (art. 112 Gw), in de praktijk veelal een onrechtmatige (overheids)daad. Dit hangt samen met de functie van de burgerlijke rechter als „restrechter". Zie bijv. J.E.M. Polak, Preadvies NJV 1987, blz. 111-112; Snijders/Ynzonides/Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht, 1997, nr. 72; Asser-Hartkamp 4-III, 1998, nr. 272; J.B.J.M. ten Berge, Bescherming tegen de overheid, 1999, blz. 274 e.v. Dat wil echter nog niet zeggen dat de burgerlijke rechter zich ook ten gronde over de voorgelegde problematiek kan uitlaten. De eiser moet ook in zijn vorderingen ontvankelijk zijn. Indien tegen de handelingen van de overheid een met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang openstaat, wordt de eiser door de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk verklaard. Bovendien dienen de vorderingen aan algemene vereisten (verwoord in art. 3:302 en 3:303 BW) te voldoen, die samenhangen met de taak van de burgerlijke rechter: het berechten van een concreet geschil tussen eiser en gedaagde.

Ook als de rechter bevoegd en de eiser ontvankelijk is, kan een zeker onbehagen bij de beoordeling van een vordering ten gronde blijven bestaan. Sommige vorderingen zijn niet toewijsbaar omdat de te beantwoorden vraag niet „op het bord van de rechter ligt." Een voorbeeld daarvan vindt men in HR 10 september 1999, RvdW 1999, 122 (Emesa Sugar/Staat), waarin het gevorderde verbod aan een Nederlandse minister om in de Raad van de Europese Unie op een bepaalde wijze te stemmen, niet toewijsbaar was omdat het in strijd kwam met het door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen ontwikkelde stelsel van rechtsbescherming tegen gemeenschapshandelingen. In andere gevallen treedt de rechter in zekere mate terug om de overheid in staat te stellen beleidskeuzes te maken; de rechter treedt niet in de beoordeling van het overheidshandelen, voorzover de overheid haar vrijheid niet heeft overschreden. Vgl. Asser-Hartkamp III (1998), nr. 290b e.v. en de daar geciteerde literatuur, waaraan toe te voegen Van Maanen/De Lange, Onrechtmatig overheidsdaad (Studiepockets privaatrecht nr. 28, 2000), p. 53 e.v. Deze schrijvers noemen de landsverdediging als een

beleidsterrein waarop de overheid van oudsher een ruime beleidsvrijheid geniet (p. 67 e.v.). Voorts betracht de rechter vaak – en terecht – terughoudendheid in politiek gevoelige zaken. Dit kan zich bijv. uiten in een terughoudende opstelling bij toetsing van wetten in materiële zin (zie HR 16 mei 1986, *NJ* 1987, 251 m.nt. MS) of in het oordeel dat een bepaalde problematiek door de wetgever dient te worden geregeld (zie bijv. HR 30 juni 1998, *NJ* 1998, 799 m.nt. Sch en HR 5 september 1997, *NJ* 1998, 686 m.nt. JdB). Die terughoudendheid kan er ook toe leiden dat vorderingen als de onderhavige, die berusten op een bepaald politiek standpunt dat niet algemeen wordt aanvaard, terwijl de uitvoeringshandelingen van het betreffende overheidsorgaan (en de regelgeving waarop die uitvoeringshandelingen zijn gebaseerd) van een ander standpunt uitgaan, niet voor toewijzing in aanmerking komen. Verschillende oorzaken van terughoudendheid (beleidsvrijheid en voorzichtigheid in politiek gevoelige aangelegenheden) versterken elkaar hier.

7) De Hoge Raad heeft in het kruisraketten-arrest (HR 10 november 1989, *NJ* 1991, 248 m.nt. P.H. Kooijmans) de vorderingen, die ieken op de huidige, ten gronde behandeld. Toen lag het zwaartepunt van de zaak echter bij het gevorderde verbod jegens de Staat uitvoering te geven aan een overeenkomst met de VS tot plaatsing van een aantal kernwapens te Woensdrecht. Daarmee ging het om een concreet voornemen van de Staat.

8) Thans beogen eisers met hun vorderingen de onrechtmatigheid van medewerking van de Staat in NAVO-verband aan inzet van kernwapens (inclusief de tot voorbereiding daarvan strekkende handelingen) aan de kaak te stellen. Daartoe dient echter vast te komen staan dat sprake is van meer dan een hypothese. Om ontvankelijk te zijn, moet immers aan art. 3:303 BW zijn voldaan.

Het is op zichzelf mogelijk een verbod te vragen van een handeling die nog niet heeft plaatsgehad, op de grond dat deze onrechtmatig zou zijn, doch daarvoor is vereist dat er een zekere dreiging is dat die handeling zal plaatsvinden. Als die dreiging niet bestaat, is eiser niet-ontvankelijk. Zie C.J.J.C. van Nispen, Het rechterlijk verbod en bevel, diss. 1978, blz. 131 e.v. en 170 e.v.; J.E.M. Polak, Preadvies NJV 1987, blz. 169; Asser-Hartkamp 4-III, 1998, nr. 118; A-G Mok bij HR 10 september 1999, RvdW 1999, 122, nr. 3.6.5.3. De rechter heeft immers niet tot taak om rechtssubjecten in abstracto van alles te verbieden. De rechtszaal is er niet als forum voor algemene discussie. Het eventuele politieke gewicht van een rechterlijke uitspraak is een bijproduct van het gevraagde oordeel omtrent de rechtsverhouding tussen eiser en gedaagde. Het gaat altijd om dat laatste.

Ook voor de ontvankelijkheid van een vordering tot verklaring voor recht is vereist dat eisers een concreet belang bij die vordering hebben in de zin van art. 3:303 BW. Voor toewijzing van een dergelijke vordering dient daarnaast te zijn voldaan aan art. 3:302 BW: de verklaring wordt slechts gegeven op vordering van een bij de rechtsverhouding onmiddellijk betrokken persoon. Er is dus sprake van cumulatie van de vereisten van art. 3:303 BW en art. 3:302 BW. Zie Parl. Gesch. boek 3, blz. 915-916. Zie voorts A-G Langemeijer bij HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853, nr. 2.9:

„Om het verschil tussen art. 3:302 en 303 aan geven: wie aan de rechter verzoekt in een verklaring voor recht vast te leggen wat tussen hem en zijn contractspartner rechtens geldt in een toekomstige of anderszins denkbeeldige situatie, kan heel wel voldoen aan de eis van onmiddellijke betrokkenheid en bovendien aan de eis dat de verklaring rechtsgevolg heeft: zodra de bedoelde toestand intreedt is de wederpartij immers aan die vaststelling gebonden. *Toch is daarmee niet gegeven dat de eisende partij een reëel belang heeft bij de gevraagde vaststelling zolang die denkbeeldige situatie nog geen werkelijkheid is geworden. Umsonst wordt niet geprocedeerd.*" (curs. ASH)

Zie verder Mon. NBW A-11 (Van Nispen), blz. 33:

„Als gedaagde niet van plan is zich aan het door eiser gewraakte gedrag schuldig te maken, d.w.z. eiser bij zijn vordering geen belang heeft, moet hij zich niet hoeven uit te laten over zijn beweerde verplichting en de rechter niet hoeven te oordelen over een academisch of hypothetisch geval. Hier blijkt de noodzaak van het belangvereiste."

Enigszins vergelijkbaar met de onderhavige problematiek is de jurisprudentie over de vraag of een ideëel belang voldoende is voor het instellen van een vordering tot verklaring voor recht. Deze vraag wordt in de jurisprudentie ontkennend beantwoord. Dit geldt ook indieneisers stellen door het gedrag van gedaagde psychische schade te leiden. Zie HR 22 januari 1993, *NJ* 1994, 734 m.nt.P. Clausing (Staat/pensioen weduwe Rost van Tonningen). Ik citeer uit de conclusie van de A-G Koopmans voor dit arrest:

„Veel mensen lijden op veel gebieden psychische schade door het optreden van anderen – ook doordat van de overheid. Trekt men de redenering van het hof door, dan zouden zij altijd van de burgerlijke rechter een verklaring voor recht kunnen verkrijgen als de onrechtmatigverklaring van dat optreden hun psychische schade zou verhelpen of beperken. Daarmee kan elk onderwerp van publiek debat aan het oordeel van de burgerlijke rechter worden onderworpen: vandaag zal de onrechtmatigverklaring worden gevraagd van het voortbestaan van de militaire dienstplicht, of van de jacht op zeehonden, walvissen of fazanten, morgen wordt geklaagd dat de minister-president altijd weer een man is." Zie verder HR 16 april 1993, *NJ* 1993, 444;

HR 14 mei 1993, *NJ* 1993, 445; HR 3 januari 1992, *NJ* 1994, 627; HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (Jeffrey); HR 5 november 1999, *NJ* 2000, 63 m.nt. ARB.

Dit alles is niet anders in gevallen van een collectieve actie (daargelaten of daarvan in casu sprake is, hetgeen geen voorwerp van discussie is geweest). Ook wanneer een vordering is ingesteld door een belangengroepering dient te zijn voldaan aan het vereiste dat het oordeel van de rechter wordt gevraagd over een dreigende inbreuk op bepaalde belangen en dient derhalve te zijn voldaan aan de vereisten van art. 3:303 BW; zie bijv. Frenk, Kollektieve akties in het privaatrecht (1994), p. 27 e.v., de conclusie voor 10 bij HR 16 mei 1997, *NJ* 2000, 1 m.nt. CJHB[2] en Asser-Hartkamp III (1998), nr. 118b e.v.

9) Het hof heeft het vereiste belang in de zin van art. 3:303 BW niet aanwezig geacht. Er was niet gebleken dat de Staat van plan zou zijn de litigieuze handelingen te verrichten. Kernwapens hebben in de NAVO-politiek, naar de Staat onbetwist heeft gesteld[3], een afschrikkende functie; het zijn middelen ter voorkoming van oorlog. Deze politiek is er derhalve op gericht het niet tot daadwerkelijk gebruik van kernwapens te laten komen. De ontwikkeling van de afgelopen jaren heeft een ontspanning op het gebied van de kernbewapening laten zien.[4] Het oordeel dat het vereiste belang ontbreekt, is in beginsel van feitelijke aard. Zie Van Nispen, diss. 1978, blz. 182 en bijv. HR 10 november 1989, b.a. (r.o. 3.10). Ik meen dat het niet onbegrijpelijk is en dat het hof ook niet is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Ik zal dan ook na de bespreking van de cassatiemiddelen, waartoe ik thans overga, tot verwerping concluderen. Hieruit volgt dat naar mijn oordeel geen van de vorderingen, verboden of verklaringen voor recht (noch de subsidiaire varianten terzake van first use) kan worden toegewezen.

10) Volgens *middel I, onderdeel 1*, berust r.o. 3 van het bestreden arrest op een verkeerde lezing van de vorderingen van VJV c.s., met name voorzover het hof overweegt dat de vorderingen „zijn gebaseerd op de stelling dat betrokkenheid van de Staat bij de inzet van kernwapens in strijd is met humanitair oorlogsrecht". VJV c.s. betogen dat hun vorderingen geen betrekking hebben op inzet van kernwapens in het algemeen, doch slechts op inzet als in hun vorderingen aangegeven, derhalve op Nederlandse betrokkenheid bij inzet van kernwapens (al dan niet bij wijze van „first use") in bondgenootschappelijk (NAVO)kader en in het Europese nucleaire theater (in dichtbevolkt Europees gebied). Deze klacht kan naar mijn mening niet slagen. In de bestreden overweging heeft het hof de grondslag van de vorderingen kernachtig willen weergeven en heeft het m.i. bedoeld te zeggen dat VJV c.s. de inzet van kernwapens *zoals in hun vorderingen omschreven* in strijd met het humanitaire oorlogsrecht achten. Dat het hof zich bewust is geweest van de nuanceringen die VJV c.s. in hun vorderingen hebben aangebracht, blijkt uit de samenvatting van die vorderingen in r.o. 1 en uit de verwijzing naar de NAVO-strategie in r.o. 4. De klacht mist dus feitelijke grondslag.

Onderdeel 2 van middel I klaagt over het oordeel in r.o. 3 dat het een voorwaarde is voor ontvankelijkheid van VJV c.s. dat de beginselen van humanitair oorlogsrecht rechtstreeks rechten voor burgers scheppen. Volgens VJV c.s. hebben zij zich vanaf het begin van de procedure ook op andere normen beroepen, nl. op de Wet Oorlogsstrafrecht en op art. 6:162 BW. VJV c.s. hebben bij deze klacht geen belang, aangezien het hof er veronderstellenderwijze van uit is gegaan dat de genoemde beginselen van humanitair oorlogsrecht rechtstreeks rechten scheppen.

Onderdeel 3 van middel I klaagt tenslotte dat de zinsnede „vorderingen (?) tot het verbieden van handelingen waarvan vaststaat dat de Staat deze nog nooit heeft verricht" in r.o. 3 onbegrijpelijk is ten aanzien van vorderingen onder IV en V en VII (de vorderingen met betrekking tot voorbereidingshandelingen), aangezien deze vorderingen alle zien op handelingen die zich reeds nu afspelen.

Deze klacht, wat er op zichzelf van zij, kan niet tot cassatie leiden, omdat het lot van de vorderingen met betrekking tot de voorbereidingshandelingen niet een ander kan zijn dan dat van de vorderingen met betrekking tot het inzetten van kernwapens. De klacht dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk is ten aanzien van de vorderingen IV, V en VII, komt in de cassatiedagvaarding vaker voor. Bij middel IV onderdeel 4 en middel VI zal ik deze klachten tezamen behandelen (hierna nrs. 15 en 17). Bij de bespreking van de overige middelen laat ik haar dus buiten beschouwing.

11) *Middel II* richt zich tegen de oordelen in r.o. 4 dat „voor de ontvankelijkheid van de vordering tot het verbieden van vorenomschreven handelingen van de Staat tenminste nodig is dat er sprake is van een reële en geconcretiseerde dreiging dat kernwapens zullen worden ingezet" (onderdeel 1); dat VJV c.s. „niet hebben gesteld dat er sprake is van een situatie waarin

2. In dit arrest is weliswaar geoordeeld dat een actie op grond van art.6:240 BW ook „preventief" kan worden ingesteld, doch vereist voor de ontvankelijkheid van een dergelijke vordering was wel dat het bestreden beding voorkomt in de algemene voorwaarden waarvan de brancheorganisatie het gebruik bevordert in overeenkomsten met consumenten (r.o. 4.2). Daarmee was aan de eis van art. 3:303 voldaan.

3. CvA nr. 3 e.v., herhaald bij memorie van antwoord in appel, pleidooi in appel (zie ook de citaten op blz. 4 pleitnotities a/z Staat) enpleidooi in cassatie.

4. Zie de stellingen van de Staat bij antwoordakte in appel, onder 3.

reëel gevaar bestaat dat kernwapens zullen worden gebruikt en waarbij de Staat betrokken zal zijn" (onderdeel 2); dat „niet is gebleken dat de dreiging die uitgaat van de mogelijkheid van het gebruik van kernwapens zich heeft verdicht" (onderdeel 3) en dat „niet is gebleken dat (?) dat gebruik ook daadwerkelijk wordt overwogen" (onderdeel 4).

Onderdeel 1 klaagt allereerst dat onduidelijk is wat het hof heeft bedoeld met „een reële en geconcretiseerde dreiging dat kernwapens zullen worden ingezet" (r.o. 4). De onenigheid tussen partijen over de vraag of VJV c.s. een voldoende (concreet) belang hebben, vloeit deels voort uit het gegeven dat een vordering, en het belang daarbij, in meer betekenissen concreet kan (c.q. moet) zijn.

a) Een vordering is slechts toewijsbaar indien zij voldoende concreet is, in de zin dat de reikwijdte ervan voldoende is beperkt.

b) Men is in een vordering eerst ontvankelijk indien men daarbij voldoende (concreet) belang heeft, in de zin dat moet worden vastgesteld dat er een voldoende grote kans (voldoende dreiging) is dat de handelingen waarop de vordering ziet in de voorzienbare toekomst zullenplaatsvinden.

Een voorbeeld. Een vrouw kan de reikwijdte van haar vordering tot het opleggen van een straatverbod aan haar „stalkende" ex-man concretiseren (d.w.z. beperken), slechts te vorderen dat hem verboden wordt zich in de straat waar zij woont te bevinden, in plaats van in de wijk waar zij woont. Dit betreft vraag a). Daarnaast is voor toewijsbaarheid van de vordering vereist, dat er een voldoende grote kans is dat hij zich jegens haar in de voorzienbare toekomst onrechtmatig zal gedragen, dat wil zeggen haar ook daadwerkelijk hinderlijk zal volgen. Dit betreft vraag b). Het argument van VJV c.s., dat zij hun vorderingen concreet hebben gemaakt door ze te beperken tot de omschreven modaliteiten, heeft betrekking op a). De overweging van het hof met betrekking tot „reële geconcretiseerde dreiging" heeft betrekking op b). Deze overweging is niet onduidelijk. Daarom faalt de klacht.

12) Voorts klaagt onderdeel 1 dat het hof heeft miskend dat de dreiging van daadwerkelijk kernwapengebruik concreet is zolang er sprake is van *inzetbare wapens*. De vooronderstelling die aan dit onderdeel ten grondslag ligt, is dat er sprake is van dreiging *omdat* kernwapens inzetbare wapens zijn. Daarom zouden eisers een voldoende belang hebben gesteld in de zin van b) hierboven. Deze klacht wordt m.i. tevergeefs voorgesteld. De Staat heeft gesteld dat de functie van kernwapens juist hun oorlogvoorkomende werking is. Het standpunt van de Staat berust op de vooronderstelling dat de kans dat kernwapens zullen worden ingezet, wordt *verkleind* doordat hun gevolgen zo extreem zijn. Voor de keus gesteld tussen beide uitgangspunten heeft het hof met de bestreden overwegingen kennelijk willen aangeven dat het de stelling van eisers niet voldoende aannemelijk acht. Dit oordeel is feitelijk en niet onbegrijpelijk.[5] Het feit dat de NAVO (en ook de Staat) niet uitsluit dat de kernwapens ooit daadwerkelijk zullen worden ingezet, leidt voorts nog niet tot de conclusie dat het gebruik van kernwapens daadwerkelijk wordt overwogen. 's Hofs oordeel dat dit laatste niet is gebleken, is dan ook niet onbegrijpelijk. Evenmin is het hof bij deze overweging buiten de rechtsstrijd tussen partijen getreden. Deze overweging is immers van belang bij de beoordeling of aan de vereisten van art. 3:303 BW is voldaan.

VJV c.s. hebben verder nog aangevoerd dat 's hofs oordeel onjuist is omdat het tot consequentie heeft dat zij op de golven van de internationale spanningsconjunctuur al dan niet ontvankelijk zijn. Ik zie niet in waarom deze consequentie onaanvaardbaar zou zijn. Zij is inherent aan het (rechts)middel waarvan eisers zich bedienen. Er bestaat nu eenmaal een zekere spanning tussen het uitgangspunt dat men slechts een verbod/verklaring voor recht kan vorderen ten aanzien van handelingen die *dreigen* te geschieden en de noodzaak het verbod/de verklaring voor recht te verkrijgen voordat de handeling is geschied. Daardoor zal – in het algemeen gesproken – het antwoord op de vraag of een eiser in een vordering tot verbod van een handeling die (nog) niet is verricht, ontvankelijk is, afhangen van de „spanningsconjunctuur", dat wil zeggen de mate van waarschijnlijkheid dat de gedaagde die handeling zal verrichten. Op deze gronden falen ook de onderdelen 2, 3 en 4 van middel II.

13) *Middel III onderdeel 1* klaagt over r.o. 5 van het arrest van het hof. In deze rechtsoverweging oordeelt het hof over de gevorderde verklaringen voor recht. Het hof citeert de conclusie uit de „Advisory Opinion" van het Internationaal Gerechtshof en overweegt daarop: „Met name uit de laatste zin blijkt, dat het Internationale Hof het gebruik van kernwapens niet onder alle omstandigheden onrechtmatig acht hetgeen dit hof onderschrijft en hetgeen – ondanks de conclusie in de eerstgeciteerde zin – de noodzaak van de beoordeling van de vorderingen in een concrete situatie onderstreept. „Het middel klaagt met name dat onbegrijpelijk is wat het hof bedoelt met „een concrete situatie". Aan deze klacht liggen wederom de veronderstellingen ten grondslag dat VJV c.s., door

5. Zie 't Hart onder HR 23 december 1986, *NJ* 1987, 508: „Aan de verweren lag de visie ten grondslag, dat kernbewapening haast onvermijdelijk moet leiden tot effectieve inzet van kernwapens; de verwerping van die verweren ging uit van de tegengestelde (maar niet meer of minder evident juiste) en impliciete vooronderstelling dat kernbewapening dient ter voorkoming van een kernoorlog, want tegen de achtergrond van die vooronderstelling kunnen opslag en inzet van kernwapens los van elkaar worden gezien."

de reikwijdte van hun vorderingen te beperken, deze voldoende hebben geconcretiseerd en dat het enkele bestaan van kernwapens de dreiging (van inzet) daarvan al voldoende concreet (want immanent, permanent en alles overschaduwend) maakt. Deze veronderstellingen zijn, zoals hierboven bleek, niet juist. Ook deze klachten falen derhalve.

Onderdeel 2 klaagt over een onjuiste interpretatie door het hof van het advies van het Internationaal Gerechtshof. Ik meen dat het feit dat het Internationaal Gerechtshof heeft geadviseerd dat het onder bepaalde, extreme, omstandigheden niet onrechtmatig zou behoeven te zijn om kernwapens in te zetten, voortvloeit „dat het Internationale Hof het gebruik van kernwapens niet onder alle omstandigheden onrechtmatig acht". Ik deel derhalve opvatting van VJV c.s. dat het hof het advies van het Internationaal Gerechtshof verkeerd heeft uitgelegd, niet. En in elk geval is die uitleg niet onbegrijpelijk.

Onderdeel 3 klaagt dat het hof heeft miskend dat de inzet van kernwapens als door VJV c.s. omschreven in ieder geval in beginsel onrechtmatig is, zodat de bewijslast van de rechtmatigheid daarvan bij de Staat ligt. Daarom had het hof „uit ontvankelijkheidsoogpunt rechtens geen nadere eisen mogen stellen aan de beoordeling van de vorderingen", aldus VJV c.s. Deze klacht miskent dat ook indien een handeling in beginsel onrechtmatig zou zijn, eisers daartegen pas kunnen opkomen indien zij daarbij voldoende belang hebben.

14) *Middel IV*, onderdeel 1 mist zelfstandige betekenis.

Onderdeel 2 klaagt dat de verwijzing naar het advies van het Internationaal Gerechtshof niet redengevend kon zijn, omdat de vraagstelling aan het hof een geheel andere was dan die aan het Internationaal Gerechtshof. Wat daar ook van zij, dit doet er niet aan af dat het hof aan het advies van het Internationaal Gerechtshof een argument kon ontlenen voor zijn oordeel dat de vorderingen van eisers in een concrete situatie moeten worden beoordeeld.

Verder klaagt dit onderdeel wederom dat het oordeelvan het hof dat de vorderingen „onvoldoende concreet zijn omschreven" onbegrijpelijk is in het licht van het feit dat de vorderingen van eisers op nauwkeurig omschrevensituaties en modaliteiten betrekking hebben. Dit onderbouwen eisers met een analyse van de vraag of – bij dergelijke situaties en modaliteiten – de beginselen van humanitair oorlogsrecht waarop zij zich beroepen, zullen worden geschonden in een situatie van „oorlogsnoodzaak".

Deze klacht miskent echter dat voor ontvankelijkheid vereist is dat er een zekere dreiging bestaat dat van inzet van kernwapens in dergelijke situaties en modaliteiten sprake zal zijn. Zie mijn bespreking van middel II onderdeel 1 hierboven.

Onderdeel 3 klaagt: „ook indien de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof juist wordt geïnterpreteerd, zijn daarin geen termen aanwezig om aan te nemen dat (?) eisers onvoldoende belang zouden hebben bij hun vorderingen en dat deze vorderingen onvoldoende concreet zijn omschreven ?". Deze klacht faalt omdat het hof zijn oordeel dat eisers niet-ontvankelijk zijn, niet (louter) heeft gebaseerd op het advies van het Internationaal Gerechtshof. Het hof heeft in r.o. 6 geoordeeld dat de vorderingen van eisers om twee redenen dienen te worden afgewezen:

1. eisers hebben onvoldoende concreet belang bij hunvorderingen;

2. de vorderingen zijn onvoldoende concreet omschreven.

Reden 1. komt overeen met b) (zie mijn behandeling van middel II onderdeel 1) en reden 2. met a). Beide redenen kunnen het oordeel van het hof zelfstandig dragen. Middel IV onderdeel 3 valt reden 2. aan. Nu reden 1. het oordeel zelfstandig kan dragen en de klachten die tegen reden 1.zijn aangevoerd alle falen, hebben eisers bij de klachten tegen reden 2. dan ook geen belang meer.

Onderdeel 4 klaagt dat het hof heeft miskend dat eisers een breed scala aan processuele belangen hebben gesteld, uiteenlopend van belangen die alle eisers gemeen hebben tot belangen die gelden voor specifieke categorieën van eisers en zelfs belangen die individuele eisers betreffen, met name eiser sub 3761 (Stelling) en eiser sub 3620 (Smeeman). Deze klacht miskent dat, ook al zijn de gestelde belangen van uiteenlopende aard, voor ontvankelijkheid van al deze eisers in hun vorderingen nodig is dat er een zekere concrete dreiging is dat de gestelde onrechtmatige handelingen zullen geschieden.

In de literatuur wordt wel een onderscheid gemaakt tussen materieel belang en processueel belang. Zie J. van Baars, Point d'intérêt, point d'action, diss. 1971; J.J. Vriesendorp, Bespreking van het proefschrift van Van Baars in RMTh 1972, blz. 193-200; A-G Franx bij HR 24 november 1978, *NJ* 1980, 88; Mon. NBW A-11 (Van Nispen), nr. 15. Ook al is dit onderscheid omstreden, hier kan het nog wel verduidelijkend werken. Het hof heeft de gevorderde voorziening afgewezen op het ontbreken van processueel belang. Daaraan doet niet af het brede scala van materiële belangen dat eisers hebben gesteld.

15) Het bovenstaande ligt wellicht anders bij de vorderingen onder IV, V en VII. Deze zien alle, zo stellen eisers, op handelingen die de Staat reeds thans verricht. Vordering VII zal ik bij middel VI bespreken. Op de vorderingen IV en V ga ik hier in.

Wanneer men deze niet al te helder geformuleerde vorderingen ontleedt, blijkt dat zij zien op *gedaagdes instemming met, goedkeuring van en medewerking aan de ... voorbereide inzet van strategische kernwapens (IV) tegen bevolkingscentra (V)*. Uit deze tekst blijkt naar mijn mening niet zonneklaar dat de vorderingen zien op voorbereidingshandelingen. Dit

wordt pas duidelijk door de uitgebreide toelichting van eisers. Alleen al daarom lijkt mij het oordeel van het hof dat de vorderingen onvoldoende concreet zijn omschreven, juist. Echter, ook als men ervan uitgaat dat de vorderingen voldoende duidelijk zien op voorbereidingshandelingen, kunnen de klachten niet tot cassatie leiden, zelfs niet als ze gegrond zijn. Ze stranden namelijk op het kruisrakettenarrest, HR 10 november 1989, *NJ* 1991, 248 m.nt. P.H. Kooijmans. Daarbij heeft de Hoge Raad al geoordeeld dat voorbereidingshandelingen voor het inzetten van kernwapens niet onrechtmatig zijn:

„Evenmin kan als juist worden aanvaard stelling dat het voorhanden hebben van met kernkoppen uitgeruste kruisvluchtwapens als voorbereidingshandeling voor het in tijd van oorlog eventueel inzetten van die wapens onrechtmatig is omdat gebruik van die wapens in strijd is met een of meer regels van internationaal recht. Niet kan worden gezegd dat het huidige volkenrecht elk gebruik van wapens als de onderhavige verbiedt. Dat recht verbiedt wel bepaalde vormen van zulk gebruik, maar in het verdrag, met name in zijn art. 3 (...) ligt besloten dat de kruisvluchtwapens waarop het betrekking heeft daartoe niet zouden worden ingezet en, zoals hiervoor onder 3.5 reeds overwogen, moet uitgangspunt zijn dat SVK niet aannemelijk heeft gemaakt dat gegronde vrees bestond voor gebruik van die wapens anders dan conform het verdrag."

Dit arrest heeft zijn betekenis behouden, ook na het advies van het Internationaal Gerechtshof. In de onderhavige zaak is niet gebleken dat de Staat zou overwegen kernwapens te gebruiken op een wijze die niet in overeenstemming is met regels van internationaal recht. Eisers vragen weliswaar een oordeel over allerlei redelijk nauwkeurig omschreven situaties van kernwapengebruik, doch zij hebben niet aannemelijk gemaakt dat het hier zou gaan om meer dan louter hypothetische situaties. Nu de mogelijkheid bestaat dat kernwapens worden gebruikt op een wijze die niet in strijd is met het internationale recht, kan het voorbereiden van zodanig gebruik ook niet onrechtmatig worden geacht.

16) *Middel V, onderdeel 1* faalt. Het hof heeft grief I van de Staat kennelijk aldus gelezen, dat de rechtbank ten onrechte eisers niet dadelijk niet-ontvankelijk heeft verklaard wegens gebrek aan belang. Door deze grief gegrond te bevinden heeft het hof niet geoordeeld dat de rechtbank het vereiste dat de genoemde beginselen rechtstreeks rechten voor burgers scheppen als enige voorwaarde voor ontvankelijkheid zag.

Voorzover dit middel de klacht bevat dat er sprake was van een voorlopige beslissing van de rechtbank en dat erdaarom geen hoger beroep van openstond, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting. Geen rechtsregel staat ernaan in de weg hoger beroep aan te tekenen van een vonnis dat voorlopige beslissingen bevat, met de klacht dat de rechtbank ten onrechte niet meteen een eindoordeel heeft gegeven. Het hof heeft eiser dan ook niet van een feitelijke instantie beroofd, zoals het middel nog klaagt.

Middel V, onderdeel 2 faalt om de redenen die reedsaan de orde zijn gekomen.

17) *Middel VI* klaagt erover dat het hof bij zijn overwegingen geen kenbare aandacht heeft besteed aan het eerste deel van vordering VII. Deze vordering luidde *„de Staat der Nederlanden te verbieden om ook thans al, in vredestijd, van eisers in dit proces, ..., te eisen dat opdrachten terzake van daadwerkelijk gebruik van kernwapens dienen te worden nagekomen (...)"*.[6] Ik lees deze vordering als een verbod dat de Staat thans al van haar militairen eist dat zij tezijnertijd (mocht het ooit zover komen) opdrachten terzake van kernwapens nakomen. Vordering VII vraagt vervolgens ook nog een verbod tot het geven van dergelijke opdrachten in oorlogstijd, doch daarop ziet middel VI kennelijk niet. Ook in andere middelen hebben eisers de klacht geuit dat het hof in zijn overwegingen voorbij is gegaan aan het feit dat vordering VII ziet op handelingen die de Staat thans reeds verricht. Deze klachten tezamen zal ik thans bespreken.

Ik meen dat ze niet kunnen slagen. Hierboven is al gebleken dat voorbereidingshandelingen voor de inzet van kernwapens op zichzelf nog niet onrechtmatig zijn. Er is daarom geen aanleiding de Staat een verbod op te leggen militairen thans al opdrachten te geven, die met dergelijke voorbereidingshandelingen te maken hebben. Voorzover de vordering is gebaseerd op de stelling dat het medewerken aan een dergelijke inzet zou neerkomen op medewerking aan een onrechtmatige handeling, is zij niet toewijsbaar omdat niet vaststaat dat medewerking van de Staat aan daadwerkelijke inzet van kernwapens, zelfs in de modaliteiten als door eisers geschetst, altijd een onrechtmatige daad zou zijn.

18) *Middel VII* heeft geen zelfstandige betekenis.

Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Eisers tot cassatie – verder te noemen: VJV c.s. – hebben bij exploit van 14 mei 1992 verweerder in cassatie – verder te noemen: de Staat – gedagvaard voor de Rechtbank te 's-Gravenhage en gevorderd, kort samengevat: te verklaren voor recht dat is verboden, alsmede te verbieden:

6. Soortgelijke vorderingen zijn ook in de kruisrakettenzaak(tevergeefs) ingesteld, eveneens onder nummer VII.

– iedere Nederlandse medewerking aan daadwerkelijke inzet van kernwapens in het algemeen;
– het beschikbaar stellen van Nederlandse overbrengingsmiddelen voor de daadwerkelijke inzet van kernwapens;
– het uitvoeren van nucleaire bombardementen met Nederlandse F 16-vliegtuigen, dan wel het anders dan met behulp van F 16-vliegtuigen overbrengen van een equivalent nucleair vermogen;
– iedere vorm van Nederlandse medewerking aan of instemming met de inzet van strategische kernwapens in het kader van de NAVO-strategie;
– iedere vorm van Nederlandse medewerking aan of instemming met de inzet van strategische kernwapens tegen bevolkingscentra;
– iedere inzet van elk nucleair vermogen, groter dan of gelijk aan het laagste explosief vermogen, waarvan de effecten zijn beschreven in de inleidende dagvaarding, tegen militaire doelen in bevolkte gebieden van de tegenstander;
– militairen en (buitengewoon) dienstplichtigen bevelen op te leggen die rechtstreeks of indirect gericht zijn op het gebruik van kernwapens;
met subsidiaire vorderingen, die zich richten tegen een „first-use"-inzet van kernwapens.

Voorts hebben VJV c.s. gevorderd de Staat te gebieden van dit vonnis openbare kennisgeving te doen door middel van publicatie hiervan in de Staatscourant.

De Staat heeft de vorderingen bestreden.

Na een ingevolge een tussenvonnis van 28 april 1993 op 8 september 1993 gehouden comparitie van partijen heeft de Rechtbank bij tussenvonnis van 13 december 1995 een deskundigenbericht gelast en iedere verdere beslissing aangehouden.

Tegen het tussenvonnis van 13 december 1995 hebben VJV c.s. hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage. In hoger beroep hebben VJV c.s. hun eis gewijzigd. De Staat heeft incidenteel hoger beroep ingesteld tegen beide tussenvonnissen van de Rechtbank.

Bij arrest van 20 mei 1999 heeft het Hof het bestreden vonnis vernietigd en, opnieuw rechtdoende, VJV c.s. hun vorderingen ontzegd.

(...)

2. *Het geding in cassatie*

(...)

De conclusie van de Advocaat-Generaal A.S. Hartkamp strekt tot verwerping van het beroep.

De advocaat van VJV c.s. heeft bij brief van 15 juni 2001 op deze ter rolle van 18 mei 2001 genomen conclusie gereageerd. Nu deze reactie meer dan veertien dagen nadat de conclusie was genomen, en derhalve later dan verenigbaar is met de eisen van een goede procesorde in cassatie, bij de Hoge Raad is ingekomen, heeft de Hoge Raad deze brief terzijde gelegd.

3. *Beoordeling van het middel*

3.1 In het onderhavige geding hebben VJV c.s na wijziging van eis gevorderd, samengevat weergegeven en voor zover thans van belang:
– een verklaring voor recht dat de handelingen met betrekking tot de inzet van kernwapens, zoals telkens omschreven in de vorderingen onder I-III, verboden zijn als in strijd met de beginselen van humanitair oorlogsrecht, alsmede een verbod van die handelingen, met telkens als subsidiaire vordering een dienovereenkomstige verklaring voor recht en verbod voor het geval van eerst gebruik („first use");
– een verklaring voor recht dat de instemming met, goedkeuring van en medewerking aan de plannen tot inzet van strategische kernwapens, zoals telkens omschreven in de vorderingen onder IV en V, moeten worden beschouwd als medewerking aan het voorbereiden van oorlogshandelingen die in strijd zijn met de beginselen van humanitair oorlogsrecht, alsmede een bevel die handelingen te staken, met telkens als subsidiaire vordering een dienovereenkomstige verklaring voor recht en bevel voor het geval van eerst gebruik („first use");
– een verklaring voor recht dat de inzet van kernwapens, waarbij een nucleair vermogen wordt gebruikt als omschreven in de vordering onder VI, is verboden als in strijd met de beginselen van humanitair oorlogsrecht, alsmede een verbod van die handelingen, met telkens als subsidiaire vordering een dienovereenkomstige verklaring voor recht en verbod voor het geval van eerst gebruik („first use");
– een verbod van bepaalde categorieën van eisers te verlangen dat opdrachten met betrekking tot de inzet van kernwapens als omschreven in de vordering onder VII, worden nagekomen, alsmede een verbod hun terzake bevelen te geven, met als subsidiaire vordering een verbod voor het geval van eerst gebruik („first use").

3.2.1 In haar tussenvonnis van 28 april 1993 heeft de Rechtbank overwogen dat VJV c.s. in deze procedure uitsluitend de vraag aan de orde stellen of de daadwerkelijke inzet van „Nederlandse" kernwapens al dan niet in strijd is met rechtstreeks werkende beginselen van humanitair oorlogsrecht, te weten: (a) het verbod de burgerbevolking als zodanig doelwit van een aanval te maken, (b) het verbod militaire doelen aan te vallen, indien daarbij onevenredige schade aan de burgerbevolking zou worden toegebracht, en (c) het beginsel dat strijdende partijen onderscheid dienen te maken tussen combattanten en non-combattanten (rov. 2). Zij hebben naar de vaststelling van de Rechtbank hun vordering gegrond op onrechtmatig handelen van de Staat, omdat door de daadwerkelijke inzet van kernwapens, in de context van het NAVO-bondgenootschap, deze beginselen worden geschonden (rov. 3). VJV c.s. hebben dit een en ander in hoger beroep niet bestreden.

De Rechtbank heeft bij tussenvonnis van 13

december 1995 een deskundigenbericht bevolen met betrekking tot de vragen of de beginselen van humanitair oorlogsrecht, die VJV c.s. aan hun vorderingen ten grondslag hebben gelegd, tot het dwingend volkenrecht behoren en, zo ja, of zij rechtstreekse werking hebben.

3.2.2 Het Hof heeft bij het bestreden arrest laatstgenoemd vonnis vernietigd en aan VJV c.s. hun vorderingen ontzegd. Daartoe heeft het Hof, samengevat weergegeven, het volgende overwogen.

De vorderingen van VJV c.s. zijn alle gebaseerd op de stelling dat betrokkenheid van de Staat bij de inzet van kernwapens in strijd is met humanitair oorlogsrecht. Wanneer verondersteller wijs ervan wordt uitgegaan dat de beginselen van humanitair oorlogsrecht rechtstreekse rechten voor burgers scheppen, dan is voor de ontvankelijkheid van de vorderingen van VJV c.s. tevens nodig dat sprake is van een voldoende concreet belang bij de toewijzing daarvan (rov. 3). Voor de ontvankelijkheid van de verbodsvorderingen is ten minste vereist dat sprake is van een reële en geconcretiseerde dreiging dat kernwapens zullen worden ingezet. Dat sprake is van een situatie waarin reëel gevaar bestaat dat kernwapens zullen worden gebruikt en waarbij de Staat betrokken zal zijn, is niet gesteld en daarvan is ook niet gebleken (rov. 4). Voor de ontvankelijkheid van de vorderingen tot verklaring voor recht is noodzakelijk dat de verklaringen voldoende concreet zijn (rov. 5). Naar het oordeel van het Hof hebben VJV c.s. onvoldoende concreet belang bij hun vorderingen en zijn deze vorderingen onvoldoende concreet omschreven, zodat VJV c.s. daarin niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard (rov. 6).

3.3 Bij de beoordeling van de middelen moet het volgende worden vooropgesteld.

VJV c.s hebben aan hun vorderingen ten grondslag gelegd een (dreiging van) onrechtmatig handelen door de Staat. Dit brengt mee dat – zoals overigens in dit geding niet omstreden is – de burgerlijke rechter bevoegd is van deze vorderingen kennis te nemen (art. 112 Gw).

Daarnaast hebben de volgende uitgangspunten te gelden.

A. Het gaat in cassatie uitsluitend om de, door het Hof ontkennend beantwoorde vraag of VJV c.s. ontvankelijk zijn in hun vorderingen. De vraag of de in de vorderingen omschreven handelingen al dan niet als onrechtmatig moeten worden aangemerkt, is derhalve als zodanig niet aan de orde. Niettemin kunnen aspecten van de onrechtmatigheid wel een rol spelen bij de vraag in hoeverre VJV c.s. ontvankelijk zijn in hun vorderingen. Met name voor zover het gaat om de in dit geding gevorderde verklaringen voor recht dat handelingen die nog niet zijn verricht, maar die de Staat naar de stellingen van VJV c.s. in de toekomst zou kunnen verrichten, als onrechtmatig moeten worden aangemerkt, zal moeten worden getoetst of zij op zodanige wijze zijn geformuleerd dat in alle daardoor bestreken gevallen sprake is van onrechtmatigheid. Indien reeds op voorhand blijkt dat de handelingen waarvan in dit geding wordt gevorderd deze verboden te verklaren, op zodanige wijze zijn omschreven dat zij niet alle of niet onder alle omstandigheden onrechtmatig zijn, en de vraag of zij al dan niet onrechtmatig zijn, anders dan in geval van in het verleden verrichte handelingen, ook niet aan de hand van de omstandigheden van het geval kan worden onderzocht, is de verklaring voor recht onvoldoende concreet omschreven. Opmerking verdient hierbij dat het niet tot de taak van de rechter behoort een vordering zodanig te herformuleren dat zij uitsluitend ziet op handelingen die onder alle omstandigheden als onrechtmatig moeten worden beschouwd. Voor zover het betreft een geding als het onderhavige zou dit immers erop neerkomen dat van de burgerlijke rechter een antwoord in algemene zin wordt verlangd op de vraag onder welke omstandigheden het gebruik van kernwapens ongeoorloofd is, met betrekking tot welke vraag ook het Internationaal Gerechtshof blijkens zijn advies van 8 juli 1996 niet tot een definitief oordeel is kunnen komen.

Dit een en ander brengt mee dat een vordering te verklaren voor recht dat in de toekomst te verrichten handelingen als de onderhavige onrechtmatig zijn, indien zij in de hiervoor bedoelde zin onvoldoende concreet zijn omschreven, nimmer voor toewijzing in aanmerking komt, zodat een eiser onvoldoende belang heeft bij een zodanige vordering en derhalve daarin niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Hetzelfde geldt op overeenkomstige wijze voor de onvoldoende concreet omschreven vorderingen strekkende tot een verbod van die handelingen of tot een bevel die handelingen te staken.

B. Aan zijn door het Hof in rov. 5 van het bestreden arrest weergegeven conclusie E heeft het Internationaal Gerechtshof in zijn advies van 8 juli 1996 onder meer de volgende overwegingen ten grondslag gelegd:

„90. Ofschoon de toepasselijkheid van de beginselen en regels van humanitair recht en van het beginsel van neutraliteit op kernwapens nauwelijks wordt bestreden, zijn aan de andere kant de conclusies die uit deze toepasselijkheid worden getrokken controversieel.
91. Volgens het ene standpunt betekent het feit dat het gebruik van kernwapens onderworpen is aan en gereguleerd wordt door het oorlogsrecht, niet noodzakelijkerwijs dat zulk gebruik als zodanig is verboden. (...)
92. Een andere opvatting is dat het gebruik van kernwapens nooit verenigbaar kan zijn met de beginselen en regels van humanitair recht en derhalve verboden is. (...)
93. (...)
94. Het Hof zou willen opmerken dat geen van de staten die de rechtmatigheid van het gebruik van kernwapens in bepaalde omstandigheden bepleiten, (...) heeft aangegeven

wat (...) de precieze omstandigheden zouden zijn die zulk gebruik rechtvaardigen (...). Zodoende is het Hof van mening dat het geen voldoende basis heeft om te beslissen over de geldigheid van deze opvatting.

95. Evenmin kan het Hof de geldigheid bepalen van de opvatting dat het gebruik van kernwapens in iedere omstandigheid onrechtmatig zou zijn vanwege de inherente en volledige onverenigbaarheid van deze wapens met het recht dat van toepassing is gedurende gewapend conflict. Zoals het Hof reeds heeft aangegeven, is zeker dat de beginselen en regels van het recht dat van toepassing is gedurende gewapend conflict – met als kern de doorslaggevende overweging van menselijkheid – tot gevolg hebben dat gewapende vijandelijkheden onderworpen zijn aan een aantal strikte vereisten. Zo zijn methoden en middelen van oorlogvoering verboden die enigerlei onderscheid tussen civiele en militaire doelen uitsluiten of die zouden resulteren in onnodig lijden voor de combattanten. Met het oog op de unieke eigenschappen van kernwapens (...) lijkt het gebruik van dergelijke wapens nauwelijks verenigbaar met de inachtneming van dergelijke vereisten. Niettemin is het Hof van mening dat deze factoren onvoldoende zijn om met zekerheid te kunnen concluderen dat het gebruik van kernwapens in iedere omstandigheid noodzakelijkerwijs onverenigbaar zou zijn met de beginselen en regels van het recht dat van toepassing is in gewapende conflicten.

96. Voorts kan het Hof niet het fundamentele recht op overleven van iedere staat uit het oog verliezen en dus zijn recht tot zelfverdediging, in overeenstemming met artikel 51 van het Handvest, wanneer het overleven van de staat op het spel staat.

Evenmin kan het Hof de praktijk negeren, aangeduid met de „politiek van afschrikking", die gedurende vele jaren door een aanzienlijk deel van de internationale gemeenschap is aangehangen. (...)."

Uit deze overwegingen moet worden afgeleid dat het Internationaal Gerechtshof niet tot het oordeel is kunnen komen dat het gebruik van kernwapens, zelfs als dit in het algemeen in strijd zou zijn met de door VJV c.s. als zodanig aangeduide beginselen van humanitair oorlogsrecht, onder alle omstandigheden ongeoorloofd is.

C. In verband met de vraag of en wanneer het gebruik van kernwapens, indien dit in strijd zou zijn met het oorlogsrecht, ongeoorloofd is, verdient nog aantekening dat de in het onderhavige geding ingestelde vorderingen betrekking hebben op vragen betreffende het beleid van de Staat op het gebied van buitenlandse politiek en defensie, welk beleid in sterke mate zal afhangen van politieke afwegingen in verband met de omstandigheden van het geval. Dit betekent dat de burgerlijke rechter een grote mate van terughoudendheid aan de dag zal moeten leggen bij de beoordeling van vorderingen, als in het onderhavige geding ingesteld, die ertoe strekken handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van buitenlands beleid en defensie, die in de toekomst zouden kunnen worden verricht, reeds thans als onrechtmatig en derhalve als verboden aan te merken. Het is immers niet aan de burgerlijke rechter om deze politieke afwegingen te maken. Bovendien dient de burgerlijke rechter aan de daartoe geroepen organen van de Staat op voorhand voldoende ruimte te laten voor het maken van deze politieke afwegingen aan de hand van, thans niet te voorziene, concrete omstandigheden van het geval, en deze ruimte zo min mogelijk op voorhand te beperken door het opleggen van een verbod waarbij deze omstandigheden niet in aanmerking kunnen worden genomen. Dit geldt niet alleen met betrekking tot de vraag of dergelijke vorderingen al dan niet voor toewijzing vatbaar zijn, maar ook, in het verlengde daarvan en op overeenkomstige gronden als hiervoor onder A vermeld, met betrekking tot de vraag van de ontvankelijkheid.

D. Ten aanzien van de gevorderde verboden van toekomstige handelingen is voor ontvankelijkheid van de vorderingen voorts vereist dat een concreet belang bestaat, in die zin dat er een reële dreiging is dat de handelingen die VJV c.s. verboden willen zien, zullen worden verricht. Bij afwezigheid van een concrete en reële dreiging zou het debat in een burgerlijk geding slechts kunnen gaan over de geoorloofdheid in abstracto. Of een zodanige reële dreiging bestaat is een vraag van feitelijke aard, die dient te worden beantwoord door de rechter die over de feiten oordeelt. In cassatie kan niet worden onderzocht of het door de feitenrechter gegeven antwoord op deze vraag juist is, maar slechts of dit begrijpelijk en toereikend gemotiveerd is. Tegen deze achtergrond overweegt de Hoge Raad met betrekking tot de voorgestelde middelen het volgende.

3.4.1 Onderdeel 1 van middel I keert zich tegen rov. 3 van het bestreden arrest, en met name tegen de samengevatte weergave door het Hof van de vorderingen van VJV c.s., inhoudende dat deze vorderingen zijn gebaseerd op de stelling dat betrokkenheid van de Staat bij de inzet van kernwapens in strijd is met humanitair oorlogsrecht. Het onderdeel verwijt het Hof met deze samenvatting te hebben miskend dat de vorderingen geen betrekking hebben op de inzet van kernwapens in het algemeen, maar enkel op de inzet van kernwapens zoals in de vorderingen telkens is aangegeven, waarbij het, zoals het onderdeel nader specificeert, uitsluitend gaat om de inzet van kernwapens, al dan niet als eerst gebruik, in dichtbevolkt Europees gebied. In de bestreden overweging heeft het Hof niet een omschrijving van de vorderingen van VJV c.s. gegeven, maar de grondslag van deze vorderingen, strijd met humanitair oorlogsrecht, aangegeven. Zoals blijkt uit rov. 1 van zijn arrest, heeft het Hof onderkend dat de

vorderingen betrekking hebben op bepaalde daarin omschreven handelingen. Het onderdeel mist derhalve feitelijke grondslag.

3.4.2 Onderdeel 2 van middel I bestrijdt met een rechts- en een motiveringsklacht het oordeel van het Hof dat voorwaarde voor de ontvankelijkheid van VJV c.s. is dat de beginselen van humanitair oorlogsrecht rechtstreekse rechten voor burgers scheppen. Het onderdeel kan bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden, aangezien het Hof veronderstellenderwijs ervan is uitgegaan dat aan deze voorwaarde is voldaan.

3.4.3 Het Hof heeft in rov. 3 van zijn arrest – in cassatie terecht niet bestreden – geoordeeld dat voor ontvankelijkheid van de vorderingen van VJV c.s. tevens nodig is dat sprake is van een voldoende concreet belang bij toewijzing daarvan. Het heeft dit oordeel hierop doen steunen dat het gaat om vorderingen tot verklaring voor recht en tot het verbieden van handelingen waarvan vaststaat dat de Staat deze nog nooit heeft verricht. Onderdeel 3 van middel I bestrijdt dit laatste als onjuist althans onbegrijpelijk, nu het in de vorderingen onder IV, V en VII gaat om handelingen (onder IV en V: instemming met, goedkeuring van en medewerking aan de voorbereide inzet van kernwapens, resp. onder VII: het eisen dat opdrachten worden nagekomen) die reeds nu worden verricht. Kennelijk heeft het Hof geoordeeld dat het bij deze vorderingen gaat om de voorbereiding van resp. opdrachten met betrekking tot handelingen die nooit zijn verricht, en waarvan thans niet kan worden gezegd dat zij zonder meer en onder alle omstandigheden onrechtmatig zijn, hetgeen meebrengt dat VJV c.s. niet-ontvankelijk zijn in hun vorderingen te verklaren voor recht dat die handelingen onrechtmatig zijn en die handelingen te verbieden. Door te oordelen dat dan ook onvoldoende concreet belang bestaat bij een verklaring voor recht dat de voorbereidingen van die handelingen resp. de opdrachten daartoe onrechtmatig zijn en bij een bevel die voorbereidingen te staken resp. die opdrachten te verbieden, heeft het Hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Dit oordeel is ook niet onbegrijpelijk. Het onderdeel faalt derhalve.

3.5.1 In rov. 4 van zijn arrest heeft het Hof overwogen dat voor de ontvankelijkheid van de verbodsvorderingen ten minste nodig is dat „sprake is van een reële en geconcretiseerde dreiging dat kernwapens zullen worden ingezet". Zoals volgt uit hetgeen hiervoor in 3.3 onder D is overwogen is het Hof aldus uitgegaan van de juiste maatstaf. Anders dan onderdeel 1 van middel II betoogt, heeft het Hof bij de toepassing van deze maatstaf niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. De omstandigheid dat, zoals het onderdeel aanvoert, de „dreiging van daadwerkelijk kernwapengebruik concreet is" en „kernwapens behoren tot de inzetbare wapens" behoefde het Hof niet te leiden tot de slotsom dat sprake is van een reële en geconcretiseerde dreiging. Zoals nader zal blijken bij de bespreking van onderdeel 2 van het middel, waarnaar het onderhavige onderdeel verwijst, heeft het Hof kennelijk en niet onbegrijpelijk de stellingen van VJV c.s. niet aldus verstaan dat sprake is van een dreiging dat kernwapens zullen worden ingezet. Onderdeel 1 van middel II faalt derhalve.

3.5.2 Onderdeel 2 van middel II klaagt over onbegrijpelijkheid en onvoldoende motivering van 's Hofs overweging dat VJV c.s. niet hebben gesteld dat sprake is van „een situatie waarin reëel gevaar bestaat dat kernwapens zullen worden gebruikt en waarbij de Staat betrokken zal zijn". Dat het Hof in de in feitelijke aanleg door VJV c.s. aangevoerde stellingen, waarnaar de toelichting op deze klacht verwijst, niet een betoog als even weergegeven heeft gelezen, berust op een aan het Hof als rechter die over de feiten oordeelt voorbehouden uitleg van de gedingstukken en is niet onbegrijpelijk. Noch de in het onderdeel aangehaalde passage uit het pleidooi in eerste aanleg – waarin uit de omstandigheid dat het gaat om „inzetbare wapens" wordt afgeleid dat een juridisch relevante dreiging bestaat dat deze wapens zullen moeten worden gebruikt – noch de overige passages waarnaar het onderdeel verwijst, noopten het Hof ertoe aan te nemen dat in deze stellingen niet alleen werd gedoeld op de mogelijkheid van het gebruik van kernwapens maar dat daarin ook besloten lag een verwijzing naar een concrete situatie waarin reëel gevaar bestaat dat kernwapens zullen worden gebruikt.

Dat het Hof de stellingen van VJV c.s. inderdaad heeft opgevat zoals hiervoor is weergegeven, blijkt ook uit zijn overweging dat de functie van kernwapens bij de NAVO-strategie vooral de afschrikkende werking is die van de mogelijkheid van het gebruik ervan uitgaat. Het onderdeel bestrijdt weliswaar met een reeks van argumenten dat dit een goede en gewenste strategie zou zijn, maar betoogt niet dat het Hof aldus de NAVO-strategie onjuist heeft weergegeven. Het onderdeel is derhalve tevergeefs voorgesteld.

3.5.3 Met de slotzin van rov. 4 heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat niet is gebleken van meer dan een mogelijkheid dat kernwapens worden gebruikt, alsmede dat het niet aannemelijk acht dat gebruik van kernwapens daadwerkelijk wordt overwogen. Met dit laatste is het Hof ingegaan op de andersluidende stelling van VJV c.s., welke stelling, blijkens hetgeen onderdeel 4 daaromtrent aanvoert, hierop berust dat plannen voor het gebruik van kernwapens worden overwogen en dat met het oog op dat gebruik wordt geoefend, maar niet ook inhoudt dat een situatie bestaat waarin overwogen wordt kernwapens in een gewapend conflict feitelijk te gebruiken. Dit een en ander is niet onbegrijpelijk noch onvoldoende gemotiveerd. In zoverre falen de onderdelen 3 en 4 van middel II derhalve.

Voor zover onderdeel 4 zich met een rechts-

klacht keert tegen de opvatting dat pas van ontvankelijkheid sprake zou zijn aan de vooravond van een daadwerkelijke inzet van kernwapens, is het eveneens tevergeefs voorgesteld. Voor zover het onderdeel bedoelt dat voor ontvankelijkheid vereist is dat een concrete en reële dreiging bestaat dat kernwapens zullen worden gebruikt, omdat in die lezing de bestreden opvatting juist is, en voor zover het onderdeel iets anders bedoelt, omdat het feitelijke grondslag mist, nu het Hof niet is uitgegaan van de opvatting dat andere, strengere vereisten voor de ontvankelijkheid gelden.

3.6.1 In rov. 5 van zijn arrest heeft het Hof de vraag onder ogen gezien of de gevorderde verklaringen voor recht voldoen aan het vereiste dat zij voldoende concreet zijn. Het heeft bij de beantwoording van deze vraag mede betekenis gehecht aan het advies van het Internationaal Gerechtshof van 8 juli 1996, en met name aan het in conclusie E daarvan opgenomen voorbehoud dat voor een extreme situatie, zoals nader omschreven, geen definitieve conclusie kan worden getrokken met betrekking tot de vraag of bedreiging met of gebruik van kernwapens rechtmatig of onrechtmatig zou zijn. Het Hof heeft dit aldus samengevat dat het Internationaal Gerechtshof het gebruik niet onder alle omstandigheden onrechtmatig acht, hetgeen, aldus het Hof, „de noodzaak van de beoordeling van de vorderingen in een concrete situatie onderstreept".

Met dit een en ander heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat ook in de situaties waarop de vorderingen van VJV c.s. betrekking hebben, het gebruik van kernwapens niet altijd en zonder meer onrechtmatig is. In de gedachtengang van het Hof kan zich ook binnen de categorieën van situaties die in de vorderingen van VJV c.s. zijn omschreven, een concreet geval voordoen waarin sprake is van een extreme situatie als door het Internationaal Gerechtshof bedoeld, en waarin dus niet zonder meer kan worden gezegd dat gebruik van kernwapens onrechtmatig is. Het oordeel van het Hof komt derhalve erop neer dat bij de beantwoording van de vraag of het gebruik van kernwapens onrechtmatig is, de omstandigheden van het concrete geval een belangrijke rol vervullen, en dat daarom de verklaringen voor recht die zien op categorieën van gevallen onvoldoende concreet zijn.

Deze gedachtengang en de daarop gebaseerde slotsom van het Hof geven, naar blijkt uit hetgeen hiervoor in 3.3 onder A is overwogen, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn niet onbegrijpelijk. Onderdeel 1 van middel III faalt derhalve.

3.6.2 Met de samenvattende zinswending dat het Internationaal Gerechtshof het gebruik van kernwapens niet onder alle omstandigheden onrechtmatig acht, heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat zich een situatie kan voordoen waarin niet zonder meer kan worden gezegd dat gebruik van kernwapens altijd onrechtmatig is. Dit strookt met hetgeen het Internationaal Gerechtshof heeft overwogen, zodat ook onderdeel 2 faalt. Voor zover dit onderdeel uitgaat van een andere lezing van 's Hofs arrest, mist het feitelijke grondslag.

3.6.3 Onderdeel 3 van middel III gaat ervan uit dat als juist wordt aangenomen dat het gebruik van kernwapens niet onder alle omstandigheden onrechtmatig is, en betoogt dat het Hof eraan is voorbijgegaan dat in beginsel elke in de vorderingen van VJV c.s. omschreven modaliteit van kernwapengebruik reeds aanstonds als onrechtmatig moet worden aangemerkt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt.

Het onderdeel ziet eraan voorbij dat de in de vorderingen omschreven modaliteiten van het gebruik van kernwapens niet zijn toegespitst op een of meer concrete gevallen, maar categorieën van situaties betreffen, en dat niet kan worden gezegd dat dit gebruik in elke onder deze categorieën begrepen situatie onder alle omstandigheden onrechtmatig is.

3.7.1 In rov. 6 van zijn arrest heeft het Hof zijn oordelen op grond van rov. 4 en 5 aldus samengevat, dat VJV c.s. onvoldoende belang hebben bij hun vorderingen en dat deze onvoldoende concreet omschreven zijn. Voor zover de onderdelen 1 en 2 van middel IV deze slotsom van het Hof bestrijden op grond van de, hiervoor ongegrond bevonden, klachten tegen rov. 4 en 5, zijn zij eveneens tevergeefs voorgesteld.

Ook indien juist zou zijn, zoals onderdeel 2 betoogt, dat het Internationaal Gerechtshof in de tweede zin van zijn door het Hof aangehaalde overweging te kennen heeft gegeven niet voor de daar bedoelde situatie tot een oordeel over de onrechtmatigheid te kunnen komen, doet dit niet eraan af dat het Hof hieraan een argument heeft kunnen ontlenen voor zijn oordeel dat de gevorderde verklaringen voor recht concreet omschreven dienen te zijn.

De Hoge Raad voegt hieraan nog toe dat de burgerlijke rechter niet, evenmin als het Internationaal Gerechtshof, in staat is te beoordelen of in de extreme situatie van zelfverdediging het gebruik van kernwapens steeds rechtmatig dan wel onrechtmatig zou zijn. Het antwoord op die vraag zal immers in sterke mate afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval. Dit betekent dat een verklaring voor recht die niet met deze omstandigheden rekening houdt, als onvoldoende concreet omschreven moet worden aangemerkt. Dit wordt niet anders nu VJV c.s. volgens het onderdeel hun vorderingen hebben afgebakend in die zin dat zij betrekking hebben op inzet van kernwapens met een fors nucleair vermogen in dichtbevolkt Europees gebied, reeds omdat die beperkingen niet een zodanige concretisering opleveren dat kan worden geoordeeld dat VJV c.s. voldoende belang bij deze vordering hebben.

Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat ook onderdeel 3 faalt.

3.7.2 De in onderdeel 4 van middel IV ver-

melde belangen van de onderscheiden eisers doen niet af aan het vereiste dat voor een verbod een concrete dreiging moet bestaan dat onrechtmatig gehandeld zal worden. Is van zodanige dreiging geen sprake, dan bestaat onvoldoende concreet belang bij het gevorderde verbod. Dit belang is het belang waarop het Hof in rov. 6 van zijn arrest heeft gedoeld. Het onderdeel faalt derhalve bij gebrek aan feitelijke grondslag.

3.8.1 Onderdeel 1 van middel V richt zich tegen de gegrondbevinding door het Hof van de eerste appelgrief van de Staat. Deze grief was gericht tegen rov. 5 van het eerste tussenvonnis van de Rechtbank en strekte ten betoge dat de enkele omstandigheid dat de beginselen van humanitair oorlogsrecht rechtstreekse rechten voor burgers scheppen, nog niet meebrengt dat een burger een voldoende processueel belang heeft bij een daarop gebaseerde vordering. Met haar rov. 5 heeft de Rechtbank een vereiste voor ontvankelijkheid van VJV c.s. vooropgesteld, maar, zoals het onderdeel ook zelf met juistheid veronderstelt, dit betekent niet dat, als dit vereiste is vervuld, voor ontvankelijkheid niet ook nog aan andere vereisten zou moeten zijn voldaan. Zulks blijkt ook uit het bestreden arrest van het Hof: het Hof gaat immers veronderstellenderwijs ervan uit dat aan het door de Rechtbank vooropgestelde vereiste is voldaan, maar komt niettemin op andere gronden tot niet-ontvankelijkheid.

Anders dan het onderdeel aanvoert, vloeit hieruit niet voort dat de Staat niet-ontvankelijk is in zijn hoger beroep. Het stond de Staat vrij van het tussenvonnis van de Rechtbank in hoger beroep te gaan en aan het Hof de vraag voor te leggen of de Rechtbank niet reeds op andere gronden tot niet-ontvankelijkheid van VJV c.s. in hun vorderingen had moeten komen.

3.8.2 Onderdeel 2 van middel V kan bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden, nu de door het onderdeel aangevallen kwalificatie „algemeen en abstract" niet door het Hof is gebruikt. Dit wordt niet anders doordat het Hof de appelgrief van de Staat, waarin deze kwalificatie wel voorkomt, gegrond heeft bevonden. Gegrondbevinding van deze grief betekent niet dat het Hof alle daarin gebruikte formuleringen overneemt.

3.9 Middel VI heeft betrekking op de vordering onder VII, die strekt tot het opleggen van een verbod aan de Staat om aan de eisers in het onderhavige geding die een militaire hoedanigheid hebben, bevelen te geven die zijn gericht op een nader omschreven inzet van kernwapens, of de verplichting op te leggen zodanige bevelen te gehoorzamen. Deze vordering veronderstelt dat de inzet van kernwapens, zoals daar nader omschreven, onder alle omstandigheden onrechtmatig is, voor welke veronderstelling naar uit het vorenoverwogene volgt onvoldoende grond bestaat. Zoals blijkt uit de tweede alinea van rov. 6 van het bestreden arrest, heeft ook het Hof kennelijk geoordeeld dat deze vordering afstuit op hetgeen het met betrekking tot de overige vorderingen had overwogen, welke overwegingen in cassatie tevergeefs zijn bestreden. Het onderdeel faalt derhalve.

3.10 Middel VII heeft geen zelfstandige betekenis en behoeft derhalve geen afzonderlijke behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt VJV c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Staat begroot op f 575 aan verschotten en f 3000 voor salaris.

Noot:

1. De casuspositie lijkt enigszins op die van het kruisraketten-arrest (HR 10 maart 1989, *NJ* 1991, 248), maar er zijn toch significante verschillen, en het verloop van de procedure is ook anders. In het geval van 1989 waren de vorderingen aldus geformuleerd dat de volle klemtoon viel op de onrechtmatigverklaring van de „plaatsing" van kruisraketten op Nederlandse bodem; daarop had het politieke debat ook betrekking gehad. Thans valt de nadruk op de onrechtmatigverklaring van „handelingen met betrekking tot de inzet van kernwapens" en een verbod van die inzet in geval van eerste gebruik, met name ten aanzien van de burgerbevolking. De plaatsing van kruisraketten door de Nederlandse regering was destijds beter voorstelbaar dan het gebruik van kernwapens thans. Nederland maakte zich toen op om Amerikaanse kruisvluchtwapens te stationeren op Nederlandse bodem; het maakt zich nu helemaal niet op, voor zover althans valt na te gaan, om kernwapens te bezigen.

Eisende partijen zijn thans, behalve de beide ideële organisaties die het voortouw hebben genomen (Vereniging van Juristen voor de Vrede en Stichting Miljoenen zijn tegen), met name enige duizenden particulieren, deels wonend op Duits en Pools territoir. Dat moet, in de voorstelling van eisers, waarschijnlijk het „nucleaire theater" zijn of worden; maar die gedachte steunt op een strategische conceptie die al lang tot het verleden behoort. De dagvaarding in eerste aanleg is overigens uitgebracht in mei 1992, zodat de voorstudies in 1991 zullen zijn verricht, toen de strategische situatie minder duidelijk was dan nu.

2. Een zaak als deze roept een algemeen probleem op. De actie uit onrechtmatige daad wordt langzamerhand geschikt geacht om elk onopgelost maatschappelijk vraagstuk, ongeacht de aard daarvan, aan het oordeel van de civiele rechter te onderwerpen. Er is altijd wel een ideële organisatie te vinden die als eisende partij zal optreden: de Landelijke Vereniging Blijf van mijn Lijf in geval van vrouw-onvriendelijke publikaties (*NJ* 1996, 346); de Stichting

Rechtenvrouw bij bezwaar tegen wetgeving inzake limitering van de alimentatie (*NJ* 1997, 434); de Stichting Miljoenen zijn tegen als het om de opslag van kernafval gaat (*NJ* 1998, 656). En in het geval van het geding om het pensioen van de weduwe Rost van Tonningen (*NJ* 1994, 734) was eisende partij zelfs de „Stichting herwaardering pensioenen NSB-Kamerleden" (Rost was de enige die in deze categorie viel).

Het is niet onmogelijk dat het hierbij om een structurele ontwikkeling gaat. Er zijn nogal wat actievoerders die de rechter zien als appelinstantie van politieke beslissingen; en de jurisprudentie geeft soms voet aan die veronderstelling. In Duitsland is deze ontwikkeling verder voortgeschreden. De rechtssocioloog Erhard Blankenburg heeft onlangs een studie gemaakt van het gebruik dat van de Verfassungsbeschwerde wordt gemaakt (Kritische Justiz 1998/2, p. 203). Ik breng even kort in herinnering dat de Verfassungsbeschwerde een actie is die ieder kan instellen bij de federale constitutionele rechter, het Bundesverfassungsgericht, wiens of wier grondrechten of „grundrechtsähnliche" rechten door een overheidsorgaan zijn geschonden. Voorwaarde is wel dat eerst de gewone rechtsweg is uitgeput. In feite werkt de Verfassungsbeschwerde daarom als een soort grondrechtelijk getint „super-appel". Bij zeer betwiste politieke beslissingen, zoals indertijd bij de volkstelling, lopen de Verfassungsbeschwerden bij dozijnen tegelijk binnen bij het constitutionele hof. Blankenburg bestudeert de moeilijkheden waartoe die massaliteit aanleiding geeft, maar hij denkt niet dat de druk zal verminderen. Dat brengt hem tot de fraaie beeldspraak dat het constitutionele hof bezig is zich, via de Verfassungsbeschwerde, te ontwikkelen tot „Nebenbühne der Politik und Klagemauer der Bürger". De HR staat, denk ik, een soortgelijk lot te wachten wanneer de huidige ontwikkeling van het onrechtmatige-daadsrecht zich doorzet.

3. De meeste arresten van de HR zijn aldus opgebouwd dat bij de aanvang van de juridische redenering (meestal r.o. 3.1) een recapitulatie van de feiten wordt gegeven. Ook het kruisraketten-arrest stak zo in elkaar: bij wijze van feitelijke grondslag werd gewag gemaakt van de diplomatieke onderhandelingen en de politieke beslissingen die tot het plaatsingsbesluit hadden geleid. Ook zo'n semi-feitelijke grondslag ontbreekt in het onderhavige geval: er zijn geen internationale afspraken of nationale beslissingen waarnaar kon worden verwezen. Ook op uitlatingen of handelingen van de Nederlandse regering wordt, althans wat de hoofdvordering betreft, geen beroep gedaan.

De HR maakt van de nood een deugd door niet met de feiten aan te vangen maar door enkele „vooropstellingen" te formuleren (r.o. 3.3). Zij moeten worden beschouwd als de juridische overwegingen die speciaal voor deze zaak van belang zijn. Twee daarvan vormen algemene achtergrondoverwegingen: de verwijzing naar het belang van de politieke besluitvorming in defensiekwesties, en die naar het advies van het Internationaal Gerechtshof (IGH) over de volkenrechtelijke geoorloofdheid van het gebruik van kernwapens. Dat advies is in 1996 uitgebracht, toen de onderhavige zaak al aanhangig was, en het zal de eisers hebben teleurgesteld. Het advies is immers buitengewoon voorzichtig geformuleerd; het laat bovendien met zoveel woorden de mogelijkheid van geoorloofd gebruik van kernwapens open, met name wanneer het overleven van de staat (de heilige koe uit het volkenrecht) op het spel staat. Het Haagse hof leidt hieruit af dat volgens het IGH gebruik van kernwapens niet onder alle omstandigheden onrechtmatig is, „hetgeen de noodzaak van een beoordeling van de vorderingen in een concrete situatie onderstreept". De ontvankelijkheidsproblematiek wordt aldus gekoppeld aan de onrechtmatigheidsvraag: zie ook HR, r.o. 3.6.1 en 3.7.1.

De beide andere „vooropstellingen" betreffen de ontvankelijkheid: zij verlangen concretisering van de ingestelde vordering. De AG Hartkamp (as he then was) had het concretiseringsdebat uit de verwarring getild waarin het terecht dreigde te komen, door een nauwkeurig onderscheid te maken tussen twee vormen van concretisering. De eerste vraag is die van de reikwijdte: welk gebruik zal in de voorstelling van eisers worden gemaakt van het nucleaire potentieel. De tweede vraag is die van de dreiging van schade: zijn er argumenten die erop wijzen dat de Nederlandse overheid plannen heeft om kernwapens te gaan inzetten. Zie concl. no. 11, waar deze ontvankelijkheidseisen beschouwd worden als algemene criteria voor de actie tot verkrijging van een declaratoir vonnis. Het gerechtshof had de zaak op de laatste van deze twee eisen laten stranden, en de HR laat die oplossing in stand.

De eisende partijen beweerden dat sprake was van een reële en geconcretiseerde dreiging omdat „kernwapens behoren tot de inzetbare wapens", hetgeen op de mogelijkheid van onmiddellijk gebruik zou wijzen. Het gerechtshof en de HR zijn echter van dat argument niet onder de indruk: „inzetbaar" doelt niet alleen op de mogelijkheid van „gebruik" van kernwapens, aldus de HR (r.o. 3.5.2); in de NAVO-strategie lag de nadruk op de „afschrikkende werking" die van mogelijk gebruik uitgaat. Een interessant debat, maar nauwelijks geschikt voor oordeelsvorming door de civiele rechter.

4. Nederlandse rechters gaan vaak nogal omzichtig om met internationaal recht (EVRM en EG-recht niet meegerekend). Dat is ook niet hun dagelijkse kost. Wanneer het evenwel om internationaal humanitair oorlogsrecht gaat, is er m.i. een extra-reden tot voorzichtigheid. De Nederlandse rechter heeft weinig greep op de ontwikkeling van dat recht. De invloed van de feiten is er nog altijd buitengewoon groot, en de HR is minder gekwalificeerd om leiding te ge-

ven aan dit soort ontwikkelingen dan het IGH, en straks de internationale strafhoven. De groei van het humanitaire oorlogsrecht is vaak een reactie op oorlog en grootschalige wandaden, en de mensheid is inventief in het uitvinden van steeds nieuwe en meer geraffineerde oorlogshandelingen en wandaden. De HR kan dan niet op dezelfde manier met het recht omgaan als wanneer het zou gaan om faillissementsrecht of arbeidsrecht. Misschien zou de burgerlijke rechter zich de gedachte van Blankenburg moeten aantrekken door zich primair te realiseren wat zijn wezenlijke functie is in geschillen van deze aard: klaagmuur voor de burgers en zijtoneel van de politiek. Het echte drama speelt zich af op een ander toneel.

TK

Nr. 218

HOGE RAAD (Strafkamer)
11 september 2001, 00167/00
(Mrs. C.J.G. Bleichrodt, F.H. Koster, A.M.M. Orie, J.P. Balkema, B.C. Savornin Lohman; A-G Fokkens; m.nt. YB)
JOL 2001, 471

1. Ten onrechte niet beslist op herhaald verzoek eerder afgewezen getuigen te horen en niet beslist op verzoek stukken toe te voegen aan het dossier.

2. Plaatsing peilbaken in Franse haven met toestemming Franse autoriteiten rechtmatig. Het opvangen van signalen van het onder het schip geplaatst peilbaken buiten de Franse territoriale wateren valt niet onder art. 17, lid 3 van het Verdrag tegen de sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen.

(Sv art. 315, 328, 330, 338; Verdrag tegen de sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen art. 17 lid 3)

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 22 oktober 1999, parketnummer 22/001471-98, in de strafzaak tegen C.J. G., adv. H.K. ter Brake, te Hoorn.

Hof:

1. De uitspraak

Het Hof heeft in hoger beroep de verdachte ter zake van 1. „deelneming aan een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven", 2. en 4. „medeplegen van opzettelijk handelen in strijd met een in artikel 3, eerste lid, onder A, van de Opiumwet gegeven verbod, meermalen gepleegd" en 3. „medeplegen van poging tot opzettelijk handelen in strijd met een in artikel 3, eerste lid, onder A, van de Opiumwet gegeven verbod" veroordeeld tot drie jaren en zes maanden gevangenisstraf, alsmede tot een geldboete van vijftigduizend gulden, subsidiair éénhonderdtachtig dagen hechtenis, met verbeurdverklaring zoals in het arrest omschreven.

Cassatiemiddelen:

Middel I

Het recht (art. 6 EVRM) is geschonden en/of op straffe van nietigheid in acht te nemen vormen (artt. 315 en 330 Sv. jo. art. 415 Sv.) zijn verzuimd, omdat het hof in het bestreden eindarrest geen beslissing heeft genomen over het ter terechtzitting dd 8 oktober 1999 gedane verzoek twee getuigen te horen, terwijl dit verzoek had moeten worden toegewezen;

Toelichting

1. Blijkens de onderdelen 1.1 t/m 1.9 van de ter terechtzitting in hoger beroep dd 8 oktober 1999 overgelegde pleitnota heeft de raadsman aldaar de stelling betrokken dat – samengevat – de CID-ambtenaar Mosterd tijdens een cursus waarin hij als docent optrad gedetailleerd op de onderhavige zaak is ingegaan en dat de door hem alstoen gegeven informatie inhoudt dat in de stukken van het voorbereidend onderzoek (onder meer) is verzwegen dat er is gefiltreerd en dat het openbaar ministerie deswege in zijn vervolging niet ontvankelijk moet worden verklaard.

2. Dàt die informatie is gegeven is in het gerechtelijk vooronderzoek verklaard door de hoofdagent van politie Klinkenberg, die de cursus heeft bijgewoond. De eveneens in dat gerechtelijk vooronderzoek gehoorde getuige Mosterd bestrijdt echter dat hij die informatie tijdens die cursus heeft gegeven.

3. Blijkens onderdeel 1.5 van diezelfde pleitnota heeft de raadsman van de verdachte, omdat in het vonnis in eerste aanleg was geoordeeld dat het onwaarschijnlijk was dat die informatie inderdaad was gegeven, verzocht om strafvervolging van Klinkenberg wegens verdenking van valsheid in geschrift, welk verzoek door de officier van justitie Van den Broek is afgewezen.

4. In een tussenarrest dd 29 januari 1999 heeft het hof het op art. 263 Sv. jo. art. 414 Sv. gestoelde verzoek van de verdediging om Mosterd èn Klinkenberg als getuigen te horen afgewezen, *aangezien zij over het gestelde punt reeds door de rechter-commissaris gehoord zijn in het bijzijn van de raadsman. Derhalve kan door het achterwege blijven van dagvaarding of oproeping van de genoemde getuigen de verdachte redelijkerwijs niet in zijn verdediging worden geschaad.*

5. De hiervoor omschreven gang van zaken heeft ertoe geleid dat de raadsman blijkens onderdeel 1.6 van eerdergenoemde pleitnota vertwijfeld het volgende heeft aangevoerd en verzocht:

Het mag niet zo zijn dat op deze manier de poten onder de verdediging worden weg gezaagd, zonder dat het hof zich zelf een oor-

leving van art. 51 Sv niet in staat is geweest om zijn cliënt op de dienende dag te verdedigen (HR 5 maart 1991, NJ 1991, 546), maar niet wanneer de raadsman op de zitting ten onrechte de mond is gesnoerd.

4. De hier verdedigde opvatting kan op korte termijn tot ernstige capaciteitsproblemen leiden. Om die reden zou ik willen pleiten voor een gefaseerde implementatie van de nieuwe Straatsburgse jurisprudentie. In de overgangssituatie kan terugwijzing achterwege blijven. Strijd met het verdrag levert dat als gezegd vermoedelijk niet op. Daar komt bij dat het verdrag verplicht tot berechting binnen redelijke termijn, en dat het Europese Hof daarom aan maatregelen die verstopping van de strafrechtsketen beogen tegen te gaan, een *legitimate aim* toeschrijft (vgl. EHRM 2 maart 1987, NJ 1991, 165 m.nt. EAA). Enig begrip voor de overgangsproblemen zal men in Straatsburg vast wel kunnen opbrengen.

Verdedigbaar lijkt mij gelet op het voorgaande ook, dat de Hoge Raad zich de eerste tijd terughoudend opstelt, en dus niet casseert op grond van het enkele feit dat de raadsman van de niet verschenen verdachte in appel (naar achteraf blijkt, ten onrechte) het woord is onthouden. De overgangssituatie vraagt om differentiatie. Daarbij kan aansluiting worden gezocht bij de beide arresten van het Hof. Lala werd in hoger beroep veroordeeld tot twee weken gevangenisstraf. Hij was niet verhinderd om te verschijnen, maar bleef weg, naar zijn zeggen omdat hij bang was opgepakt te worden in verband met een nog openstaande boete. Voor de rechter Matscher was dat reden om in deze zaak tegen te stemmen. Voor het Hof is met de constatering dat het verdrag geschonden is, de kous af. Die constatering levert naar zijn oordeel voor Lala „sufficient just satisfaction" op. In de zaak Pelladoah is het oordeel van het Hof wél unaniem. Pelladoah werd in eerste aanleg veroordeeld tot zes maanden hechtenis en vervolgens het land uitgezet. In hoger beroep werd hij bij verstek veroordeeld tot negen jaar gevangenisstraf. „The importance of what was at stake for the applicant" noemt het Hof uitdrukkelijk een factor die in de beschouwing moet worden betrokken. Bij de vraag naar de schadevergoeding gaat het Hof in op een suggestie van de Commissie om de Nederlandse regering te verzoeken de opgelegde straf niet te executeren zonder eerst de zaak te heropenen. Het Hof stelt, onder verwijzing naar zijn bevoegdheden, dat het niet in de positie is om de suggestie te ondersteunen. De boodschap is intussen duidelijk. De Hoge Raad blijft redelijk in het spoor van het Hof als hij de vraag of het bestreden arrest over de kop moet, in de overgangsfase laat afhangen van factoren als de zwaarte van de opgelegde straf en de procesopstelling van de verdachte (reden van wegblijven; wel of geen bekentenis).

5. De arresten van het Hof vragen op middellange termijn om een bezinning op de inrichting van het strafproces. Myjer (L.a.p., p. 1237) stelt wijzigingen voor in de regeling van de rechtsmiddelen. Men kan zich daarbij afvragen of niet ook de wettelijke regeling van het onderzoek ter zitting moet worden aangepast. Zo zijn het verlenen van verstek en het weer vervallen verklaren van dat verstek geworden tot formaliteiten die hun oorspronkelijke betekenis hebben verloren. Natuurlijk moet in het proces-verbaal vastgelegd worden dat de verdachte niet is verschenen, maar een tussenvonnis is daarvoor niet nodig. Een vraag van meer gewicht is of de wetgever en de rechterlijke macht niet zouden moeten zoeken naar andere methoden om te bewerkstelligen dat de verdachte ter zitting verschijnt. Accepteren wij een strafproces waarbij de (persoon van de) verdachte geheel buiten beeld kan blijven?

Kn

Nr. 734

HOGE RAAD
22 januari 1993, nr. 14 926
(Mrs. Martens, Roelvink, Korthals Altes, Neleman, Heemskerk; A-G Koopmans; m.nt. CJHB)
RvdW 1993, 39

Pensioen weduwe Rost van Tonningen. Verzetsorganisaties en oud-verzetsstrijders vorderen verklaring voor recht dat pensioenbeschikkingen in strijd waren met het recht c.q. dat de Staat wordt verboden in het openbaar het standpunt in te nemen dat beschikkingen rechtmatig waren. Vereisten voor verklaring voor recht. Vrijheid van meningsuiting regering.

Een verklaring voor recht kan slechts worden uitgesproken op vordering van één der bij een bepaalde rechtsverhouding onmiddellijk betrokkenen en kan enkel dienen tot het op jegens de andere betrokkenen bindende wijze vaststellen van haar bestaan of preciseren van haar inhoud. Aan deze vereisten is te dezen niet voldaan. De stichting c.s. zijn niet onmiddellijk betrokkenen bij de rechtsverhouding waarop de door hen gevorderde verklaring voor recht betrekking heeft, de rechtsverhouding tussen de Staat en de weduwe Rost van Tonningen.

Het gevorderde verbod betreft een mening over een rechtsvraag waarbij de stichting c.s. niet onmiddellijk zijn betrokken, te weten de vraag of de pensioenbeschikkingen ten aanzien van mevr. Rost van Tonningen op zichzelf regelmatig genomen zijn. De regering heeft deze mening uitgesproken in een openbaar debat over een publieke zaak. Het zowel in de Grondwet als in internationale verdragen neergelegde recht op vrijheid van meningsuiting, waarop ook de regering aanspraak heeft, brengt mede dat de Staat dan niet in rechte kan worden aangesproken op grond van de stelling dat de door

*de regering aldus uitgesproken mening onjuist is. Het recht van meningsuiting beschermt immers, zeker in een publiek debat als het onderhavige, in beginsel ook meningen waaraan anderen aanstoot kunnen nemen of waardoor anderen worden geschokt. Het Europese Hof voor de rechten van de mens heeft op dit aspect herhaaldelijk gewezen.**

(BW (oud) art. 1401; BW art. 3:302, 6:162; Gr.w. art. 7; EVRM art. 10, IVBP art. 19)

De Staat der Nederlanden (Ministerie van Binnenlandse Zaken), te 's-Gravenhage, eiser tot cassatie, voorwaardelijk incidenteel verweerder, adv. mr. J.L. de Wijkerslooth,

tegen

1. De Stichting Herwaardering Pensioenen NSB-kamerleden, te Hoenderloo, gem. Apeldoorn,
2. De Vereniging van Anti Fascistische Oud-Verzetstrijders Nederland, Bond van Antifascisten, te Hoenderloo, gem. Apeldoorn,
3. Saapke Zwart-Goulooze, te Amsterdam, en 34 anderen, verweerders in cassatie, voorwaardelijk incidenteel eisers, adv. mr. A.B.B. Beelaard.

Rechtbank:

1. Ten processe staat tussen partijen, voorzover thans van belang, het volgende vast.

1.1. Na de Tweede Kamer-verkiezingen van 1937 werd onder anderen het lid van de NSB, M.M. Rost van Tonningen, verkozen verklaard. Rost van Tonningen werd in de loop van 1940 door de rijkscommissaris benoemd tot commissaris voor de „Marxistische partijen". Per 26 maart 1941 werd hij door de Duitse bezetter benoemd tot president van De Nederlandsche Bank en in april 1941 werd hij benoemd tot waarnemend secretaris-generaal van het Ministerie van Financiën en tot secretaris-generaal van het Ministerie van Bijzondere Economische Zaken. Bij de aanvaarding van deze functies heeft Rost van Tonningen geen ontslag als kamerlid genomen.

Rost van Tonningen overleed op 6 juni 1945.

1.2. Aan de weduwe van Rost van Tonningen is bij KB van 15 mei 1950 met toepassing van de wet van 21 nov. 1924 tot uitvoering van art. 90 laatste lid Grondwet (Gr.w) (Stb. 522) een pensioen toegekend met ingang van 27 aug. 1947. In 1956 en latere jaren hebben diverse wijzigingen en herberekeningen van dit pensioen op basis van wettelijke regelingen plaatsgevonden.

1.3. De pensioenwet voor kamerleden en hun nabestaanden is met ingang van 1 jan. 1970 vervangen door de wet van 10 dec. 1969 (Stb. 594), de Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers (verder ook te noemen: Appa). De Appa, zoals nader gewijzigd, vormt thans de grondslag voor de pensioenuitkeringen aan de weduwe Rost van Tonningen.

1.4. Uit art. 129 Appa vloeit voort dat een herziening van een beslissing genomen met toepassing van de vroegere pensioenwet(ten) niet meer mogelijk is nadat vijf jaren zijn verstreken sinds het tijdstip van inwerkingtreding van de Appa (op 1 jan. 1970). Herziening van de pensioenbeslissingen ten aanzien van de weduwe Rost van Tonningen is vanaf 1 jan. 1975 nog slechts mogelijk bij wet in formele zin met inachtneming van het bepaalde in art. 63 Gr.w dat de kamers der Staten-Generaal een voorstel van wet terzake alleen kunnen aannemen met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen.

1.5. Een herziening van het pensioen van de weduwe Rost van Tonningen bij wet is in de Tweede Kamer der Staten-Generaal uitvoerig aan de orde geweest. Het overleg in de Tweede Kamer heeft evenwel niet geleid tot wetswijziging. De beraadslagingen hebben plaatsgevonden in de jaren 1986, 1987 en 1988. Zij werden ingeleid door een brief van de minister van Binnenlandse Zaken d.d. 17 nov. 1986, waarin het kabinetsstandpunt is verwoord over de rechtmatigheid van de pensioentoekenning aan de weduwe Rost van Tonningen op basis van het kamerlidmaatschap van haar echtgenoot en waarbij aan de Tweede Kamer het rapport van een ambtelijke werkgroep over deze aangelegenheid d.d. 13 juni 1986 is aangeboden (produkties 1 en 2 conclusie van eis).

2. Met de hiervoor onder de feiten weergegeven vordering tot verklaring voor recht beogen eisers een eerste stap te zetten tot beëindiging van het pensioen van de weduwe Rost van Tonningen.

Eisers sub 1 (verder ook te noemen: de stichting) stelt op grond van haar statutaire doelstelling recht en belang te hebben bij een vaststelling in rechte van het onrechtmatig karakter van de pensioenbesluiten ten aanzien van de weduwe Rost van Tonningen in 1950 en 1956.

Eiseres sub 2 (verder ook te noemen: de vereniging) stelt dat het rechtsgevoel van haar leden is geschokt en dat velen psychische schade wordt toegebracht door het feit dat in deze zaak geen recht wordt gedaan en dat de minister van Binnenlandse Zaken heeft besloten het dossier van de pensioentoekenning aan de weduwe Rost van Tonningen te sluiten.

Eisers sub 3 t/m 37 (zichzelf omschrijvend als oud-verzetsmensen, slachtoffers van de Naziterreur en andere oprechte anti-fascisten) vinden het onverdraaglijk dat de minister van Binnenlandse Zaken zich nog steeds op het standpunt stelt dat de bedoelde pensioenbesluiten rechtmatig zijn genomen en dat het deswege in strijd met de rechtszekerheid zou zijn om deze pensioenverlening op een of andere manier ongedaan te maken.

Eisers hebben de minister van Binnenlandse Zaken bij brief d.d. 8 dec. 1988 gesommeerd om zijn bereidheid tot heroverweging van de

* Zie ook AB 1993, 198, m.nt. FHvdB; *red.*

rechtmatigheid en regelmatigheid van meergenoemde pensioentoekenning uit te spreken, hetgeen de minister heeft geweigerd.

Eisers hebben uitvoerig uiteengezet dat naar hun oordeel de minister van Binnenlandse Zaken door deze weigering onrechtmatig jegens hen handelt.

3. Gedaagde voert verweer.

Allereerst voert gedaagde aan dat eisers om meerdere reden niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard in hun vordering.

Voorts beroept gedaagde zich op de verjaringstermijn van art. 2004 BW. Ook voert gedaagde inhoudelijk verweer tegen de vordering van eisers.

4. Eisers zullen op na te melden gronden niet-ontvankelijk worden verklaard in hun vordering.

4.1. In de eerste plaats hebben eisers geen rechtens relevant belang bij hun vordering.

Immers, het belang van een eiser bij een verklaring voor recht is niet aanwezig, indien het vonnis van de rechter „niet vermag baat te brengen ten opzichte van de wederpartij" (HR 15 dec. 1939, NJ 1940, 206, m.nt. EMM).

Een dergelijk geval doet zich hier voor, nu de toekenning van meergenoemd pensioen aan de weduwe Rost van Tonningen slechts bij wet in formele zin met een gekwalificeerde meerderheid als genoemd in art 63 Gr.w kan worden gewijzigd c.q. ingetrokken.

Dit wordt niet anders, nu met de gevraagde verklaring voor recht door eisers wordt beoogd bij te dragen aan het herstel van geschonden rechtsgevoel en van psychische schade ten gevolge van (het bekend worden van) de volgens eisers onjuiste toekenning van meergenoemd pensioen, dan wel het onverdraaglijk achten van de besluitvorming met betrekking tot dit pensioen, een en ander bij gelegenheid van de pleidooien door eisers ook aangeduid als het algemene belang van de zedelijkheid.

4.2. In direct verband met het vorenstaande geldt voorts dat de vordering – uitsluitend strekkend tot een verklaring voor recht dat gedaagde jegens eisers een onrechtmatige daad heeft gepleegd – slechts toelaatbaar is indien eisers er belang bij hebben dat zodanige de wederpartij bindende verklaring reeds dadelijk door de rechter wordt gegeven (HR 30 maart 1951, NJ 1952, 29, m.nt. PhANH).

Daarvan is in dit geval geen sprake.

Immers, er zijn geen bijzondere omstandigheden gesteld of gebleken, die een splitsing van eisers rechtsvordering in afzonderlijke vorderingen betreffende erkenning van recht en veroordeling tot prestatie rechtvaardigen. Aldus wordt niet voldaan aan de door de Hoge Raad gestelde criteria, die zijn ingegeven door „de eisen van een behoorlijke procesvoering en het belang der rechtspleging".

4.3. Daarbij komt nog dat eisers ook niet zijn aan te merken als onmiddellijk betrokken (rechts)persoon bij de rechtsverhouding tussen gedaagde en de weduwe Rost van Tonningen als bedoeld in art. 3.11.7 NBW.

5. Nu eisers reeds op grond van het onder 4 overwogene in hun vordering niet-ontvankelijk moeten worden verklaard, kan in het midden worden gelaten a. of er nog andere gronden bestaan om tot niet-ontvankelijkheid van de stichting en de vereniging te concluderen en b. of de vordering niet reeds is verjaard op grond van het bepaalde in art. 2004 BW.

6. Eisers zullen als de in het ongelijk gestelde partij met de kosten van deze procedure worden belast, zoals hierna weer te geven.

(enz.)

Hof:

Beoordeling van het hoger beroep

1. Tegen de onder 1 in het bestreden vonnis vastgestelde feiten zijn geen grieven aangevoerd, zodat ook het hof van deze feiten zal uitgaan, waarbij echter aantekening verdient dat de vaststelling volgens welke Rost van Tonningen, toen hij in dat vonnis onder 1.1 vermelde functies aanvaardde, geen ontslag als kamerlid heeft genomen, aldus moet worden verstaan, dat hij toen niet bij de Tweede Kamer of bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken zijn ontslag als kamerlid heeft ingediend.

2. Appellanten hebben gevorderd voor recht te verklaren dat de onder 1.2 in bedoeld vonnis vermelde toekenning van pensioen aan de weduwe Rost van Tonningen, zoals die op 15 mei 1950 tot stand kwam, en de herziening die in 1956 op de hoogte van dit pensioen is aangebracht „in strijd met en met schending van het recht hebben plaatsgevonden, zodat deswege deze pensioentoekenning en deze herziening van het pensioen als onregelmatig en onrechtmatig moeten worden aangemerkt". In hoger beroep hebben zij subsidiair daaraan nog toegevoegd een vordering dat aan de Staat wordt verboden om, kort gezegd, in het openbaar een tegenovergesteld standpunt in te nemen.

3. De rechtbank heeft appellanten in hun vordering niet-ontvankelijk verklaard en is dus aan een materieel onderzoek van die vordering niet toegekomen. Zij was namenlijk van oordeel dat, nu het omstreden pensioen slechts bij wet in formele zin met gekwalificeerde meerderheid van stemmen kan worden gewijzigd of ingetrokken (art. 63 Gr.w), appellanten geen „rechtens relevant belang" bij die vordering hebben. Verder meende zij, in verband hiermee, dat het instellen van een vordering, uitsluitend strekkende tot een verklaring voor recht zoals hierboven bedoeld, in casu afstuit op „de eisen van een behoorlijke procesvoering en het belang der rechtspleging". Tenslotte was zij van oordeel dat appellanten niet zijn aan te merken als onmiddellijk betrokken (rechts)personen bij de rechtsverhouding tussen de Staat en de weduwe Rost van Tonningen in de zin van art. 3.11.7 NBW. Bij een en ander liet de rechtbank de gegrondheid van enkele andere, door de Staat opgeworpen niet-ontvankelijkheidsverweren,

waaronder een beroep op verjaring van art. 2004 BW, uitdrukkelijk in het midden.

4. Appellanten hebben met hun acht grieven dit oordeel in zijn verschillende onderdelen bestreden. Zij stellen zich op het standpunt dat de rechtbank ten onrechte een niet-ontvankelijkverklaring heeft uitgesproken. De Staat heeft daarentegen de juistheid van deze beslissing staande gehouden. De aldus opgeworpen respectievelijk tegengesproken grieven lenen zich voor een gezamenlijke behandeling. Het hof zal dus thans de ontvankelijkheidsvraag, voorzover partijen daarover van mening verschillen, samenhangend bespreken.

5. Daarbij wordt vooropgesteld dat de burgerlijke rechter in de rechtsverhouding tussen de Staat en de weduwe Rost van Tonningen (verder: de weduwe) in zoverre geen taak heeft en niet bevoegd is in te grijpen dat, nu tegen de bestreden pensioentoekenningen een voor de weduwe met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang heeft opengestaan, deze toekenningen slechts door de formele wetgever zouden kunnen worden gewijzigd (vgl. art. 63 Gr.w in verband met art. 129 Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers). Deze staatsrechtelijke verdeling van bevoegdheden brengt mee dat voor de burgerlijke rechter, wat die rechtsverhouding betreft, de formele rechtskracht en de rechtmatigheid van de pensioentoekenningen als uitgangspunt gelden.

6. Voorzover appellanten er dus op uit zijn, de omstreden pensioentoekenningen via de burgerlijke rechter ongedaan te maken, zal hun streven niet kunnen slagen, ook niet in het licht van de omstandigheid dat wat dit betreft voor appellanten geen met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang openstaat of heeft opengestaan nu appellanten – zoals de Staat ook ter zitting heeft erkend – niet kunnen worden aangemerkt als een rechtstreeks bij voormelde rechtsverhouding betrokken partij met een beroepsmogelijkheid overeenkomstig de Beroepswet (wet van 2 febr. 1955, Stb. 47). Het gaat immers in beginsel niet aan de burgerlijke rechter een uitspraak te ontlokken over een kwestie die in wezen niet tot zijn bevoegdheid kan worden gerekend.

7. Appellanten hebben echter hun hierboven vermelde vorderingen op art. 1401 BW gebaseerd en als grondslag daarvan gesteld dat de verzetsstrijders, doordat de Staat niet bereid is de omstreden pensioentoekenningen ongedaan te maken, ernstige psychische schade lijden en aldus in hun persoonlijkheid worden aangetast, dat deze psychische schade hun geestelijke gezondheid betreft en dat hier bovendien de integriteit van de rechtsstaat, met de zedelijkheid als achterliggend belang, in het geding is. Daarbij hebben zij met nadruk gesteld dat, ook al zou het niet tot een ongedaanmaking van die pensioentoekenningen komen (hetgeen hun uiteindelijk streven is), een verklaring voor recht volgens welke die pensioentoekenningen onrechtmatig zijn, op zichzelf al tot herstel van hun psychische schade zou leiden.

8. De door appellanten gestelde psychische schade is door de Staat niet uitdrukkelijk bestreden. Het hof verwijst hierbij voorzover nodig naar het standpunt van het kabinet zoals weergegeven in de voorlaatste alinea van p. 3 van de als produktie overgelegde brief van de minister van Binnenlandse Zaken aan de voorzitters van de Eerste en Tweede Kamer van 17 nov. 1986. Wel heeft de Staat aangevoerd dat het onverdragelijk zijn of het onjuist achten van de besluitvorming omtrent het pensioen van de weduwe volgens hem onvoldoende rechtens relevant belang schept bij de vorderingen van appellanten. Het hof wil evenwel aannemen dat de verzetsstrijders het er geestelijk zo moeilijk mee hebben dat de weduwe van staatswege een pensioen geniet, dat zij als gevolg daarvan psychisch in de problemen dreigen te raken of wellicht reeds zijn geraakt en uit dien hoofde mogelijk zelfs deskundige hulp behoeven, zodat hier sprake is van psychische schade die in beginsel tot de door art. 1401 BW beschermde belangen moet worden gerekend. De gevorderde verklaring voor recht behoort, in dit licht bezien, als een soort schadevergoeding in natura (art. 6:103 NBW) te worden beschouwd. Daarmee staat het belang van de verzetsstrijders bij de door hen ingestelde vorderingen vast.

9. Daarmee is tevens het belang bij deze vorderingen gegeven van de stichting en de vereniging. Niet alleen wordt het instellen van de onderhavige gerechtelijke procedure gedekt door hun respectieve statutaire doelstelling, ook de feitelijke activiteiten van de stichting en de vereniging – te denken valt in het bijzonder aan de niet bestreden politieke activiteiten van verschillende aard om tot een beëindiging van het pensioen van de weduwe te komen – brengen mee dat, nu van een rechtens relevante psychische schade bij een aantal van de verzetsstrijders moet worden uitgegaan, de stichting en de vereniging voor de bescherming van deze belangen in gebundelde vorm op grond van art. 1401 BW de hulp van de rechter kunnen inroepen.

10. Een en ander brengt mee dat het oordeel van de rechtbank, dat appellanten niet als onmiddellijk betrokken (rechts)personen in de zin van art. 3.11.7 (3:302) NBW kunnen worden aangemerkt, onjuist is. Het gaat hier immers niet om de rechtsverhouding tussen de Staat en de weduwe, maar om de rechtsverhouding tussen de Staat en de appellanten, bij welke rechtsverhouding appellanten uiteraard onmiddellijk zijn betrokken.

11. Wat tenslotte het beroep op de verjaring van art. 2004 BW betreft, gaat de Staat uit van de onjuiste veronderstelling dat appellanten in dit geding van de burgerlijke rechter vorderen de pensioentoekenning bij KB van 15 mei 1950 en de herziening daarvan in 1956 ongedaan te maken. Dat wordt evenwel niet door appellanten gevorderd en daartoe zou de burgerlijke rechter ook niet bevoegd zijn. Het hof verwijst

hierbij naar hetgeen daaromtrent hiervoor onder 5 en 6 is overwogen. De psychische schade van de verzetsstrijders die de grondslag van deze procedure vormt, is evenwel eerst in de jaren tachtig ontstaan nadat appellanten van het bestaan van de pensioentoekenning aan de weduwe op de hoogte waren geraakt, naar onbestreden is gesteld, in het bijzonder door de weigering van de minister van Binnenlandse Zaken bij brief van 14 dec. 1988 inzake de heroverweging van de rechtmatigheid van de pensioentoekenningen. Van een verjaring ingevolge art. 2004 BW is geen sprake.

12. Uit het bovenstaande volgt dat appellanten in hun vorderingen kunnen worden ontvangen nu daartegen ook overigens geen beletselen zijn gebleken. Dit betekent dat het vonnis van de rechtbank waarbij appellanten niet-ontvankelijk werden verklaard in hun vordering, niet in stand kan blijven en dat het hof alsnog de gegrondheid van de vordering zal dienen te onderzoeken.

13. Bij dat onderzoek zal het hof uitgaan van de feiten zoals deze tussen partijen vaststaan, zijnde deze enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende weersproken dan wel ontleend aan de overgelegde stukken, voorzover de inhoud daarvan niet is betwist. Deze feiten zullen worden opgenomen in de overwegingen die het hof hierna zal wijden aan de stellingen die appellanten naar voren hebben gebracht. In het voorbijgaan merkt het hof nog op dat de Staat heeft volstaan met de bestrijding van de ontvankelijkheid van appellanten in hun vordering; ten aanzien van de vordering zelf heeft de Staat geen verweer gevoerd. Dit ontslaat het hof echter niet van de verplichting de rechtsgronden van deze vordering te onderzoeken. De navolgende overwegingen bevatten de neerslag van deze ambtshalve ondernomen speurtocht.

14. De meest verstrekkende stelling van appellanten is dat de weduwe in het geheel geen recht heeft op een weduwenpensioen terzake van het door wijlen haar echtgenoot in de periode 1937-1941 vervulde lidmaatschap van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Zij betogen dat in casu geen recht op pensioen is ontstaan c.q. dat dit recht nadien vervallen is. Daartoe voeren zij verschillende argumenten aan welke het hof hierna onder 15-24 zal bespreken.

15. Appellanten stellen zich op het standpunt (inleidende dagvaarding, p. 6-11 en 37-47) dat in het onderhavige geval het recht op pensioen niet behoort te worden beoordeeld aan de hand van de destijds geldende wettelijke regels (in het bijzonder art. 92 Gr.w 1938 en de bepalingen van de wet van 21 nov. 1924, Stb. 522 – hierna: de wet van 1924) doch aan de hand van de ongeschreven normen van staatsnoodrecht. In dit verband betogen zij dat Rost van Tonningen – ware hij niet op 6 juni 1945 om het leven gekomen – op grond van art. 3 lid 1 van het besluit van 2 aug. 1945, Stb. F 131, houdende vaststelling van het Besluit Tijdelijke Staten-Generaal, onwaardig zou zijn bevonden als kamerlid, zulks in verband met zijn voor en tijdens de Duitse bezetting aangenomen houding. De Grondwet van 1938 en de wet van 1924 voorzagen niet – aldus appellanten – en konden ook niet voorzien in de gevolgen die dit behoorde te hebben voor het pensioen van Rost van Tonningen en dat van zijn nabestaanden. In de visie van appellanten is hier sprake van een leemte in de wetgeving, welke wordt gevuld door ongeschreven staatsnoodrecht. De toepassing van dit staatsnoodrecht leidt er volgens appellanten toe dat in rechte moet worden aangenomen dat Rost van Tonningen op grond van diens houding voor en tijdens de bezetting het kamerlidmaatschap onwaardig is geworden en dat hij mitsdien al zijn uit dat lidmaatschap voortvloeiende rechten heeft verloren.

16. Het hof deelt dit standpunt niet.

In het midden kan blijven aan welke voorwaarden voldaan moet zijn, wil het staatsnoodrecht van toepassing zijn. Die toepassing behoort naar het oordeel van het hof in elk geval achterwege te blijven indien het gaat om een situatie waarin de wet weliswaar niet voorziet, doch welke door de wetgever in redelijkheid voorzien had kunnen worden en derhalve door hem bij wet geregeld had kunnen worden, of welke door de wetgever achteraf – desnoods met terugwerkende kracht – bij wet geregeld had kunnen worden. Met zo'n geval hebben we hier te maken.

In dit verband roept het hof allereerst in herinnering dat bij gelegenheid van de grondwetsherziening van 1938 is getracht een grondwettelijke basis in het leven te roepen voor het door de Tweede Kamer doen vervallenverklaren van het lidmaatschap van degenen die „een streven tot uitdrukking brengen, gericht op de verandering van de bestaande rechtsorde met toepassing of bevordering van onwettige middelen", waarbij de wet onder meer de gevolgen van die vervallenverklaring zou regelen, waaronder volgens het hof ook recht op pensioen begrepen kon worden. Dit in eerste lezing aanvaarde voorstel (wet van 9 april 1937, Stb. 306) verwierf echter in de tweede lezing niet de voorgeschreven gekwalificeerde meerderheid.

Tegen deze achtergrond kan niet worden volgehouden dat de wetgever in redelijkheid niet had kunnen voorzien in de gevolgen die de door Rost van Tonningen vóór de bezetting aangenomen houding volgens appellanten had behoren te hebben voor zijn kamerlidmaatschap en de daaruit voortvloeiende rechten. Dat de (grond)wetgever dat om hem moverende redenen niet heeft gedaan, geeft de rechter niet de bevoegdheid staatsnoodrecht toe te passen en Rost van Tonningen op grond van zijn houding vóór de bezetting vervallen te verklaren van zijn kamerlidmaatschap en/of van zijn pensioenrechten te dier zake.

Voorzover het gaat om de houding en de gedragingen van Rost van Tonningen tijdens de bezetting welke door de (grond)wetgever in redelijkheid niet voorzien kon worden, merkt het

hof op dat niets zich ertegen verzette dat de wetgever na de bezetting alsnog te dier zake passende maatregelen had genomen. In dit verband zij erop gewezen dat – bijvoorbeeld – in de Zuiveringsbesluiten van 1944 en 1945 (besluit van 13 jan. 1944, Stb. E 14 respectievelijk besluit van 2 aug. 1945, Stb. F 132) een reeks van zeer ingrijpende maatregelen (ook op het stuk der pensioenen) is getroffen tegen tal van in de openbare dienst werkzame personen, zulks op grond van hun voor of tijdens de bezetting aangenomen houding. Voorts moet worden opgemerkt dat de wet van 11 mei 1946, Stb. G 112, tot regeling van de rechtspositie van eenige burgerlijke gezagsdragers en van de leden van de Tweede Kamer der Staten-Generaal in verband met de bezetting, enerzijds ten aanzien van o.a. burgemeesters en wethouders voorziet in het verlies van onder meer hun pensioen (art. 3 lid 5 en art. 6 lid 3), zulks onder meer op grond van hun voor of tijdens de bezetting aangenomen houding, doch anderzijds ten aanzien van de leden der Tweede Kamer in art. 11 volstaat met een regeling van de schadeloosstelling gedurende de periode van 15 sept. 1941 tot de inwerkingtreding van het Besluit Tijdelijke Staten-Generaal, zonder daaraan dus – zoals ten aanzien van de burgemeesters en wethouders wel is geschied – een regeling toe te voegen inzake het pensioen van degenen die niet in aanmerking kwamen voor schadeloosstelling, onder wie Rost van Tonningen.

Tegen deze achtergrond moet geconcludeerd worden dat de naoorlogse wetgever klaarblijkelijk bewust de pensioenrechten van degenen die onwaardig waren bevonden om in de Tijdelijke Staten-Generaal zitting te nemen, waartoe Rost van Tonningen zou hebben behoord indien hij niet voortijdig zou zijn overleden, onaangetast heeft willen laten. Bij deze stand van zaken komt de rechter niet de bevoegdheid toe aan (de nabestaanden van) Rost van Tonningen alsnog het recht op pensioen te ontzeggen wegens diens houding en gedragingen tijdens de bezetting.

Het hof wordt in deze opvatting gesterkt door het feit dat ook in de thans geldende Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers (wet van 10 dec. 1969, Stb. 594) geen bepaling voorkomt op grond waarvan het pensioenrecht van een kamerlid vervallen kan worden verklaard hoewel de regering in haar wetsontwerp (nrs. 9004 en 9636) had voorgesteld daarvoor een wettelijke grondslag in het leven te roepen. Kortom, de rechter kan en mag geen uitspraak doen over het verlies door Rost van Tonningen van zijn kamerlidmaatschap en de daaruit voortvloeiende pensioenrechten op grond van ongeschreven normen van staatsnoodrecht in verband met zijn houding vóór en tijdens de Duitse bezetting. Al hetgeen appellanten nog hebben aangevoerd ten betoge van het tegendeel, kan hierin geen verandering brengen.

17. Verder stellen appellanten (dagvaarding, p. 30-33) dat op grond van het bepaalde in art. 4 lid 5 Zuiveringsbesluit 1944 Rost van Tonningen geen recht op pensioen had en dat zijn weduwe op grond van die bepaling evenmin recht op pensioen heeft. Die bepaling houdt immers in – aldus appellanten – dat alle andere rechten welke op grond van dat besluit ontslagenen krachtens wettelijk voorschrift of arbeidsovereenkomst zouden kunnen doen gelden, alsmede alle rechten op pensioen en alle andere rechten welke de nagelaten betrekkingen van de ontslagenen krachtens wettelijk voorschrift of arbeidsovereenkomst zouden kunnen doen gelden, vervallen. In de visie van appellanten hebben Rost van Tonningen en diens weduwe het recht op pensioen uit het kamerlidmaatschap van Rost van Tonningen van rechtswege verloren toen op 23 nov. 1944 het Zuiveringsbesluit 1944 werd toegepast terzake de hierna nog te bespreken ambtelijke functies van Rost van Tonningen, aangezien art. 4 lid 5 zonder enige reserve spreekt van het verval van alle rechten op pensioen.

18. Naar het oordeel van het hof brengt een redelijke uitleg van art. 4 lid 5 Zuiveringsbesluit 1944 nochtans mee dat deze bepaling slechts ziet op het vervallen van het recht op een pensioen dat voortvloeit uit de functie waaruit betrokkene op grond van het besluit is ontslagen. Tot de functies waaruit Rost van Tonningen werd ontslagen, behoorde niet het kamerlidmaatschap. Daarop heeft het Zuiveringsbesluit 1944 zoals dat op 23 nov. 1944 gold, namelijk geen betrekking. Het recht op pensioen uit het kamerlidmaatschap bleef derhalve onaangetast toen op Rost van Tonningen in verband met diens ambtelijke functies het Zuiveringsbesluit 1944 werd toegepast.

19. Weliswaar doen appellanten ter staving van hun standpunt dat het ontslag van Rost van Tonningen uit zijn ambtelijke functies automatisch het verlies van het pensioen uit het kamerlidmaatschap meebracht, een beroep op de toelichting bij het Zuiveringsbesluit 1945, waarin wordt aangenomen dat onder de personen bedoeld in art. 1 lid 3 Zuiveringsbesluit 1944 ook de gekozen leden van openbare colleges vallen, doch tevergeefs. Art. 1 lid 3 Zuiveringsbesluit 1944 – ingevoegd bij besluit van 12 mei 1945, Stb. F 68, houdende aanvulling van het Zuiveringsbesluit 1944 – bepaalt dat de ministers van Binnenlandse Zaken en van Justitie bevoegd zijn bij gemeenschappelijke beschikking te verklaren dat het Zuiveringsbesluit 1944 mede geheel of gedeeltelijk van toepassing is op groepen van personen die belast zijn met een taak die krachtens wettelijk voorschrift moet worden vervuld dan wel die bij of krachtens een door een publiekrechtelijk orgaan genomen beslissing werd opgedragen. Appellanten zien er evenwel aan voorbij dat een door art. 1 lid 3 voorgeschreven ministeriële beschikking ten aanzien van de leden der Tweede Kamer nimmer is tot stand gekomen althans nimmer in de Staatscourant is gepubliceerd, gelijk art. 1 lid 3 eveneens voorschrijft.

20. Voorts betogen appellanten (dagvaarding, p. 33-37) dat de destijds geldende grondwetsbepaling slechts aan een aftredend kamerlid een pensioen toekende, en verder dat art. 2 van de wet van 1924 alleen voorzag in een pensioen voor de weduwe van hem die hetzij als kamerlid is overleden, hetzij als kamerlid is afgetreden. Appellanten stellen zich op het standpunt dat Rost van Tonningen nimmer als kamerlid is afgetreden en dat hij ook niet als kamerlid is overleden zodat voor hem nooit een recht op pensioen is kunnen ontstaan. Het gevolg daarvan is – aldus appellanten – dat ook zijn weduwe nimmer een aanspraak heeft verkregen op pensioen uit het kamerlidmaatschap van haar overleden echtgenoot.

21. Uit hetgeen hierna onder 35 wordt overwogen, blijkt dat dit betoog onjuist is. Anders dan appellanten hier stellen, is het hof van oordeel dat Rost van Tonningen wel degelijk is afgetreden als lid van de Tweede Kamer. Al hetgeen appellanten naar voren hebben gebracht ten aanzien van de gevolgen van het niet-aftreden als kamerlid, kan derhalve geredelijk buiten beschouwing blijven.

22. Appellanten voeren ook aan (dagvaarding, p. 60-61) dat de pensioenrechten van Rost van Tonningen als vijandelijk onderdaan in de zin van het Besluit Vijandelijk Vermogen van 20 okt. 1994, Stb. E 133, van rechtswege aan de Staat zijn vervallen.

23. De juistheid van dit betoog kan in het midden blijven. Niet gesteld is immers en evenmin is gebleken dat ook de weduwe, die krachtens de wet van 1924 een eigen recht op weduwenpensioen had, zou moeten worden aangemerkt als een vijandelijk onderdaan in de zin van het Besluit Vijandelijk Vermogen. Haar recht op weduwenpensioen wordt dan ook niet door dat besluit getroffen.

24. De conclusie uit het vorenoverwogene luidt dat de stelling van appellanten dat de bij KB van 15 mei 1950 tot stand gekomen toekenning van weduwenpensioen aan de weduwe en de herziening die in 1956 op het hoogte van dit pensioen is aangebracht, in strijd met en met schending van het recht hebben plaatsgevonden, omdat de weduwe in het geheel geen aanspraak had op dat pensioen, als onjuist van de hand had moeten worden gewezen.

25. De volgende vraag is of het pensioen van de weduwe juist is vastgesteld bij de toekenning van dat pensioen in 1950 en/of bij de herberekening 1956. Appellanten beantwoorden deze vraag ontkennend en voeren daartoe een aantal argumenten aan. Deze zal het hof hierna onder 29-36 – voorzover na hetgeen onder 35 zal worden overwogen en beslist, nog relevant – op hun houdbaarheid onderzoeken.

26. Voor de beantwoording van deze vraag zijn de volgende wettelijke bepalingen relevant:

a. De wet 1924 bevatte aanvankelijk in de leden 1 en 3 van art. 4 de volgende regels:

1. Het pensioen van de weduwe van hem, die als Kamerlid overlijdt, bedraagt de helft van het pensioen, dat het overleden Kamerlid zoude hebben genoten, indien hij niet gestorven, maar als Kamerlid ware afgetreden.

3. Het pensioen van de weduwe van een overleden gewezen Kamerlid bedraagt de helft van het pensioen, waarop dat Kamerlid aanspraak had.

b. Bij de wet van 1 aug. 1956, Stb. 456 (verder: de wet van 1956), werd deze bepaling vervangen door een nieuw art. 4. De tekst daarvan luidt – voorzover hier relevant –:

1. Het weduwenpensioen bedraagt de helft van het pensioen, waarop het overleden lid van de Tweede Kamer als zodanig aanspraak zou hebben gehad, indien hij op de dag van zijn overlijden was afgetreden, of waarop het overleden gewezen lid van de Tweede Kamer als zodanig aanspraak had.

2. In afwijking van het bepaalde in het vorig lid, bedraagt het pensioen van de weduwe van hem, die overlijdt als lid van de Tweede Kamer vóór het bereiken van de leeftijd van 65 jaren, de helft van het pensioen, waarop het lid van de Tweede Kamer als zodanig ten hoogste aanspraak zou hebben kunnen maken, indien hij bij het bereiken van bovengenoemde leeftijd was afgetreden.

3. In afwijking van het bepaalde in het eerste lid bedraagt het pensioen van de weduwe van hem, die als gewezen lid van de Tweede Kamer vóór het bereiken van de leeftijd van 65 jaren overlijdt in een periode gelijk aan en aansluitend op het tijdvak, waarin hij laatstelijk lid van de Tweede Kamer is geweest, doch tenminste van twee jaren en ten hoogste van zes jaren, de helft van het pensioen, waarop het gewezen lid van de Tweede Kamer als zodanig ten hoogste aanspraak zou hebben kunnen maken, indien hij bij het bereiken van evengenoemde leeftijd was afgetreden.

c. Voorts bevatte de wet van 1956 de volgende bepaling:

Art. 2: Pensioenen van weduwen en wezen van overleden leden en van overleden gewezen leden van de Tweede Kamer, welke met toepassing van de bepalingen van de Wet van 21 November 1924, Stb. 522, zoals deze ingevolge deze wet zijn komen te luiden, tot een hoger bedrag zouden zijn toegekend, worden, voor zover het recht op pensioen niet is vervallen, te rekenen van de dag van inwerkingtreding dezer wet, ambtshalve tot bedoeld bedrag verhoogd.

De tijd, welke krachtens het bepaalde in artikel 12 van de Wet van 11 Mei 1946, Stb. G 112, niet in aanmerking komt voor vergelding met pensioen, blijft ook voor de toepassing van dit artikel buiten toepassing.

d. Van belang zijn voorts de art. 11 en 12 van de reeds genoemde wet van 11 mei 1946, Stb. G 112 (verder: de wet van 1946), luidende:

Art. 11:

1. Zij, die ingevolge het Besluit Tijdelijke

Staten-Generaal leden van de Tweede Kamer dier Staten-Generaal zijn, ontvangen, te rekenen van 15 september 1941, tot het tijdstip van inwerkingtreding van het Besluit Tijdelijke Staten-Generaal, een schadeloosstelling, ten bedrage van het pensioen, waarop zij aanspraak zouden hebben kunnen maken, indien zij met ingang van eerstgenoemde datum als lid van de Tweede Kamer ontslag zouden hebben genomen.

2. Zij, die op 15 september 1941 lid waren van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, doch in het tijdvak, gelegen tusschen de in het eerste lid bedoelde tijdstippen, ontslag als lid van de Tweede Kamer hebben genomen, ontvangen de daar genoemde uitkeering tot den dag voor het ontslag, voor zooverre zij niet vallen onder artikel 3, eerste lid, onder b tot en met c, van het Besluit Tijdelijke Staten-Generaal. Een zelfde uitkeering vindt plaats aan de erfgenamen van hen, die op 15 September 1941 lid waren (van?; *red.*) de Tweede Kamer der Staten-Generaal, doch in voormeld tijdvak zijn overleden, tot aan den datum van het overlijden.

Art. 12:

1. De tijd, waarover ingevolge de bepalingen van deze wet een bezoldiging of schadeloosstelling wordt toegekend, komt mede in aanmerking voor vergelding met pensioen of wachtgeld.

2. In geval een persoon, op wien een der bepalingen van deze wet van toepassing is, is overleden, wordt aan de weduwe of, in geval van haar overlijden, dan wel na hertrouwen, aan de wettige of gewettigde kinderen uitgekeerd hetgeen den overledene tot den dag van zijn overlijden toekomt.

27. Vaststaat dat bij de toekenning van het pensioen in 1950 de weduwe is aangemerkt als weduwe van een in actieve dienst overleden kamerlid. Toegepast werd derhalve art. 4 lid 1 van de wet van 1924. Bij de berekening van het pensioen werd uitgegaan van het feit dat Rost van Tonningen geacht moest worden lid te zijn geweest van de Tweede Kamer van 11 juni 1937 (het aantreden van de toen gekozen Tweede Kamer) tot 15 sept. 1941 (de dag voorafgaand aan die waarop het mandaat van de in 1937 gekozen leden der Tweede Kamer normaliter zou zijn afgelopen). Op grond van het bepaalde in de wet van 1946 werd de tijd tussen 15 sept. 1941 en 6 juni 1945 (de datum van het overlijden van Rost van Tonningen) buiten beschouwing gelaten.

28. Ook staat vast dat bij de herberekening van het pensioen in 1956, voorgeschreven bij art. 2 van de wet van 1956, de weduwe is aangemerkt als weduwe van een gewezen kamerlid op wie het (toen gewijzigde) art. 4 lid 3 van de wet van 1924 van toepassing was. Op grond van de bij die gelegenheid ingevoerde diensttijddoortelling werd bij de herberekening rekening gehouden met de periode van 6 juni 1945 (de datum van overlijden van Rost van Tonningen) tot 19 febr. 1959 (de datum waarop Rost van Tonningen 65 jaar zou zijn geworden). Buiten beschouwing werd echter wederom gelaten de periode van 15 sept. 1941 tot 6 juni 1945, zulks op grond van art. 2 lid 2 van de wet van 1956. Deze diensttijddoortelling resulteerde dus in een vermeerdering van de diensttijd voor de pensioenberekening met ongeveer 13½ jaar.

29. Appellanten stellen zich op het standpunt dat deze diensttijddoortelling achterwege had behoren te blijven, aangezien te dezen art. 4 lid 3 van de wet van 1924, zoals gewijzigd bij de wet van 1956, toepassing mist. In hun visie valt de overlijdensdatum van Rost van Tonningen niet in de periode die art. 4 lid 3 noemt als voorwaarde voor het verkrijgen van het daar bedoelde pensioen, te weten het tijdvak gelijk aan en aansluitend op het tijdvak waarin Rost van Tonningen laatstelijk lid is geweest van de Tweede Kamer.

30. Daartoe betogen zij (dagvaarding, p. 24-28) dat Rost van Tonningen zijn kamerlidmaatschap heeft verloren in juni 1940 door de aanvaarding van de functie van commissaris voor de Marxistische partijen c.q. op 26 maart 1941 door de aanvaarding van de benoeming tot president van De Nederlandsche Bank c.q. op 24 april 1941 door de aanvaarding van de benoeming tot secretaris-generaal van het Departement voor Bijzondere Economische Zaken en waarnemend secretaris-generaal van het Departement van Financiën. In dit verband wijzen zij op het bepaalde in de Kieswet van 1896 (wet van 7 sept. 1896, Stb. 154), te weten dat een lid der Tweede Kamer ophoudt lid te zijn van die kamer indien hij na zijn verkiezing een bezoldigd staatsambt aanneemt. In deze visie was Rost van Tonningen in elk geval uiterlijk op 24 april 1941 van rechtswege geen lid meer van de Tweede Kamer.

Aangezien de periode van 11 juni 1937 (de aanvang van het kamerlidmaatschap van Rost van Tonningen) tot 24 april 1941 (de datum van de laatste benoeming) korter is dan het tijdvak van 24 april 1941 tot 6 juni 1945 (de overlijdensdatum van Rost van Tonningen), is niet voldaan aan de eis van art. 4 lid 3 dat het tijdvak waarin het gewezen kamerlid moet zijn overleden gelijk is aan de periode waarin hij laatstelijk kamerlid is geweest.

31. De stelling dat Rost van Tonningen op grond van de Kieswet van 1896 zijn kamerlidmaatschap van rechtswege heeft verloren, is onjuist. Appellanten zien er namelijk aan voorbij dat het voorschrift waarop zij een beroep doen, niet meer gold toen Rost van Tonningen deel uitmaakte van de Tweede Kamer. Dit oorspronkelijk in de Kieswet van 1896 voorkomende verbod tot het aannemen van een bezoldigd staatsambt door een lid der Tweede Kamer, is immers opgeheven bij gelegenheid van de grondwetsherziening van 1917. Het hof wijst in het bijzonder op de wet van 29 nov. 1917, Stb. 662, waarbij art. 144 Kieswet van 1896 werd gewijzigd.

De achtergrond van de opheffing van deze

onverenigbaarheid is gelegen in het feit dat onder het vroeger bestaande districtenstelsel wel tussentijdse verkiezingen mogelijk waren, doch onder het in 1917 ingevoerde stelsel der evenredige vertegenwoordiging niet of nauwelijks. Het gevolg van die wetswijziging was dat het tussentijds aannemen van een bezoldigd staatsambt door een kamerlid niet meer automatisch leidde tot het verlies van zijn kamerzetel; het werd aan de kiezers overgelaten om aan die handelwijze bij de eerstvolgende verkiezingen zonodig consequenties te verbinden.

32. Voorts betogen appellanten (dagvaarding, p. 16-24 en 62-63) dat Rost van Tonningen zijn lidmaatschap der Tweede Kamer, gelet op verschillende andere wettelijke regelingen, van rechtswege is kwijtgeraakt dan wel vrijwillig heeft neergelegd door de aanvaarding van de onder 30 vermelde functies, zodat hij geacht moet worden alstoen te zijn afgetreden, zulks met dezelfde gevolgen voor de toepasselijkheid van art. 4 lid 3 als reeds zijn aangegeven onder 30.

33. Wat het eerste betreft, moet worden vastgesteld dat de door appellanten in dit verband genoemde wettelijke regelingen, zoals de Grondwet en de Non-activiteitswet (wet van 17 juli 1923, Stb. 364) jo. het Incompatibiliteitenbesluit (KB van 1 mei 1925, Stb. 175), onvoldoende aanknopingspunten bieden voor de opvatting dat een lid der Tweede Kamer van rechtswege zijn lidmaatschap van die kamer verliest, indien hij een functie aanvaardt welke krachtens die regelingen onverenigbaar is met het kamerlidmaatschap c.q. welke niet gelijktijdig met het kamerlidmaatschap kan worden waargenomen. En in elk geval is het onder de in Nederland bestaande staatsrechtelijke verhoudingen niet de burgerlijke rechter die daarover uitspraken behoort te doen.

34. Wat verder de vraag betreft, of Rost van Tonningen door het aannemen van de genoemde functies zijn kamerlidmaatschap vrijwillig heeft prijsgegeven, geldt het volgende. Tegen de achtergrond van de buitengewone omstandigheden waarin ons land en zijn staatsinstellingen verkeerden in de periode waarover het hier gaat, is het hof van oordeel dat het die kwestie mag en kan onderzoeken en beslissen. In dit verband wijst het hof er op, dat de reguliere gang van zaken – namelijk het nemen van ontslag door een kamerlid en vervolgens de aanwijzing van een opvolger door het centraal stembureau – zoal niet juridisch dan toch feitelijk onmogelijk was als gevolg van de door de bezetter uitgevaardigde maatregelen, terwijl ook de besluitvorming door de Tweede Kamer over onderwerpen als de onderhavige al evenzeer onmogelijk was als gevolg van de verordening van de rijkscommissaris van 21 juni 1940, nr. 22/1940, waarin was bepaald dat de werkzaamheden van de beide kamers der Staten-Generaal zouden blijven rusten.

35. Niet doorslaggevend is dat Rost van Tonningen tijdens zijn leven bij voortduring in woord en daad blijk heeft gegeven van (in de termen van art. 3 van het onder 15 genoemde Besluit Tijdelijke Staten-Generaal) ontrouw aan de zaak van het koninkrijk en aan de koningin, een nationaal-socialistische geestesgesteldheid en een in ernstige mate tekortschieten in het betrachten van de juiste houding in verband met de bezetting. Wel is van belang dat hij tevens bij herhaling heeft blijk gegeven van een diepe afkeer van de langs democratische weg gekozen staatsinstellingen, waaronder de Tweede Kamer, waarvan hij zelf deel uitmaakte. Aannemelijk is dan ook dat Rost van Tonningen – een overtuigd aanhanger van de „nieuwe orde" van de Duitsers – na de bezetting geen prijs meer stelde op zijn lidmaatschap van de Tweede Kamer, een typisch onderdeel van het oude bestel dat onder de „nieuwe verhoudingen" geen functie meer had, en meer bepaald niet nadat de Tweede Kamer door de rijkscommissaris op non-actief was gesteld.

Daarbij past ook de aanvaarding door Rost van Tonningen van functies die onder normale omstandigheden door leden der Tweede Kamer niet plegen of behoren te worden vervuld. Daarbij heeft het hof – gelet op het bepaalde in de Non-activiteitswet en het Incompatibiliteitenbesluit – vooral het oog op de benoeming d.d. 24 april 1941 tot secretaris-generaal van het Departement voor Bijzondere Economische Zaken en tot waarnemend secretaris-generaal van het Departement van Financiën, aangezien deze betrekkingen in elk geval moeten worden aangemerkt als uit 's lands kas bezoldigde ambten welke niet gelijktijdig met het lidmaatschap der Tweede Kamer kunnen worden waargenomen. Tegen deze achtergrond houdt het hof het ervoor dat Rost van Tonningen in elk geval op 24 april 1941 zijn lidmaatschap der Tweede Kamer heeft prijsgegeven en dat hij derhalve geacht moet worden met ingang van die datum vrijwillig als kamerlid te zijn afgetreden.

Op grond hiervan moet worden geconcludeerd dat – gelet op het bepaalde in art. 4 lid 3 van de in 1956 gewijzigde wet van 1924 – bij de herberekening van het pensioen van de weduwe in 1956 is uitgegaan van een onjuiste pensioencategorie en dat haar als gevolg daarvan toen een te hoog pensioen is toegekend.

36. In het licht van deze slotsom behoeft niet meer te worden ingegaan op het door appellanten aangesneden vraagstuk van de verlenging der mandaten van de in 1937 gekozen leden van de Tweede Kamer (dagvaarding, p. 11-16). De beantwoording van deze vraag in de ene dan wel in de andere zin, zou immers alleen van belang zijn voor de pensioengrondslag die in 1950 is gekozen voor de berekening van het pensioen, te weten naar de maatstaf van een in actieve dienst overleden kamerlid (art. 4 lid 1-oud) dan wel naar de maatstaf van een gewezen kamerlid (art. 4 lid 3-oud), doch voor de hoogte van het pensioen zou de keuze van een onjuiste grondslag geen verschil hebben gemaakt.

Met het oog op de rechtsgevolgen is de man-

daatskwestie wel van belang bij de herberekening van het pensioen aan de hand van de in 1956 tot stand gekomen regeling. Uit het vorenoverwogene volgt echter reeds dat en waarom het pensioen in 1956 foutief is berekend. Bovendien volgt daaruit ook dat het mandaatvraagstuk zich in deze zaak niet voordoet, aangezien Rost van Tonningen in april 1941 zijn mandaat heeft opgegeven, zodat van verlenging van dat mandaat in september 1941 reeds daarom geen sprake kan zijn.

37. Na het voorgaande kan ook het betoog van appellanten (dagvaarding, p. 28-30) over de uitleg van de wet van 1956 onbesproken blijven. Hetzelfde geldt voor het gestelde onder het hoofd „misleiding omtrent de ministeriële bereidwilligheid tot pensioentoekenning" (dagvaarding, p. 47-48) en voor het hoofdstuk „ministerieel geknoei met de pensioencategorieën in 1950 en 1956" (dagvaarding, p. 50-58).

38. Hetgeen appellanten naar voren brengen als „verdere ongepastheden in het rapport van de ambtelijke werkgroep" (dagvaarding, p. 58-60) wordt door het hof gepasseerd. Appellanten vorderen immers een verklaring voor recht dat de toekenning in 1950 en de herziening in 1956 van het pensioen van de weduwe in strijd met en met schending van het recht hebben plaatsgevonden. Deze rechtmatigheidsvraag dient het hof zelfstandig te beantwoorden. Daarbij is niet van belang wat de ambtelijke werkgroep van het Ministerie van Binnenlandse Zaken in haar rapport van 13 juni 1986 heeft geschreven over de rechtmatigheid van die pensioentoekenning en herziening. Dit geldt overigens niet alleen voor dit onderdeel der dagvaarding, doch voor alle andere plaatsen waar appellanten de juistheid van dit rapport bestrijden. Hetzelfde lot treft ook het betoog van appellanten (dagvaarding, p. 61-62) over de strijdigheid van de pensioenbeslissingen met een consistent regeringsbeleid. Voor de rechtmatigheid van de onderhavige pensioenbeslissingen is immers slechts van belang of die beslissingen rechtmatig en regelmatig zijn genomen en niet of de regering wisselende opvattingen heeft verkondigd omtrent de voortduring der mandaten van de in 1937 gekozen leden van de Tweede Kamer, gelijk appellanten in dit verband aanvoeren. Tot slot behoort ook het hoofdstuk „verdere manifeste onjuistheden in de pensioenbeschikkingen met betrekking tot Dieters en Woudenberg" (dagvaarding, p. 63-64) buiten beschouwing te worden gelaten, omdat die beweerde onjuistheden irrelevant zijn voor de terzake van het pensioen van de weduwe ingestelde vordering.

39. Resteert het betoog van appellanten over de „onregelmatigheden bij de voorbereiding en totstandkoming van de pensioentoekenning in 1950 aan de weduwe Rost van Tonningen" (dagvaarding, p. 48-50).

40. Vaststaat dat op voordracht van de minister van Binnenlandse Zaken bij KB van 15 mei 1950 aan de weduwe met ingang van 27 aug. 1947 een pensioen is toegekend.

41. Appellanten stellen zich op het standpunt dat de weduwe in 1947 door een advocuat een pensioenaanvrage heeft laten indienen. Gelet op het bepaalde in art. 11 lid 2 van de wet van 1924, strookt de pensioentoekenning met deze stelling van appellanten.

Reeds hierom behoeft niet dieper te worden ingegaan op de door appellanten in het ambtelijk apparaat gesignaleerde tegenstrijdigheden op dit punt.

42. Art. 8 van de wet van 1924 schrijft voor dat de pensioenaanvrage moet worden ingediend bij de minister van Financiën. Art. 9 bepaalt dat het pensioen op voordracht van deze minister wordt toegekend bij koninklijk besluit. Terecht brengen appellanten dan ook naar voren dat de minister van Binnenlandse Zaken niet bevoegd was de voordracht te doen tot toekenning van een pensioen aan de weduwe.

43. Uit het onder 35 en 42 overwogene volgt dat is voldaan aan de voorwaarden voor toewijzing van de primaire vordering. Daartoe zal het hof dan ook overgaan; aan de behandeling van de subsidiaire vordering komt het hof niet toe.

Overigens blijkt uit dit arrest dat appellanten een groot aantal onjuist en/of irrelevant gevonden stellingen aan hun primaire vordering ten grondslag hebben gelegd. In het licht daarvan acht het hof termen aanwezig de proceskosten te compenseren in voege als hierna te vermelden.

(enz.)

Cassatiemiddel in het principaal cassatieberoep:

Schending van het recht en/of verzuim van vormen, waarvan de niet-inachtneming nietigheid met zich meebrengt, omdat het hof heeft overwogen en beslist als vermeld in het hier als ingelast te beschouwen arrest, waarvan beroep, ten onrechte om de navolgende, mede in onderling verband en samenhang te beschouwen redenen.

1.1. De stichting c.s. hebben aan hun vorderingen bij inleidende dagvaarding – voor zover hier van belang – het volgende ten grondslag gelegd:

„Aangezien de leden van de Vereniging van Anti Fascistische Oud-Verzetsstrijders Nederland, Bond van Anti-fascisten in hun rechtsgevoel zijn geschokt en aan velen van hen psychische schade wordt toegebracht door het feit dat in de zaak Rost van Tonningen geen recht wordt gedaan en de minister van Binnenlandse Zaken heeft besloten dit dossier te sluiten;

Aangezien immers de minister van Binnenlandse Zaken aan de voorzitters van de Eerste en Tweede Kamer zelf schrijft:

„Voor het kabinet was de afweging ten aanzien van de vraag, of aangekoerst zou moeten worden op een wettelijke maatregel bijzonder moeilijk. Het kabinet beseft terdege, dat een beslissing om niet daartoe over te gaan,

als bijzonder pijnlijk zal worden ervaren bij grote delen van de Nederlandse samenleving. Met name bij verzetsdeelnemers en oorlogsslachtoffers zal zo'n beslissing hard aankomen."(produktie 15);
Aangezien eisers 3 t/m 37 zijn oud-verzetsmensen dan wel slachtoffers van de Nazi-terreur en andere oprechte anti-fascisten;
Aangezien het voor hen onverdraglijk is dat door de minister van Binnenlandse Zaken nog steeds wordt voorgespiegeld dat de pensioenbesluiten ten aanzien van de weduwe Rost van Tonningen rechtmatig zouden zijn genomen en dat het deswege in strijd met de rechtszekerheid zou zijn om deze pensioenverlening op de een of andere wijze ongedaan te maken;
Aangezien immers deze besluiten allerminst rechtmatig zijn genomen, doch slechts met schending van het recht tot stand hebben kunnen komen;
Aangezien de minister van Binnenlandse Zaken bij brief van 8 dec. 1988 is gesommeerd om zijn bereidheid tot heroverweging van de rechtmatigheid en regelmatigheid van de pensioenbeschikking met betrekking tot het kamerlidpensioen van de weduwe Rost van Tonningen uit te spreken, een en ander als eerste stap tot beëindiging van dit pensioen;
Aangezien de minister heeft meegedeeld aan deze sommatie geen gevolg te zullen geven;
Aangezien de minister door deze weigering onrechtmatig handelt jegens eisers."

Bij memorie van grieven (toelichting op grief I sub 1, p. 2/3) hebben de stichting c.s. doen betogen:

„Niet *eisers* beogen derhalve met deze procedure een eerste stap te zetten tot beëindiging van dit pensioen, maar een van de zaken die zij middels deze procedure beogen te bewerkstelligen, is dat de *minister* een eerste stap zet tot beëindiging van dit pensioen.
Dit betekent dat eisers erkennen dat uiteindelijk de beëindiging van het pensioen een zaak is van de politiek.
Eisers gaan er daarbij echter vanuit dat, indien eenmaal in rechte is vastgesteld dat de pensioentoekenning op onregelmatige en op onrechtmatige gronden tot stand is gekomen – en derhalve is komen vast te staan dat de Eerste en Tweede Kamer door de minister onjuist zijn geïnformeerd over de rechtmatigheid van deze pensioentoekenning –, de politiek genoodzaakt zal zijn tot herbezinning omtrent de vraag of dit pensioen in stand kan worden gelaten.
Juist *omdat* dan zal vaststaan dat dit pensioen op onregelmatige en onrechtmatige grondslag berust, hebben eisers de overtuiging dat dan politiek wél de benodigde parlementaire meerderheid gevonden zal worden om het pensioen via een nieuwe wet ongedaan te maken."

Voorts hebben de stichting c.s. bij memorie van grieven (toelichting op grief II, sub 2, p. 10) doen stellen:

„Eisers hebben niet zozeer psychische schade ondervonden door de pensioentoekenning, als wel door het feit dat de Staat willens en wetens volhoudt dat de pensioenbeslissingen rechtmatig en regelmatig hebben plaatsgevonden.
Bovendien is niet aangevoerd, zoals in deze overweging wordt gesuggereerd, dat eisers de *besluitvorming* met betrekking tot dit pensioen onverdraaglijk *achten*, maar dat het voor hen onverdraaglijk *is* dat door de minister van Binnenlandse Zaken nog steeds wordt voorgespiegeld dat de pensioenbesluiten rechtmatig zouden zijn genomen en dat het deswege in strijd met de rechtszekerheid zou zijn om deze pensioenverlening op de een of andere wijze ongedaan te maken.
In deze dragende overweging is de rechtbank derhalve zelfs niet tot een correcte omschrijving van de inzet van deze rechtsstrijd kunnen komen."

Tenslotte doen de stichting c.s. bij memorie van grieven (toelichting op grief VII, p. 15) stellen:

„Het gaat eisers om een andere rechtsrelatie, namelijk *die tussen de Staat en henzelf*. En dan met name de vraag of de Staat jegens hen onrechtmatig handelt door te blijven voorspiegelen dat de pensioenbesluiten ten aanzien van de weduwe Rost van Tonningen rechtmatig zouden zijn genomen en dat het deswege in strijd met de rechtszekerheid zou zijn om deze pensioenverlening op de een of andere wijze ongedaan te maken."

Op deze grondslag hebben de stichting c.s. bij inleidende dagvaarding de verklaring voor recht gevorderd dat:

„de bij KB van 15 mei 1950 tot stand gekomen toekenning van weduwenpensioen aan de weduwe Rost van Tonningen en de herziening die in 1956 op de hoogte van dit pensioen is aangebracht, in strijd met en met schending van het recht hebben plaatsgevonden, zodat deswege deze pensioentoekenning en deze herziening van het pensioen als onregelmatig en onrechtmatig moet worden aangemerkt."

Bij akte in hoger beroep hebben de stichting c.s. ter ondersteuning van hun vordering strekkende tot een verklaring voor recht deze vermeerderd met de navolgende subsidiaire vordering:

„*Mitsdien* de Rechtbank te 's-Gravenhage bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, de Staat (de minister van Binnenlandse Zaken) verbiedt om nog langer in het openbaar het standpunt in te nemen dat de bij KB van 15 mei 1950 tot stand gekomen toekenning van weduwenpensioen aan de weduwe Rost van Tonningen, en de herziening die in 1956 op de hoogte van dit pensioen is aangebracht, rechtmatig en regelmatig hebben plaatsgevonden, waarbij door de Staat (de minister

van Binnenlandse Zaken) niet langer in het openbaar mag worden gesteld dat deze pensioentoekenning en deze herziening geheel overeenkomstig de (toenmalig) geldende wetten en het (toenmalige) geldende recht zijn geschied (...)"

De stellingen van de stichting c.s. laten geen andere conclusie toe dan dat zij in deze procedure als onrechtmatige gedraging van de Staat en als oorzaak van de bij hen optredende psychische schade aanwijzen: a. de weigering om de pensioentoekenningen aan mevr. Rost van Tonningen ongedaan te maken, dan wel b. de standpuntbepaling dat de pensioenbesluiten ten aanzien van mevr. Rost van Tonningen in het verleden recht- en regelmatig waren. In ieder geval wat punt a aangaat vormt dit ook 's hofs uitleg van de stellingen van de stichting c.s. nu het hof in r.o. 7 overweegt: (zie arrest; *red.*)

Voorts merkt het hof in overeenstemming met r.o. 7 de door de stichting c.s. gevorderde verklaring voor recht in r.o. 8 aan als een soort schadevergoeding in natura, daarbij er klaarblijkelijk van uitgaande, dat een zelfstandige – niet in de verklaring voor recht besloten liggende – onrechtmatige gedraging van de Staat de toewijzing van de verklaring voor recht rechtvaardigt.

1.1.1. De gedachtengang die het hof ten grondslag legt aan zijn voordeel dat de stichting c.s. ontvankelijk zijn in hun vorderingen respectievelijk dat de gevorderde verklaring voor recht toewijsbaar is, is niet naar de eisen van de wet met redenen omkleed, omdat het hof niet vaststelt c.q. onvoldoende duidelijk maakt, of en waarom de weigering de pensioentoekenningen aan mevr. Rost van Tonningen ongedaan te maken dan wel de standpuntbepaling dat de pensioentoekenningen recht- en regelmatig waren, onrechtmatig zijn.

1.1.2. Voor zover uit 's hofs overwegingen moet worden afgeleid dat die weigering dan wel die standpuntbepaling onrechtmatig zijn, is 's hofs oordeel rechtens onjuist omdat de bevoegdheid tot het nemen van een besluit tot ongedaanmaking van het pensioen van mevr. Rost van Tonningen krachtens art. 63 lid 1 Gr.w in verband met art. 129 Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers uitsluitend toekomt aan de wetgever (in formele zin), een wetsvoorstel, dat het verval van de pensioenrechten van mevr. Rost van Tonningen mogelijk moest maken aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal is gedaan en dit wetsvoorstel na ampel beraad is ingetrokken. Het stelsel van de Grondwet verzet zich er tegen dat de rechter treedt in de beoordeling van deze afweging of treedt in de beoordeling van de door de organen van de wetgevende macht ingenomen standpunten, tegen welke laatste beoordeling zich in het bijzonder ook art. 71 Gr.w keert.

1.1.3. Voor zover het hof meent dat de Staat op dit punt geen verweer heeft gevoerd zijn de overwegingen van het hof onbegrijpelijk. De Staat heeft bij conclusie van antwoord doen betogen:

„Materieel richten eisers tal van beschuldigingen tot de ambtelijke werkgroep, die het hiervoor in het geding gebrachte rapport tot stand heeft gebracht en tot het kabinet wegens zijn standpunt als verwoord in de brief van de minister van Binnenlandse Zaken van 17 nov. 1986. De Staat wijst deze beschuldigingen als volstrekt ongefundeerd van de hand.

Eisers zien overigens over het hoofd dat wat men ook kan opmerken over de juistheid van de beslissingen uit het verleden met betrekking tot het pensioen van mevr. Rost van Tonningen – de Staat verwijst daartoe naar de overwegingen van de ambtelijke werkgroep en van het kabinet, welke door de Staat worden gehandhaafd –, de door de wetgever te beantwoorden vraag was of, gegeven de beslissingen uit het verleden en met inachtneming van de beginselen van behoorlijke wetgeving, het bij wet ingrijpen in het pensioen van mevr. Rost van Tonningen juist zou zijn.

Bij deze afweging heeft het beginsel van rechtszekerheid een belangrijke rol gespeeld.

Voorzover de door het kabinet en in de Tweede Kamer der Staten-Generaal in dit verband naar voren gebrachte argumenten eisers niet kunnen overtuigen, kan worden verwezen naar de aan de Vaste Commissie voor Binnenlandse Zaken van de Tweede Kamer uitgebrachte adviezen van de hoogleraren Simons en Elzinga.

Zie hiervoor.

Tweede Kamer, 1986-1987, 19783, nr. 4.

Voor alle duidelijkheid wijst de Staat erop dat deze afweging aan de wetgever is voorbehouden en dat krachtens art. 120 Gr.w en art. 11 Wet AB door de rechter in het resultaat van deze afweging niet kan worden getreden, nu door de Grondwet een wet wordt voorgeschreven voor een herziening van het pensioen van mevr. Rost van Tonningen en in de Tweede Kamer der Staten-Generaal na uitvoerige debatten niet de vereiste meerderheid bleek te bestaan om tot een wettelijke regeling terzake te geraken."

Daarenboven heeft de Staat zich bij pleidooi in appel – na de hiervoor weergegeven vermeerdering van eis door de stichting c.s. – uitdrukkelijk beroepen op het bepaalde in art. 71 Gr.w.

1.1.4. Rechtens onjuist in het licht van de door de stichting c.s. gestelde (en door het hof ook zo uitgelegde) grondslag van hun vorderingen, te weten dat de Staat onrechtmatig handelt door te weigeren den pensioentoekenningen aan mevr. Rost van Tonningen ongedaan te maken, is 's hofs oordeel dat op *die grondslag* een verklaring voor recht toewijsbaar is (of de stichting c.s. ontvankelijk zijn in een vordering strekkende tot een verklaring voor recht) van

een andere inhoud, te weten dat de pensioenbesluiten in 1950 en 1956 ten aanzien van mevr. Rost van Tonningen onregelmatig en onrechtmatig zijn. Anders dan het hof kennelijk meent, behoort identiteit te bestaan tussen de als grondslag van een geschil gestelde rechtsverhouding en de rechtsverhouding waaromtrent de rechter een verklaring voor recht uitspreekt. Moeten 's hofs overwegingen zo worden uitgelegd dat die identiteit naar 's hofs opvatting wel bestaat, dan is 's hofs arrest onvoldoende met redenen omkleed, omdat het hof onvoldoende duidelijk maakt waarom naar 's hofs oordeel een onrechtmatige gedraging, hierin gelegen dat geweigerd wordt de pensioentoekenningen aan mevr. Rost van Tonningen ongedaan te maken identiek is aan een onrechtmatige gedraging, hierin gelegen dat de besluiten van 1950 en 1956 ten aanzien van mevr. Rost van Tonningen onregelmatig en onrechtmatig zijn.

1.2. Moeten 's hofs overwegingen aldus worden gelezen dat naar 's hofs opvatting grondslag van de vorderingen van de stichting c.s. – slechts – is, dat de pensioenbesluiten van 1950 en 1956 terzake van mevr. Rost van Tonningen onregelmatig en onrechtmatig zijn, dan zijn 's hofs overwegingen in het licht van de stellingen van de stichting c.s., zoals blijkens uit de hierboven in onderdeel 1.1 geciteerde gedingstukken en in het licht van 's hofs eigen vaststelling in r.o. 7 van het arrest onbegrijpelijk, nu deze stellingen en deze vaststelling geen andere conclusie toelaten dan dat dit niet de grondslag van de vorderingen van de stichting c.s. vormt.

1.3. Rechtens onjuist, althans niet naar de eisen der wet met redenen omkleed, is 's hofs oordeel dat de stichting c.s. ontvankelijk zijn in hun vordering tot de in het geschil zijnde verklaring voor recht dan wel dat deze verklaring voor recht toewijsbaar is, omdat de naar 's hofs oordeel bij de pensioenbesluiten van 1950 en 1956 geschonden normen niet strekken tot bescherming tegen de psychische schade zoals de stichting c.s. stellen deze te lijden, althans omdat het hof niet vaststelt c.q. onvoldoende duidelijk maakt, of en waarom de Staat *jegens de stichting c.s.* onrechtmatig heeft gehandeld door de pensioenbesluiten van 1950 en 1956 te nemen zoals deze zijn genomen, dan wel of en waarom de naar 's hofs oordeel bij de pensioenbesluiten van 1950 en 1956 geschonden normen strekken tot bescherming tegen de psychische schade zoals de stichting c.s. deze stellen te lijden. Zulks wordt niet anders, wanneer de gevorderde verklaring voor recht wordt aangemerkt als een vorm van schadevergoeding in natura. Ook dan is noodzakelijk dat de in de verklaring voor recht als geschonden aangewezen normen strekken tot bescherming van de schade, zoals de stichting c.s. (de wederpartij in het geding) deze stellen te hebben geleden.

1.4. Rechtens onjuist, althans niet naar de eisen der wet met redenen omkleed, is 's hofs oordeel in r.o. 9 dat de door de stichting c.s. gevorderde verklaring voor recht als een soort schadevergoeding in natura behoort te worden beschouwd. Een verklaring voor recht – of zoals art. 3:302 BW het juister formuleert: een verklaring van recht – is een uitspraak van de rechter waarbij deze een rechtsfeit, een rechtstoestand of een rechtsverhouding vaststelt. Schadevergoeding vormt het rechtsgevolg dat door de rechter aan dit rechtsfeit, deze rechtstoestand of deze rechtsverhouding kan worden verbonden. Anders dan het hof kennelijk meent kan een vordering tot vaststelling van een oorzaak van aansprakelijkheid niet opgaan in een vordering tot schadevergoeding en kan eerstbedoelde ook niet als de laatstbedoelde worden opgevat. In ieder geval is het loutere argument dat psychische schade gedeeltelijk kan worden weggenomen door het uitspreken van de verklaring voor recht daartoe onvoldoende.

1.5. Rechtens onjuist, dan wel niet naar de eisen der wet met redenen omkleed, is 's hofs oordeel dat de stichting c.s. voldoende rechtens relevant belang hebben bij de door hen gevorderde verklaring voor recht respectievelijk kunnen worden beschouwd als onmiddellijk betrokken (rechts)personen bij de rechtsverhouding waaromtrent de stichting c.s. een verklaring voor recht vorderen. De stichting c.s. hebben bij memorie van grieven (vgl. onder meer p. 13) onmiskenbaar tot uitdrukking gebracht geen verdere voorziening te wensen dan de gevorderde verklaring voor recht. Daarenboven hebben de stichting c.s. als oorzaak van bij hen optredende psychische schade aangewezen de weigering om de pensioentoekenningen aan mevr. Rost van Tonningen ongedaan te maken dan wel de standpuntbepaling dat de pensioenbesluiten ten aanzien van mevr. Rost van Tonningen van 1950 tot 1956 regelmatig en rechtmatig zijn en uitdrukkelijk niet de regelmatigheid of rechtmatigheid van de pensoenbesluiten zelf. Gezien deze beide omstandigheden kunnen de stichting c.s. geen rechtens relevant belang hebben bij de gevorderde verklaring voor recht, althans laat het hof ten onrechte na vast te stellen welk belang van de stichting c.s. de gevorderde verklaring voor recht in dit licht rechtvaardigt.

1.6. De gevorderde verklaring voor recht onderscheidt naar formulering en strekking niet tussen de rechtsverhouding tussen de Staat en mevr. Rost van Tonningen enerzijds en de rechtsverhouding tussen de stichting c.s. en de Staat anderzijds zodat de verklaring voor recht zich mede uitstrekt over, althans mede van belang is voor, de rechtsverhouding tussen de Staat en mevr. Rost van Tonningen, hetgeen de stichting c.s. gezien hun stellingen ook beogen. De bij de beoordeling van de rechtsverhouding tussen de Staat en mevr. Rost van Tonningen rijzende vraag of de pensioenbesluiten van 1950 en 1956 ten aanzien van mevr. Rost van Tonningen regelmatig en rechtmatig zijn, is – althans voor zover in deze procedure van belang – uitsluitend voorbehouden aan de wetge-

ver c.q. de Staten-Generaal. In die beoordeling kan de rechter niet treden. Bij pensioenbesluiten als de onderhavige zijn naar hun aard bovendien uitsluitend de Staat en de pensioengerechtigde betrokken. Anders dan het hof kennelijk meent, kon het hof dan ook geen onderzoek instellen, als door de stichting c.s. verlangd, naar de regelmatigheid en de rechtmatigheid van de pensioenbesluiten van 1950 en 1956. Door anders te oordelen heeft het hof het recht geschonden.

2.1. In r.o. 34 oordeelt het hof dat het tegen de achtergrond van de buitengewone omstandigheden waarin ons land en zijn staatsinstellingen verkeerden in de periode waarover het hier gaat mag onderzoeken of Rost van Tonningen zijn kamerlidmaatschap vrijwillig heeft prijsgegeven. Dit oordeel is rechtens onjuist. In de Nederlandse staatsrechtelijke verhoudingen komt de bevoegdheid te onderzoeken en te beoordelen of een lid van de Staten-Generaal zijn lidmaatschap daarvan vrijwillig heeft prijsgegeven uitsluitend toe aan de Staten-Generaal zelf. Bij zijn verwijzing naar de buitengewone omstandigheden waarin Nederland en zijn staatsinstellingen in – kort samengevat – de oorlogsjaren verkeerden, verliest het hof uit het oog dat de vraag waarnaar het hof een onderzoek instelt rijst op een tijdstip dat deze buitengewone omstandigheden zich niet (langer) voordoen en geen enkele belemmering voor de Staten-Generaal (meer) bestaat zijn taken en bevoegdheden, ook voor wat betreft een beoordeling van de vraag of Rost van Tonningen zijn kamerlidmaatschap heeft prijsgegeven, uit te oefenen. De door het hof genoemde omstandigheden rechtvaardigen dan ook geen inbreuk op het prerogatief in deze van de Staten-Generaal.

2.2. Rechtens onjuist, althans niet naar de eisen der wet met redenen omkleed, is 's hofs oordeel in r.o. 35 dat Rost van Tonningen in elk geval op 24 april 1941 zijn lidmaatschap van de Tweede Kamer heeft prijsgegeven en dat hij derhalve geacht moet worden met ingang van die datum vrijwillig als kamerlid te zijn afgetreden.

De Kieswet van 1896, zoals gewijzigd en aangevuld bij latere wetgeving, bepaalde – voor zover hier van belang – het volgende:

„De leden der Tweede Kamer kunnen te allen tijde hun ontslag nemen. Het wordt door hen ingezonden aan de Kamer, die het ter kennis brengt van de Minister van Binnenlandsche Zaken, of, zoo de zitting der Kamer gesloten is, aan dien Minister."

Gezien deze bepaling, het staatsrechtelijk belang en het belang van de rechtszekerheid, dat bij een vrijwillig ontslag als kamerlid is betrokken, legt het hof een onjuiste maatstaf aan bij zijn oordeel dat Rost van Tonningen op 24 april 1941 zijn lidmaatschap aan de Tweede Kamer heeft prijsgegeven en dat hij geacht moet worden met ingang van die datum vrijwillig als kamerlid te zijn afgetreden. Van een vrijwillig ontslag als kamerlid behoort ook onder de extreme omstandigheden die zich in 1941 voordeden duidelijk en ondubbelzinnig te blijken. Een dergelijk ontslag mag niet worden afgeleid uit de feiten en gedragingen die het hof in r.o. 35 aan zijn oordeel ten grondslag legt. In ieder geval is het oordeel van het hof onvoldoende gemotiveerd nu uit de door het hof genoemde feiten en gedragingen een duidelijk en ondubbelzinnig aftreden door Rost van Tonningen als kamerlid niet blijkt.

3. Rechtens onjuist is 's hofs oordeel in r.o. 42 dat art. 8 van de wet van 1924 voorschrijft dat de pensioenaanvrage moet worden ingediend bij de minister van Financiën en dat art. 9 bepaalt dat het pensioen op voordracht van deze minister wordt toegekend bij koninklijk besluit. De art. 8 en 9 van genoemde wet zijn gewijzigd bij wet van 25 okt. 1933, tot wettelijke voorziening naar aanleiding van het KB van 8 juni 1933 (Stb. 311) tot instelling van een Departement van Algemeen Bestuur, dat den naam zal dragen van Ministerie van Sociale Zaken, en tot wijziging van den naam van het Ministerie van Economische Zaken en Arbeid (Stb. 533). Deze wet bepaalt in art. I:

„De bevoegdheden en verplichtingen, onderwerpen betreffende, genoemd in Ons besluit van 8 juni 1933 (Stb. 311) en bij bestaande wetten opgedragen aan Onze Ministers van Economische Zaken en Arbeid, van Binnenlandsche Zaken, van Waterstaat, van Justitie en van Financiën gaan over op Onze Ministers van Sociale Zaken en van Binnenlandsche Zaken, ieder voor zooveel het betreft de zaken, welke hem bij Ons voornoemd besluit de zorg is opgedragen"

Het KB van 8 juni 1933 (Stb. 311), bepaalt:

„Hebben goedgevonden en verstaan:

(...)

III Aan het Hoofd van het Departement van Binnenlandsche Zaken op te dragen de zorg voor de zaken betreffende:

(...)

de pensioenzaken met uitzondering van die, bedoeld in artikel 172 van de Grondwet."

Deze bepaling brengt mee dat, anders dan het hof meent, de pensioenaanvrage moest worden ingediend bij de minister van Binnenlandse Zaken en dat de minister van Binnenlandse Zaken bevoegd was tot de voordracht tot toekenning van het pensioen.

Cassatiemiddel in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep:

Schending van het recht en verzuim van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormen, omdat het gerechtshof heeft overwogen en recht gedaan als is vermeld in het hier als ingelast te beschouwen arrest, waarvan beroep, ten onrechte om de navolgende, mede in onderling verband en samenhang te beschouwen redenen.

I. Integriteit van de rechtsstaat en zedelijkheid

Dit onderdeel wordt slechts voorgesteld voor

het geval dat een of meerdere van de onderdelen 1.1.1 t/m 1.6 van het principale cassatiemiddel tot vernietiging leiden.

Door de Stichting Herwaardering Pensioenen NSB-kamerleden c.s. is aan hun vordering mede ten grondslag gelegd bij pleidooi in eerste aanleg:

„Deze in strijd met de wet en het recht toegekende pensioenen aan NSB-kamerleden en hun nagelaten betrekkingen beschouwende als een historische schandvlek voor de rechtsstaat, besloot men hier verder actie tegen te ondernemen, teneinde alsnog zo breed mogelijk vastgesteld te krijgen dat deze pensioenen onrechtmatig werden toegekend. Dit *onafhankelijk* van de vraag of de betrokken pensioengerechtigden nog in leven zijn of niet.

Met dit doel voor ogen werd de Stichting Herwaardering Pensioenen NSB-kamerleden opgericht.

Het belang waar de stichting voor staat is dan primair het herstel van de zuiverheid van de rechtsstaat door de (posthume) erkenning te bewerkstelligen in een zo breed mogelijke kring dat de NSB-kamerlidpensioenen in strijd met het recht zijn verleend. (...)"(p. 11 akte houdende pleitnotities in eerste aanleg). en:

„12. *Het opkomen voor de zedelijkheid als voor alle eisers gemeenschappelijk geldende ontvankelijkheidsgrond*

In het algemeen heeft te gelden dat voor een vordering op grond van onrechtmatigheid het handelen *jegens eisers* ontrechtmatig is. Dat is echter niet het geval als de onrechtmatigheid is gelegen in strijdigheid met de goede zeden als derde onrechtmatigheidscategorie van *HR 31 jan. 1919, NJ 1919, 161* (Lindenbaum-Cohen). Hier geldt dan hetgeen *advocaat-generaal Franx* in zijn conclusie bij *het Ganstrekken-arrest (NJ 1987, 458)* overwoog:

„Aanvaardt men de zedelijkheid als grondslag van de geschonden norm, dan hoeft men aan een onderzoek naar eventuele belangen voor het aanwijzen van de rechtsgrond van de (rechterlijke) actie niet meer toe te komen. De onrechtmatigheid berust dan niet op enige rechts- of belangenaantasting, maar slechts op „onzedelijkheid" zonder meer."

Mr. Franx wijst er verder op dat deze „zedelijkheid" zijns inziens een *algemeen belang* is dat zich voor bundeling en bescherming ex art. 1401 BW leent en verwijst voor dit standpunt naar het Nieuwe-Meer-arrest.

Ook in deze zaak komen eisers – tevens – op voor de zedelijkheid. En wel voor het beschermen van de rechtsstaat middels het aan de kaak stellen van een ernstig geval van schending van de rechtsstaat.

Deze schending van de rechtsstaat wordt begaan door gedaagde door het nemen en in stand houden van met de wet en het recht strijdige besluiten. Eisers komen hier tegen op, zonder dat in dit verband enige rechts- of belangenaantasting voor wat hunzelf betreft gesteld behoeft te worden.

Vanuit dit perspectief is hier dus geen enkel specifiek *eigen belang* aan de orde, ook niet een „eigen belang" in de zin van bescherming van naleving van eigen regelgeving, zoals in *Limmen/Houtkoop* (NJ 1974, 91) gold voor de gem. Limmen.

Vanuit dit perspectief geldt voor eisers alleen een zuiver *algemeen belang*, dat eisers zich aantrekken.

Vanuit dit gezichtspunt geldt dan eveneens dat met recht en reden gesteld kan worden dat met name oud-verzetstrijders en oorlogsslachtoffers en hun organisaties – zoals in casu eisers –, die voor het herstel van de rechtsstaat *dikwijls grote offers hebben gebracht*, bij uitstek het recht toekomt om hier in rechte op te komen voor het *algemeen belang* dat gemoeid is met een optreden tegen de aantasting van de *integriteit van de rechtsstaat* – alsmede de daarmeegepaard gaande *geschiedvervalsing* – middels het vasthouden door gedaagde aan de stellingname dat met name ook de pensioentoekenning aan de weduwe Rost van Tonningen rechtmatig zou zijn geschied." (p. 14, idem).

En in dit verband is bij memorie van grieven aangevoerd:

„Tenslotte is in eerste aanleg aangevoerd dat eisers in dezen opkomen voor de zedelijkheid, die een aspect van het algemeen belang vormt, waaromtrent eisers het recht hebben om hiervoor in rechte in het geweer te komen.

Het zedelijkheidsaspect waar het hier om gaat, is het optreden tegen *de aantasting van de integriteit van de rechtsstaat*, alsmede de daarmee gepaard gaande *geschiedvervalsing*.

De actie van eisers vindt daarmee tevens een grondslag in de zedelijkheid.

Juist eisers, waarvan velen in de oorlog grote offers hebben gebracht voor het uiteindelijke herstel van de rechtsstaat, komt bij uitstek het recht toe op te komen tegen het in een rechtsstaat ongehoorde feit dat de Staat het bij voortduring officieel doet voorkomen, alsof de pensioenbeslissingen met betrekking tot de weduwe Rost van Tonningen op rechtmatige en regelmatige wijze hebben plaatsgevonden. De minister van Binnenlandse Zaken is daarbij zelfs zo ver gegaan het parlement te voorzien van manifest onjuiste informatie.

Aan de Stichting Herwaardering Pensioenen NSB-kamerleden en de Vereniging van Anti-Fascistische Oud-Verzetsstrijders Nederland, Bond van Antifascisten komt evenzeer dit recht toe. Het zijn immers organisaties die nauw verbonden zijn met oorlogsslachtoffers en het voormalig verzet."

Tenslotte werd bij pleidooi voor het hof gesteld:

„Eisers komen voorts op tegen de aantasting van de integriteit van de rechtsstaat middels het aan de kaak stellen van een ernstig geval van schending van de rechtsstaat.
Deze schending wordt door gedaagde begaan door het nemen en blijven afdekken van met de wet en het recht strijdige besluiten. Tevens komen eisers daarmee op tegen geschiedvervalsing, doordat de pensioenen van de NSB-kamerleden en hun nagelaten betrekkingen worden voorgespiegeld als juridisch juiste beslissingen.
Het achterliggende belang is de *zedelijkheid*. Zoals al aan het slot van het pleidooi in eerste aanleg is uiteengezet en onder punt 4 van de eerste grief nog eens uitvoerig is herhaald, hoeft indien de onrechtmatigheid van enig handelen of nalaten is gelegen in de strijdigheid met de goede zeden als derde onrechtmatigheidscategorie van Lindenbaum/Cohen niet te worden aangetoond dat het gewraakte handelen of nalaten onrechtmatig is *jegens eisers*, omdat dan de onrechtmatigheid niet berust op enige rechts- of belangenaantasting. Maar het zijn in dit geval wel eisers, die dikwijls grote offers hebben gebracht voor herstel van de rechtsstaat en die onder deze aantasting van de rechtsstaat en deze geschiedvervalsing meer nog dan anderen lijden, die hier bij uitstek de aangewezenen zijn om op te komen voor het algemeen belang dat gemoeid is met het bestrijden van deze onzedelijke situatie.
Al sedert 1919 is de zedelijkheid derhalve een belang dat van art. 1401 BW bescherming geniet.
Niet valt in te zien waarom deze twee grondslagen, nl. de geestelijke gezondheid van eisers en de zedelijkheid, onvoldoende zouden zijn om het beroep van eisers op art. 1401 BW te kunnen honoreren" (akte houdende pleitnotities in tweede aanleg, p. 6-7).
In r.o. 7 heeft het hof dienaangaande overwogen:
„Appellanten (...)*en dat hier bovendien de integriteit van de rechtsstaat, met de zedelijkheid als achterliggend belang in het geding is* (...)"
Maar een uitspraak omtrent dit laatste aspect, namelijk de zedelijkheid als grondslag van de vordering, is door het hof achterwege gelaten en derhalve is 's hofs arrest op dit punt onvoldoende met redenen omkleed.

2. De volgende onderdelen, de nrs. 2.1 t/m 2.5, worden slechts voorgesteld voor het geval onderdeel 2.2 van het principale cassatiemiddel tot vernietiging leidt.
2.1. Staatsnoodrecht
In r.o. 15 komt het hof allereerst tot een niet geheel correcte weergave van de stellingen van de Stichting Herwaardering Pensioenen NSB-kamerleden c.s., waar het hof overweegt:
„Appellanten (...) ongeschreven normen van staatsnoodrecht."

Niet geheel correct, want de Stichting Herwaardering Pensioenen NSB-kamerleden c.s. hebben niet betoogd dat in het onderhavige geval het recht op pensioen niet behoort te worden beoordeeld aan de hand van de destijds geldende wettelijke regels, waaronder in het bijzonder de bovengenoemde wettelijke bepalingen, maar dat
„ook als men de – overigens staatsrechtelijk onjuiste – opvatting zou huldigen dat de Grondwet en de wet van 1924 voor het kunnen effectueren van aanspraken op kamerlidpensioen niet bedingt dat het kamerlidmaatschap op een staatsrechtelijk correcte wijze moet zijn beëindigd, maar het in het algemeen voldoende is dat de betrokkene kamerlid is geweest, dan nog niet valt te ontkomen aan de vaststelling dat zich slechts naar staatsnoodrecht laat beoordelen of de NSB-kamerleden – en daarmee eventueel hun nabestaanden – recht hebben op kamerlidpensioen"(p. 37 inleidende dagvaarding).
De inleidende dagvaarding vervolgt dan:
„Aangezien immers noch de grondwetgever, noch de wetgever van 1924 (voor wat betreft de wet op de pensioenrechten van de nabestaanden van kamerleden) geacht kan worden rekening te hebben gehouden met een situatie waarin ooit nog eens kamerleden op grond van hun gedrag uitgezuiverd zouden worden;"(p. 37).
Op zoek gaande naar de juiste staatsnoodrechtelijke norm en zich daarbij zo veel mogelijk oriënterend op en richtend naar de voor de onderhavige problematiek relevante geschreven wettelijke regels, komt de inleidende dagvaarding dan ook tot de conclusie dat
„de hier weergegeven wettelijke regelingen een beoordeling naar staatsnoodrecht van het recht van de weduwe Rost van Tonningen vergemakkelijken en, mede gelet op de strekking van deze regelingen, niet ontkomen kan worden aan het oordeel dat ook naar staatsnoodrecht haar geen recht op kamerlidpensioen toekomt;"(p. 47).
Eerder was al uiteengezet dat ten onrechte uit de wet van 11 mei 1946 aanwijzingen waren afgeleid dat de naoorlogse wetgever juist de onderhavige pensioenaanspraken uitdrukkelijk onaangetast had willen laten (inleidende dagvaarding, p. 6-11).
Juist ook de onoplosbare problemen die zich in de betrokken buitengewone omstandigheden bij de toepassing van de relevante geschreven wettelijke regels voordoen, nopen tot een zoektocht naar de juiste staatsrechtelijke norm.
Ten onrechte concludeert het hof dan ook in r.o. 16 dat de rechter geen uitspraak kan en mag doen over het verlies door Rost van Tonningen van zijn kamerlidmaatschap en de daaruit voortvloeiende pensioenrechten op grond van ongeschreven normen van staatsnoodrecht in verband met zijn houding vóór en tijdens de Duitse bezetting.

Aan het begin van r.o. 16 overweegt het hof weliswaar:

„In het midden kan blijven (...) geregeld had kunnen worden ...."

doch deze overweging is in zijn algemeenheid onjuist; ook als de wetgever een situatie in redelijkheid had kunnen voorzien, doch niettemin om wat voor reden dan ook in gebreke is gebleven daarvoor een wettelijke regeling tot stand te brengen, kan slechts naar regels van staatsnoodrecht worden gehandeld, indien onder staatsrechtelijk buitengewone omstandigheden een situatie ontstaat die buiten het bestek van de bestaande (grond)wettelijke regeling valt.

Met betrekking tot Rost van Tonningen doet zich een situatie voor die, zelfs al zou deze voor de (grond)wetgever in redelijkheid te voorzien zijn geweest, zich toch slechts naar de regels van staatsnoodrecht laat beoordelen, aangezien de toen bestaande (grond)wettelijke regels daarin in onvoldoende mate voorzagen.

Art. 92 Gr.w 1938 bepaalde immers:

„Aftredende (Kamer)leden ontvangen een pensioen van f 120 's-jaars voor elk jaar gedurende hetwelk zij lid dezer Kamer waren, tot een maximum van fl 2800."

Het eerste staatsrechtelijke probleem dat zich dan voordoet en waarin de (grond)wetgever niet had voorzien, betrof dat van het aantal dienstjaren in verband met de oorlogsperiode.

Daarbij opkomende vraagstukken als: moeten de mandaten van de kamerleden gedurende de oorlog als verlengd worden beschouwd, en zo ja, geldt dit dan ook voor de „uitgezuiverde" kamerleden, laten zich slechts naar staatsnoodrecht beoordelen (par. 2 dagvaarding in eerste aanleg).

Voorts geeft de (grond)wetgever zelf niet aan wanneer er nu sprake is van „aftreden" in de zin van het grondwetsartikel (par. 8 dagvaarding in eerste aanleg).

Indien aangenomen zou moeten worden dat Rost van Tonningen, het kamerlidmaatschap eenmaal aanvaard hebbende, niet beschouwd moet worden als te zijn afgetreden toen hij ambtelijke functies uit handen van de bezetter op zich nam en begon uit te oefenen en dat – zoals ook is aangenomen bij alle pensioenbeschikkingen met betrekking tot NSB-kamerleden en hun nabestaanden – bovendien ook zijn eigen mandaat geacht moet worden verlengd te zijn geweest, dan heeft hij toch in ieder geval zijn kamerlidmaatschap verloren, toen hij in dienst trad van de Waffen-SS.

Moet hij dan beschouwd worden als te zijn afgetreden in de zin van het grondwetsartikel?

Hier zijn rechtsvragen aan de orde die, ook al zou de (grond)wetgever in het algemeen geacht moeten worden in redelijkheid bepaalde situaties met betrekking tot het recht op pensioen van kamerleden te hebben kunnen voorzien, zich in de buitengewone omstandigheden met betrekking tot de oorlogsjaren toch slechts naar staatsnoodrecht laten beoordelen.

Los gezien van de – overigens in meerder opzichten dan cruciale! – vraag naar het aantal dienstjaren, dienden na de oorlog „aftredende" kamerleden volgens de Grondwet 1938 in het genot van een pensioen te worden gesteld. Zou nu moeten worden aangenomen dat dit ook voor NSB-kamerleden gold, dat hadden dus de NSB-kamerleden na de oorlog van grondwetswege dus terstond in het genot van een pensioen moeten worden gesteld en dat gold dan ook voor Rost van Tonningen, maar dat gebeurde niet.

Deze laatste had dan dus zelfs recht op een kamerlidpensioen vanaf het moment dat hij in dienst trad van de Waffen-SS. Toen hij na de oorlog in zijn cel zat te wachten op het doodvonnis dat hij ongetwijfeld zou hebben gekregen, had hij – indien men de interpretatie zou huldigen dat hij was „afgetreden" in de zin van het grondwetsartikel toen hij in dienst van de Waffen-SS trad –, al een jaar recht op kamerlidpensioen. Het feit dat hem en de andere NSB-kamerleden na de oorlog een dergelijk kamerlidpensioen werd onthouden, moet dan worden beschouwd als ongrondwettelijk handelen van de toenmalige regeringen.

Gaat men er echter vanuit dat door de naoorlogse regering terecht is geoordeeld dat naar staatsnoodrecht de NSB-kamerleden die van hun kamerlidmaatschap vervallen waren verklaard en Rost van Tonningen geen recht op pensioen toekwam, dan is door dit kabinet legitiem gehandeld door hen geen pensioen toe te kennen.

Is men daarentegen de mening toegedaan dat het recht op kamerlidpensioen voor wat betreft de „uitgezuiverde" kamerleden na de oorlog niet naar staatsnoodrecht diende te worden beoordeeld, dan moet het feit dat de NSB-kamerleden niet aanstonds na de oorlog in het genot van een kamerlidpensioen werden gesteld, beschouwd worden als een schending van de Grondwet door de naoorlogse regering.

Het Hof overweegt voorts aansluitend:

„(...) of welke door de wetgever achteraf (...) van zijn pensioenrechten te dier zake."

De geschiedenis van het betrokken wetsontwerp wordt ten onrechte door het hof in dit verband in herinnering geroepen en gekoppeld aan de consequenties van de door Rost van Tonningen vóór de bezetting aangenomen houding voor diens pensioenrechten.

Daarmee wordt immers voorbijgegaan aan het feit dat Rost van Tonningen niet alleen vóór de oorlog *een streven* tot uitdrukking heeft gebracht, gericht op verandering van de bestaande rechtsorde met toepassing of bevordering van onwettige middelen, maar dit streven tijdens de bezetting ook daadwerkelijk heeft omgezet *in de praktijk*, hetgeen buiten het bestek van het wetsontwerp viel.

Het is juist dit laatste aspect geweest, met name diens medewerking aan de liquidatie van de bestaande rechtsorde *in de praktijk*, die het optreden van Rost van Tonningen een kwalitatief

andere dimensie gaf dan in het bestek van het door het hof genoemde wetsontwerp aan de orde was en die veroorzaakte dat, zoals ook in een aantal tijdens en na de bezetting tot stand gekomen wettelijke regelingen wordt weerspiegeld, ook diens optreden vóór de oorlog opnieuw in het brandpunt van de beoordeling kwam te staan.

Zo had de commissie ingevolge art. 3 tweede lid Besluit Tijdelijke Staten-Generaal, die in de Handelingen van de Tweede Kamer algemeen als „de zuiveringscommissie" wordt aangeduid, immers opdracht om haar oordeel welke personen lid waren van de Tweede Kamer niet alleen te baseren op het gedrag van de kamerleden tijdens de oorlog, maar ook tijdens *de periode daarvoor*. Dit is expliciet geformuleerd in het bepaalde onder d van art. 3 eerste lid, maar ligt evengoed besloten in de ruime formulering van het gestelde onder b en c van genoemd lid, aangezien voor de onder b en c genoemde misdragingen geen begrenzing wordt gesteld in tijd.

Mitsdien diende de zuiveringscommissie de kamerleden niet alleen te beoordelen op gedragingen en uitlatingen, die blijk gaven van een nationaal-socialistische geestesgesteldheid tijdens de bezetting, maar ook op dergelijke uitlatingen en gedragingen in de daaraan voorafgaande periode.

Dit voert onontkoombaar tot de conclusie dat de NSB-kamerleden door de zuiveringscommissie niet alleen vanwege hun optreden in de Tweede Wereldoorlog werden gediskwalificeerd, maar ook vanwege hun optreden daarvóór.

Achteraf werd de betrokkenen hun gedrag vóór de oorlog door de wetgever dus evenzeer aangerekend als dat tijdens de oorlog, zodat daarmee achteraf alsnog *formeel* het oordeel is geveld dat ook vóór de oorlog al termen zijn ontstaan voor hun latere diskwalificatie als kamerlid.

Dit uitgangspunt van de wetgever is overigens ook terug te vinden in art. 23 Besluit Buitengewoon Strafrecht, waarin wordt bepaald:

„1. Onder den tijd van huidige oorlog wordt verstaan de tijd van den huidigen oorlog tegen het Koninkrijk en mede begrepen de tijd, waarin die oorlog dreigende was.

2. Onder een misdrijf gedurende den tijd van de huidigen oorlog gepleegd, wordt mede begrepen het geval, dat de schuldige het misdrijf heeft gepleegd met het oog op den door hem aanstaand geachten huidigen oorlog tegen het Koninkrijk."

Het Besluit Buitengewoon Strafrecht ziet, gelet op de considerans, op „gedurende den tijd van de huidigen oorlog" begane strafbare feiten in bovenbedoelde zin, zodat indien Rost van Tonningen daadwerkelijk zou zijn berecht, ook zijn daden van vóór de oorlog bij deze berechting zouden moeten zijn betrokken.

Derhalve moet worden aangenomen, ook gelet op de strekking van het Besluit Buitengewoon Strafrecht, dat de wetgever van oordeel is geweest dat het vooroorlogse optreden bij een naoorlogse beoordeling diende te worden betrokken, hetgeen in casu moet leiden tot het oordeel dat Rost van Tonningen met terugwerkende kracht tot vóór de oorlog geacht moet worden het kamerlidmaatschap onwaardig te zijn geweest.

Daar komt nog bij dat, ware het tot een berechting van Rost van Tonningen gekomen, ingevolge het bepaalde in art. 1 Tribunaalbesluit de maatregel van verbeurdverklaring van zijn vermogen had kunnen worden opgelegd. Gelet op het bepaalde in art. 6 van dit Besluit was het gehele vermogen of de nalatenschap vatbaar voor verbeurdverklaring.

Gelet op het bepaalde in art. 7 ad c Tribunaal besluit moet dan onder nalatenschap mede worden verstaan: pensioenen en andere al dan niet periodieke uitkeringen.

Zodat Rost van Tonningen dus, ware het tot berechting gekomen, naar alle waarschijnlijkheid ook op deze grond van zijn pensioenrechten vervallen zou zijn verklaard (uitgaande van de fictie dat hij nog over kamerlidpensioenrechten zou beschikken).

Het door het hof gememoreerde wetsontwerp beoogde slechts om, uitgaande van de gevestigde rechtsorde, het met toepassing van illegale middelen tot uitdrukking brengen van bepaalde strevingen te bestraffen met ontzetting uit het kamerlidmaatschap en was als zodanig gericht tegen communistische en nationaal-socialistische kamerleden. Echter de communistische kamerleden hebben zich tijdens de oorlog voorbeeldige Nederlanders betoond en veelal hun leven geofferd, terwijl juist de nationaal-socialistische kamerleden toen in zodanig ernstige mate landverraad hebben gepleegd, dat hun houding van vóór de oorlog hen alsnog werd tegengeworpen bij de naoorlogse beoordeling.

Ook daarom is tenslotte het naar voren halen door het hof van dit wetsontwerp als een belangrijke indicatie dat „niet kan worden volgehouden dat de wetgever in redelijkheid niet had kunnen voorzien in de gevolgen die de door Rost van Tonningen vóór de bezetting aangenomen houding had behoren te hebben voor zijn kamerlidmaatschap en de daaruit voortvloeiende rechten" onjuist en bovendien infaam.

Het hof overweegt verder in r.o. 16:

„Voorzover het gaat om de houding en de gedragingen van Rost van Tonningen (...) gedragingen tijdens de Bezetting."

Ook dit deel van r.o. 16 snijdt echter geen hout.

Allereerst berust dit standpunt op een oppervlakkige lezing van de wet van 11 mei 1946 en dientengevolge op een verkeerde interpretatie van deze wet. Het is het hof kennelijk ontgaan dat de wet van 11 mei 1946 betrekking had op in principe allen die tijdens de oorlog burgemeester, wethouder of commissaris van de koningin

waren geweest, doch wat betreft de leden van de Tweede Kamer *uitsluitend* op hen die ingevolge het Besluit Tijdelijke Staten-Generaal leden van de Tweede Kamer waren – vide art. 11 lid 1 –, en dus uitdrukkelijk niet op de „uitgezuiverde" kamerleden.

Daarom was het voor wat betreft de burgemeesters, wethouders en commissarissen der koningin wél noodzakelijk om een uitzonderingsbepaling te maken voor wat betreft het recht op schadeloosstelling en daarop gebaseerde pensioenrechten voor hen die „fout" waren geweest, maar voor de kamerleden die „fout" waren geweest niet. Deze laatste waren immers geen kamerlid ingevolge het Besluit Tijdelijke Staten-Generaal en vielen derhalve buiten de werking van deze wet en kwamen alleen al op die grond niet in aanmerking voor de betrokken schadeloosstelling ter hoogte van het pensioen, alsmede pensioenrechten over dit bedrag.

Zoals al in par. 1 van de inleidende dagvaarding uitvoerig is betoogd, valt dus uit het in de wet van 11 mei 1946 achterwege laten van een regeling inzake het pensioen van degenen die niet in aanmerking kwamen voor schadeloosstelling, geenszins af te leiden dat de naoorlogse wetgever hun pensioenrechten onaangetast heeft willen laten.

Integendeel, de wet van 11 mei 1946 had op deze categorie kamerleden in het geheel geen betrekking.

Als het de expliciete bedoeling zou zijn geweest van de naoorlogse wetgever om de pensioenrechten van de „uitgezuiverde" kamerleden onverlet te laten, dan laat zich bovendien moeilijk verklaren waarom die pensioenen dan niet terstond na de oorlog werden uitbetaald.

Woudenberg kreeg pas pensioen op 14 dec. 1954, de Marchant et d'Ansembourg op 19 sept. 1957 en Dieters pas op 19 okt. 1970, in alle gevallen dus echter pas *nadat* de weduwe Rost van Tonningen in het genot van een pensioen was gesteld (p. 1-6 inleidende dagvaarding). Terwijl de niet- „uitgezuiverde" kamerleden die na de oorlog met pensioen gingen onmiddellijk een kamerlidpensioen ontvingen, werd dit de NSB-kamerleden door de toenmalige regering onthouden, hoewel – althans volgens het hof – de naoorlogse wetgever nu juist bewust deze pensioenrechten onaangetast zou hebben willen laten.

Het slot van r.o. 16:

„Kortom, de rechter kan en mag geen uitspraak doen (...) geen verandering brengen", is dan ook onjuist.

Er is geen enkele aanwijzing dat de naoorlogse wetgever de pensioenrechten van de NSB-kamerleden bewust onaangetast heeft willen laten.

Het feit dat over een lange reeks van jaren geen kamerlidpensioenen werden uitbetaald door de eerste naoorlogse regeringen vormt daarentegen een aanwijzing dat kabinet en kamer impliciet van oordeel waren dat een dergelijk pensioen hen ook niet toekwam.

Eerder dan uit welk handelen of welke uitlating of gedraging van de naoorlogse regering of het naoorlogse parlement dan ook zou zijn af te leiden dat de naoorlogse wetgever bewust het pensioen van de NSB-kamerleden onaangetast heeft willen laten, blijkt dan ook het tegendeel. Kabinet en kamer zijn ervan uitgegaan dat met de uitbanning van de NSB-kamerleden uit de kamer op grond van hun gedragingen tijdens, maar ook vóór de bezetting, ook hun aanspraken op kamerlidpensioen impliciet waren geannuleerd, zodat hiervoor geen expliciete wettelijke regeling behoefde te worden gemaakt.

Kamerlid pensioen kregen zij dan ook niet. En uit het feit dat de betrokken ex-kamerleden aanvankelijk ook geen pogingen in het werk stelden om een dergelijk pensioen niettemin uitgekeerd te krijgen, valt af te leiden dat ook zij dit zonder meer begrepen (par. 9 dagvaarding in eerste aanleg). Gelet op de buitengewone omstandigheden als gevolg van de bezetting, welke door de wetgever niet waren voorzien en voor hem ook niet voorzienbaar waren, de ernstige vorm van landverraad van Rost van Tonningen, de schending van zijn eed als kamerlid en de ernstige afbreuk die hij heeft gedaan aan de waardigheid van het ambt van kamerlid, zijn diepe afkeer van de democratische staatsinstellingen, zijn misdaden tijdens de bezetting, alsmede de wettelijke regelingen van tijdens en kort na de oorlog waaruit spreekt dat ook vooroorlogse gedragingen bij de strafrechtelijke en staatsrechtelijke beoordelen betrokken dienen te worden, gecombineerd met het feit dat er geen aanwijzingen zijn dat de naoorlogse wetgever na de uitbanning van de NSB-kamerleden hun vóór de oorlog opgebouwde pensioenrechten heeft willen sauveren, doch daarentegen met name ook uit het feit dat hen na de oorlog een kamerlidpensioen werd onthouden het tegendeel aannemelijk wordt, kan en mag de rechter een uitspraak doen over het verlies van Rost van Tonningen van zijn kamerlidmaatschap en de daaruit voortvloeiende pensioenrechten op grond van ongeschreven normen van staatsnoodrecht.

Door zichzelf daartoe onbevoegd te achten, heeft het hof in casu de rechterlijke bevoegdheden te beperkt uitgelegd en daarmee het recht geschonden.

2.2. Zuiveringsbesluit

Rechtens onjuist is 's hofs oordeel dat Rost van Tonningen en diens weduwe het recht op pensioen uit het lidmaatschap van de kamer van Rost van Tonningen niet van rechtswege zouden hebben verloren toen op 23 nov. 1944 het Zuiveringsbesluit 1944 werd toegepast op de ambtelijke functies van Rost van Tonningen (r.o. 17 t/m 19).

Art. 4 lid 5 van dit Zuiveringsbesluit spreekt immers zonder enige reserve van het verval van alle rechten op pensioen en niet valt in te zien waarom een redelijke toepassing van dit artikel nochtans met zich mee zou brengen dat deze bepaling slechts ziet op het vervallen van het recht

op een pensioen dat voortvloeit uit de functie waaruit de betrokkene op grond van het besluit is ontslagen. Een dergelijke interpretatie houdt bovendien onvoldoende rekening met het strafkarakter van de onderhavige maatregel (par. 7 dagvaarding in eerste aanleg).

2.3. Abandonnement

Rechtens onjuist is 's hofs oordeel dat Rost van Tonningen geacht moet worden te kunnen worden beschouwd als een „aftredend" kamerlid in de zin van art. 92 Gr.w 1938 en zijn vrouw als een weduwe van hem die als kamerlid is afgetreden in de zin van art. 2 van de wet van 21 nov. 1924 (r.o. 20-21).

Rost van Tonningen moet daarentegen geacht worden het kamerlidmaatschap te hebben geabandonneerd; hetzij toen de Duitsers hier de macht overnamen en hij terstond begon te werken aan de realisering van de gedachte van het Grootgermaanse Rijk, hetzij toen hij in juli 1940 de functie van „commissaris van de Marxistische partijen" ging uitoefenen, dan wel toen hij op 26 maart 1941 de functie van president van De Nederlandsche Bank ging uitoefenen, een en ander zonder zich aan het bepaalde in het Incompatibiliteitenbesluit en in de Nonactiviteitswet iets gelegen te laten liggen, hetzij toen hij zich in vreemde krijgsdienst begaf door toetreding tot de Waffen-SS (par. 3 inleidende dagvaarding).

2.4. Besluit Vijandelijk Vermogen

Rechtens onjuist is 's hofs oordeel dat het recht op pensioen van de weduwe Rost van Tonningen op basis van het kamerlidmaatschap van haar echtgenoot niet door het Besluit Vijandelijk Vermogen zou zijn getroffen (r.o. 22-23).

Wat ook zij van een eigen recht voor haar in deze, dit gaat in elk geval niet zo ver dat indien de pensioenrechten van Rost van Tonningen vanwege het besluit zijn komen te vervallen, diens weduwe nog wel aanspraken op een van dit kamerlidmaatschap afgeleid pensioen zou kunnen laten gelden. Art. 4 van de wet van 21 nov. 1924 relateert immers de hoogte van het weduwenpensioen aan het pensioen waarop het betrokken ex-kamerlid recht had.

Als er sprake is van een volledig verval van pensioenrechten van het betrokken kamerlid, dan komt ook de aanspraak op weduwenpensioen ter hoogte van de helft van deze vervallen aanspraak van het ex-kamerlid immers uit op nul (par. 11 inleidende dagvaarding).

2.5. Slotsom onderdelen 2.1 t/m 2.4

Rechtens onjuist is dan ook 's hofs conclusie in r.o. 24 dat als onjuist van de hand moet worden gewezen de stelling dat de bij KB van 15 mei 1950 tot stand gekomen toekenning van weduwenpensioen aan de weduwe Rost van Tonningen en de herziening die in 1956 op de hoogte van dit pensioen is aangebracht in strijd met en met schending van het recht hebben plaatsgevonden, omdat de weduwe in het geheel geen aanspraak had op dat pensioen.

3. Niet in 's hofs oordeel betrokken onregelmatigheden

Het volgende onderdeel wordt slechts voorgesteld voor het geval dat onderdeel 3 van het principale cassatiemiddel tot vernietiging leidt.

Door het hof wordt overwogen in r.o. 39 t/m 43: (...)

Ter staving van het feit dat de pensioentoekenning onregelmatig is geweest, hebben appellanten echter nog de volgende onregelmatigheden gesteld, waaromtrent door het hof geen beslissing is gegeven:

– onjuiste toepassing van art. 2 ad a van de wet van 21 nov. 1924 door de pensioenaanvraag van de weduwe aan te merken als een aanvraag van een weduwe van een kamerlid overleden in actieve dienst, terwijl vaststond dat deze aanvraag niet als zodanig kon worden gecategoriseerd:

– schending van art. 8 van de wet van 21 nov. 1924, doordat niet voldaan werd aan het vereiste van art. 8, waarin wordt bepaald dat een aanvraag moet worden ingediend „met overlegging van de voor de regeling van het pensioen benodigde stukken".

Van dit laatste is in casu geen sprake geweest. Binnenlandse Zaken beschikte kennelijk dan ook niet over stukken waaruit de diensttijd van Rost van Tonningen kon worden afgeleid.

Ook het rapport van de ambtelijke werkgroep van Binnenlandse Zaken vermeldt immers:

„T.a.v. Rost van Tonningen beschikte het departement niet over zo'n opgave" (p. 21).

Derhalve is 's hofs arrest op dit punt onvoldoende met redenen omkleed.

4. De subsidiaire vordering

Het volgende onderdeel wordt slechts voorgesteld voor het geval dat het principale cassatiemiddel tot vernietiging leidt.

Na eventuele gegrondbevinding van een van de onderdelen van het principale middel zal alsnog (ten gronde) op de subsidiaire vordering van de Stichting Herwaardering Pensioenen NSB-kamerleden c.s. moeten worden beslist.

Conclusie A-G mr. Koopmans:

...

1. Inzet van dit geding is het pensioen dat in 1950 is toegekend aan de weduwe van het ex-kamerlid M.M. Rost van Tonningen en dat in 1956 is verhoogd in verband met een herberekening van pensioenen van kamerleden. Rost van Tonningen werd in 1937 lid van de Tweede Kamer als lid van de NSB; hij beroofde zich op 6 juni 1945 van het leven in de cel waar hij verbleef in afwachting van zijn berechting.

De Stichting Herwaardering Pensioenen NSB-kamerleden, de Vereniging van Anti-fascistische oud-verzetsstrijders Nederland, Bond van anti-fascisten en 35 natuurlijke personen die zich omschrijven als oud-verzetsmensen, slachtoffers van de Nazi-terreur en andere oprechte anti-fascisten, vinden het onverdraaglijk

dat de weduwe dit pensioen geniet. Zij hebben de onderhavige actie uit onrechtmatige daad aangespannen tegen de Staat, nadat hun in 1986 gebleken was dat regering en Tweede Kamer weigerden terug te komen van de pensioenbesluiten van 1950 en 1956.

2. De rb. achtte de eisende partijen niet-ontvankelijk in hun vordering. Het hof vernietigde dit vs en wees de bij inleidende dagvaarding gevorderde verklaring voor recht toe.

Die verklaring luidt dat de bij Koninklijk Besluit van 15 mei 1950 tot stand gekomen toekenning van weduwenpensioen aan de weduwe Rost van Tonningen, en de herziening die in 1956 op de hoogte van dit pensioen is aangebracht, in strijd met en met schending van het recht hebben plaatsgevonden, zodat deswege deze pensioentoekenning en deze herziening als onregelmatig en onrechtmatig moeten worden aangemerkt.

3. Het eerste, nogal uitgesponnen, onderdeel van het cassatiemiddel van de Staat in het principale beroep betreft de ontvankelijkheidsvraag.

Het hof stelt te dien aanzien voorop dat de burgerlijke rechter in de rechtsverhouding tussen de Staat en de weduwe in zoverre geen taak heeft, en niet bevoegd is in te grijpen, dat, nu tegen de pensioentoekenningen een voor de weduwe met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan, deze toekenningen slechts door de formele wetgever gewijzigd kunnen worden (met een beroep op art. 63 Grondw. i.v.m. art. 129 Alg. pensioenwet politieke ambtsdragers). „Deze staatsrechtelijke verdeling van bevoegdheden brengt mee dat voor de burgerlijke rechter, wat die rechtsverhouding betreft, de formele rechtskracht en de rechtmatigheid van de pensioentoekenningen als uitgangspunt gelden". (r.o. 5). Dit uitgangspunt wordt in cassatie niet bestreden, ook niet in het incidentele beroep.

Het hof leidt daaruit af dat de Stichting c.s. niet kunnen slagen in hun streven om via de burgerlijke rechter de pensioentoekenningen ongedaan te maken (r.o. 6). Maar, aldus het hof, zij vragen ook iets anders: zij komen niet op tegen de pensioentoekenningen maar tegen de weigering van de Staat om die toekenningen ongedaan te maken. Door deze weigering zouden zij nl. in hun geestelijke gezondheid en in hun zedelijkheidsgevoel worden gekwetst (r.o. 7).

De verdere overwegingen van het hof omtrent de ontvankelijkheid betreffen het belang van de Stichting c.s. bij het gevraagde declaratoir (r.o. 8-10).

4. Tegen de hier weergegeven gedachtengang van het hof brengt de Staat een dubbele klacht in (subonderdelen 1.1.2 en 1.1.4). Als het hof inderdaad, zoals het in r.o. 7 te kennen geeft, als grondslag van de vordering ziet de weigering van de Staat om de pensioentoekenningen ongedaan te maken, kon het niet tot een declaratoir komen dat niet de rechtmatigheid van deze weigering jegens de Stichting c.s. betreft maar de rechtmatigheid van de pensioentoekenningen zelf. Dat het dictum op dit laatste punt betrekking heeft, zou blijken uit de verwijzing naar het KB van 1950 en naar de herziening van 1956. Als daarentegen het hof, zoals het in dit dictum te kennen geeft, de rechtmatigheid van de pensioentoekenningen als grondslag van de vordering ziet, had het krachtens zijn eigen vaststelling in r.o. 5 de Stichting c.s. niet-ontvankelijk moeten verklaren nu, in de bewoordingen van het hof, „de formele rechtskracht en de rechtmatigheid van de pensioentoekenningen als uitgangspunt gelden".

5. Deze dubbele klacht wordt terecht voorgesteld. Hoe men de redenering van het hof ook wendt of keert, zij komt erop neer dat de Stichting c.s. ontvankelijk zijn omdat zij niet tegen de toekenningen opkomen (maar tegen de weigering daarvan terug te komen) en dat het redres dat de Stichting c.s. vragen en verkrijgen louter die toekenningen betreft. Ik voeg toe dat ook een consequent koersen op de onrechtmatigheid van de weigering als grondslag moeilijkheden zou hebben opgeleverd, omdat die weigering blijkens r.o. 5 juist niet kan worden aangetast: zij schuilt in een handelen of nalaten van de wetgever waarvan de rechtmatigheid niet aan de rechter ter beoordeling staat.

Elders in het arrest (r.o. 11) spreekt het hof nog van een derde onrechtmatigheidsgrond, nl. het „standpunt" van de Staat dat de pensioentoekenningen destijds rechtmatig tot stand zijn gekomen. Deze slinger in de motivering versterkt de gedachtengang van het hof echter niet: een „standpunt" kan op zichzelf niet onrechtmatig zijn – het is juist of onjuist.

6. Wat het belang bij de gevraagde voorziening betreft gaat het hof in op de psychische schade die verzetsstrijders oplopen doordat de weduwe van staatswege pensioen geniet. Die schade moet, aldus het hof (r.o. 8), worden gerekend tot de door art. 1401 BW-oud beschermde belangen. De gevorderde verklaring voor recht zou, in dit licht gezien, als „een soort schadevergoeding in natura" moeten worden beschouwd. Daarmee zou het belang van de verzetsstrijders bij de ingestelde vordering vaststaan.

Dat de Stichting en de Vereniging voor deze belangen in gebundelde vorm optreden, zoals het hof vervolgens vaststelt (r.o. 9), vormt geen onderwerp van het debat in cassatie.

Het middel van de Staat brengt tegen 's hofs constructie in (in subonderd. 1.4 en 1.5) dat een verklaring voor recht er uitsluitend toe kan strekken de rechtsverhouding tussen partijen vast te stellen; zij knoopt daar niet tevens rechtsgevolgen aan vast. De psychische genoegdoening zou daarom niet een voldoende belang bij het verkrijgen van een declaratoir vormen. Laat men dit aspect echter weg uit de gedachtengang van het hof, dan blijft onduidelijk in hoeverre de gevraagde verklaring voor recht de Stichting c.s. baat zou kunnen brengen.

Wat de Stichting c.s. in werkelijkheid beogen, aldus de Staat, is de herroeping van de pensioentoekenningen; maar dat kunnen zij juist niet aan de burgerlijke rechter vragen, omdat alleen de wetgever tot die herroeping kan overgaan.

7. Met de steller van het middel zou ik menen dat de lijn die het hof hier volgt onverdedigbaar is. Zij is in strijd met gevestigde rechtspraak, en zij is bovendien principieel onjuist.

Zij is allereerst in strijd met de jurisprudentie. In HR 15 dec. 1939 NJ 1940 no. 206 was een casuspositie aan de orde die uit juridisch oogpunt zekere trekken van vergelijkbaarheid vertoont: een n.v. had een verklaring voor recht gevraagd dat zij zich niet in een toestand van ontbinding bevond, zulks omdat haar een ministeriële verklaring van geen bezwaar was onthouden op de grond dat de vennootschap ontbonden zou zijn. De Hoge Raad overwoog dat een vordering die uitsluitend ertoe strekt om bij gewijsde te doen vaststellen hoe een bepaalde rechtsverhouding rechtens is, slechts toelaatbaar kan zijn als de eisende partij er belang bij heeft dat zo'n voor de wederpartij bindende verklaring „reeds dadelijk" door de rechter wordt gegeven, en dat dit belang niet aanwezig is als een rechterlijke uitspraak „niet vermag baat te brengen ten opzichte van de wederpartij". Die laatste situatie zou zich hier voordoen, nu de rechter door een afwijkend oordeel noch de beschikking van de minister, noch diens vrijheid van oordelen in de toekomst, zou vermogen aan te tasten. Dat dit arrest nog steeds geldend recht weergeeft, leid ik o.a. af uit HR 12 juni 1987 NJ 1988 no. 252 en HR 15 dec. 1989 NJ 1990 no. 765. In HR 3 jan. 1992 RvdW 20 (NJ 1994, 627; *red.*) wordt nog toegevoegd dat het enkele ideële belang niet kan gelden als een voldoende belang. Zie ook concl. Mr. Langemeijer bij HR 16 maart 1951 NJ 1951 no. 318. Een kritische noot bij deze jurisprudentie plaatste Cleveringa RMTh. 1964 p. 219; zijn kritiek op het belangvereiste in het algemeen schijnt mij thans achterhaald door art. 3:303 BW.

De lijn van het hof is in de tweede plaats principieel onjuist. Veel mensen lijden op veel gebieden psychische schade door het optreden van anderen – ook door dat van de overheid. Trekt men de redenering van het hof door, dan zouden zij altijd van de burgerlijke rechter een verklaring voor recht kunnen verkrijgen als de onrechtmatigverklaring van dat optreden hun psychische schade zou verhelpen of beperken. Daarmee kan elk onderwerp van publiek debat aan het oordeel van de burgerlijke rechter worden onderworpen: vandaag zal de onrechtmatigverklaring worden gevraagd van het voortbestaan van de militaire dienstplicht, of van de jacht op zeehonden, walvissen of fazanten, morgen wordt geklaagd dat de minister-president altijd weer een man is. Hoe begrijpelijk de oplossing van het hof ook mag lijken in een enigszins uitzonderlijk geval als het onderhavige, zij zou m.i. een gevaarlijk precedent in het leven roepen. Anders A. Wolfsbergen, Onrechtmatige daad (Leiden 1946) p. 190 en 203; daartegen echter G. Parser, Het declaratoir vonnis (diss. Amsterdam 1903) p. 294; Star Busmann, Hoofdstukken (3e dr. 1972) no. 10 en no. 147; Hugenholtz-Heemskerk (16e dr. 1991) p. 93-94; aarzelend Van Nispen, Het rechterlijk verbod en bevel (diss. Leiden 1978) no. 79.

8. Uit de gegrondbevinding van de onderdelen 1.1, 1.4 en 1.5 van het principale middel volgt dat 's hofs arrest niet in stand kan blijven, omdat de oorspronkelijke eisers, thans verweerders in cassatie, niet-ontvankelijk zijn in hun vordering. De overige klachten van onderdeel 1, alsmede onderdeel 1 van het incidentele middel, hoeven in verband daarmee geen behandeling. Het beroep dat de Stichting c.s. doen op de aantasting van de zedelijkheid en van de integriteit van de rechtsstaat is niet van belang voor de beoordeling van de hier besproken gronden van niet-ontvankelijkheid.

Ik ga, voor het geval de Hoge Raad mij niet zou volgen, nog kort in op de klachten in het principale en het incidentele beroep die het fond van de zaak betreffen.

9. Wanneer men, met het hof, de regelmatigheid en de rechtmatigheid wil onderzoeken van de toekenning van het litigieuze pensioen in 1950 moet allereerst worden vastgesteld wanneer en op welke wijze een einde is gekomen aan het kamerlidmaatschap van Rost van Tonningen.

Daarbij doet zich een prealabele vraag voor, die aan de orde wordt gesteld in onderdeel 2 van het principale middel (subonderdeel 2.1). Hierin wordt betoogd dat alleen de Staten-Generaal zelf bevoegd zijn om te onderzoeken wie als lid van de kamers moet worden aangemerkt en op welk moment een einde komt aan het kamerlidmaatschap. De Staat houdt vol dat daarom over die vragen aan de rechter geen oordeel toekomt.

Deze absoluut geformuleerde stelling acht ik niet aannemelijk. Volgens art. 58 Grondw. komt het geloofsbrievenonderzoek aan de kamers zelf toe. Men kan er wellicht over speculeren hoever de bevoegdheid reikt die de kamers daaraan kunnen ontlenen. Het gaat echter te ver eruit af te leiden dat de rechter zich nimmer met de vraag zou mogen bezighouden of, en wanneer, het lidmaatschap van een bepaald kamerlid een einde heeft genomen. Indien bv. een kamerlid, of een weduwe van een kamerlid, beroep instelt tegen de toekenning van pensioen op de grond dat de duur van het lidmaatschap in de toekenningsbeschikking verkeerd is berekend, zal de administratieve rechter die vraag niet kunnen laten liggen; dat zou op rechtsweigering neerkomen. Hetzelfde geldt m.i. indien bij de gewone rechter een actie uit onrechtmatige daad wordt aangebracht waarin de duur van het kamerlidmaatschap medebepalend is voor de beoordeling van de gewraakte handeling. Dat staat los van de vraag – die door de Staat in de stukken wordt besproken – wie beslissen moet over het beëindigen van het kamerlidmaatschap van een zittend lid dat niet meer vol-

doet aan de eisen van het lidmaatschap of dat een daarmee onverenigbare functie aanvaardt.

10. Wat het einde van het kamerlidmaatschap van Rost van Tonningen betreft oordeelt het hof dat deze in elk geval geacht moet worden het lidmaatschap op 24 april 1941 te hebben prijsgegeven, gezien zijn aanvaarding van met het lidmaatschap incompatibele ambtelijke functies.

De Staat valt dat oordeel aan in subonderdeel 2.2. Kamerleden zouden slechts ontslag kunnen nemen door dit aan de Kamer of aan de minister van Binnenlandse Zaken mede te delen; in elk geval zou vrijwillig aftreden moeten blijken uit een duidelijke en ondubbelzinnige wilsuiting.

Onderdeel 2 van het incidentele middel voert aan dat Rost van Tonningen reeds eerder dan op 24 april 1941 geacht moet worden het kamerlidmaatschap te hebben verloren. Betoogd wordt o.a. (in subonderdeel 2.2) dat de naoorlogse zuivering van de volksvertegenwoordiging tot gevolg had dat een kamerlid als Rost van Tonningen van zijn pensioenrechten vervallen zou zijn verklaard als hij zich niet aan zijn berechting zou hebben onttrokken door de dood te kiezen. Deze klachten van het incidentele middel worden slechts voorwaardelijk voorgesteld, nl. voor het geval dat onderdeel 2.2 van het principale middel tot vernietiging zou leiden.

11. De klacht in het principale beroep treft geen doel. In de exceptionele omstandigheden die tussen 10 mei 1940 en de bevrijding hebben gegolden kan men er niet van uitgaan dat een kamerlid slechts door uitdrukkelijk ontslag te nemen zijn kamerlidmaatschap kon beëindigen. Dat heeft de regering in 1986 in wezen ook erkend. Zij heeft toen nl. verklaard dat Rost van Tonningen geacht moet worden vóór zijn overlijden te zijn afgetreden als kamerlid; dat zou geschied zijn op 4 aug. 1944, toen hij werd beëdigd als „Untersturmführer" bij de Waffen-SS en daarmee zijn Nederlanderschap verloor. Zie brief min. Binnenl. Zk. aan de kamervoorzitters d.d. 17 nov. 1986 (prod. 1 bij concl. v.cis).

Op het ogenblik waarop Rost van Tonningen de volgens het hof incompatibele functies aanvaardde waren de vier jaren waarvoor de Tweede Kamer in 1937 was gekozen nog niet verstreken. De werkzaamheden van de Staten-Generaal waren toen geschorst ingevolge een verordening van de Rijkscommissaris (verord. 22/1940). Weliswaar wordt die verordening geacht nimmer van kracht te zijn geweest, omdat zij is opgenomen op lijst A van het Besluit Bezettingsmaatregelen (Stb. E 93), maar dat neemt niet weg dat er geen administratieve infrastructuur meer voorhanden was om ontslagbrieven in ontvangst te nemen. Voor degenen die deze periode hebben meegemaakt lijkt het overigens lichtelijk bizar dat iemand in 1941 of 1942 een brief zou kunnen schrijven, of anderszins zijn wil zou kunnen manifesteren, inzake het al dan niet voortduren van zijn kamerlidmaatschap.

12. Voor alle zekerheid wijs ik er nog op dat m.i. één van de klachten in het incidentele beroep gegrond is. Het is nl. de vraag of men niet moet aannemen dat de NSB-kamerleden niet konden aftreden omdat hun door de zuivering het mandaat als volksvertegenwoordiger was ontnomen.

Krachtens het Besluit Tijdelijke Staten-Generaal van 2 aug. 1945 (Stb. F 131) maakten van dit tijdelijke orgaan deel uit de personen die op 10 mei 1940 kamerlid waren, met uitzondering van de categorieën personen genoemd in art. 3 lid 1. Daartoe behoorden degenen die, zoals Rost van Tonningen, door gedragingen of uitlatingen blijk hadden gegeven van een nationaal-socialistische geestesgesteldheid (art. 3 lid 1 sub *c*). Een commissie onder voorzitterschap van de Vice-President van de Raad van State trad hier op als zuiveringscommissie (art. 3 lid 2). Er is geen twijfel mogelijk dat Rost, ware hij in leven gebleven, zou zijn weggezuiverd. Zie ook rapport ambtelijke werkgroep 1986 (prod. bij concl.v.antw.) p. 42. Uit het Besluit blijkt niet van welk tijdstip af het mandaat van het weggezuiverde kamerlid geacht moet worden tot een eind te zijn gekomen. Ook de latere Wet omtrent de voorlopige Staten-Generaal gaat er echter van uit dat dit mandaat niet meer gold (art. 2 lid 1 wet van 26 okt. 1945 Stb. F 241).

Bij de gewone zuivering, die niet op kamerleden van toepassing was maar wel op ambtenaren en enkele andere categorieën overheidsdienaren, o.a. de arbeidscontractanten en het personeel van de buitenlandse dienst en van de spoorwegen (en dus ook op Rost in zijn ambtelijke functies), gold aanvankelijk de regel dat de weggezuiverde persoon alle pensioenrechten verloor: art. 4 lid 5 Zuiveringsbesluit 1944 (Stb. E 14). Later werd deze regel enigszins verzacht; bij schorsing vervielen alle voordelen en rechten automatisch, maar bij het ontslag „kon" worden bepaald dat pensioenrechten vervielen: art. 5 lid 5 Zuiveringsbesluit 1945 (Stb. F 132). Het laatstgenoemde besluit werd ingevoerd na de dood van Rost van Tonningen.

Uit de samenhang tussen de gewone zuivering en die van kamerleden, die onder een apart regime vielen, dient men m.i. af te leiden dat ook weggezuiverde kamerleden hun pensioenrechten verloren. Dat het Besluit Tijdelijke Staten-Generaal daar zelf niets over bepaalt, valt te verklaren uit de omstandigheid dat er destijds van werd uitgegaan dat NSB-kamerleden behoorden tot de top van het georganiseerde verraad in Nederland: hun wachtte daarom toepassing van het Besluit Buitengewoon Strafrecht en het Besluit Vijandelijk Vermogen (resp. Stb. D 61 en E 133) – zij konden zowel het leven als hun vermogen erbij inschieten. Het zuiveringsregime moet als een eenheid worden gezien. Dat blijkt o.a. uit art. 2 lid 6 Zuiveringsbesluit 1944, bepalend dat de „staking van de uitoefening van de functie" (eerste stap in de zuivering, in afwachting van het ambtenarenrech-

telijke ontslag) mede de staking van de uitoefening van andere door de betrokkene beklede openbare functies ten gevolge heeft, en ook uit het reeds genoemde art. 4 lid 5 van dit besluit, dat „alle" rechten op pensioen en „alle" rechten van de nagelaten betrekkingen door het ontslag laat vervallen – ongeacht of dat pensioen en die rechten gekoppeld waren aan de functie waaruit de betrokkene wordt ontslagen.

De consequenties van de zuivering konden de NSB-kamerleden m.i. niet ontlopen door zich aan berechting te onttrekken. Men kan niet aannemen dat Rost van Tonningen door zelfmoord zijn rechtspositie, en die van zijn rechtsverkrijgenden, kon verbeteren: dat zou inderdaad, zoals de ambtelijke werkgroep het formuleert (p. 40), een „absurd gevolg" zijn. Het moet er daarom voor worden gehouden dat Rost van Tonningen geen recht op pensioen had wegens zijn dienstjaren als kamerlid; voor zover hij al aanspraak kon maken op die hoedanigheid, waren alle pensioenrechten hem ontnomen door de zuivering. Latere herberekeningen van ambts- en pensioenperioden, zoals die ingevolge de wet van 11 mei 1946 Stb. G 112, waren dus op hem niet van toepassing. Ook zijn weduwe heeft daarom geen recht op pensioen, zodat de litigieuze pensioenbesluiten ten onrechte tot stand zijn gekomen.

Daarmee is geen oordeel gegeven over de vraag of het verstandig c.q. rechtmatig zou zijn tientallen jaren na de toekenning over te gaan tot herroeping of intrekking van die besluiten. Over die vraag spreekt het hof zich ook niet uit.

13. Onderdeel 3 van het principale middel betreft de regelmatigheid van de procedure die in 1950 is gevolgd bij de pensioentoekenning. Het hof oordeelt dat, ingevolge art. 8 en 9 van de wet van 21 nov. 1924 Stb. 522, pensioenaanvragen moeten worden ingediend bij de minister van Financiën, terwijl de toekenning dient te geschieden op voordracht van dezelfde minister; i.c. zou de minister van Binnenlandse Zaken zich deze beide taken onbevoegdelijk hebben aangetrokken (r.o. 40-42). De suggestie van de Stichting c.s. is hierbij dat de minister van Binnenlandse Zaken, als KVP-minister en aanhanger van de zg. barmhartigheidspolitiek, als het ware meer op de hand van de weduwe zou zijn geweest.

Het middel brengt naar voren dat krachtens KB van 8 juni 1933 Stb. 311 pensioenaangelegenheden zijn overgegaan van de minister van Financiën naar die van Binnenlandse Zaken en dat de wet van 25 okt. 1933 Stb. 533 een dienovereenkomstige wijziging brengt in de verwijzingen naar genoemde ministers in bestaande wetten.

Deze klacht is gegrond. Het hof heeft op dit punt kennelijk zonder verder onderzoek de stellingen van de dagvaarding omhelsd, misschien ook omdat de Staat hiertegen in eerste aanleg en in appel geen tegenspraak voerde. Het gaat evenwel om een rechtsoordeel, dat de rechter zelfstandig moet vellen.

14. Onderdeel 3 van het incidentele middel wordt voorgesteld voor het geval dat onderdeel 3 van het principale cassatieberoep tot vernietiging zou leiden. Het betoogt dat de Stichting c.s. niet alleen de kwestie van de verkeerde minister hadden opgeworpen, maar ook andere onregelmatigheden hadden aangevoerd. Zo zou de pensioenaanvrage van de weduwe zijn aangemerkt als die van een weduwe van een kamerlid overleden in actieve dienst, hoewel dit niet juist was; zo zou ook de aanvraag niet zijn ingediend met overlegging van de benodigde stukken.

Indien hier al sprake is van onregelmatigheden, zijn zij in elk geval niet van dien aard dat zij van invloed zouden zijn op het oordeel over de rechtmatigheid van het destijds toegekend pensioen en van de weigering om daar 36 jaar later van terug te komen.

Het onderdeel wordt vergeefs voorgesteld.

15. Resumerend meen ik dat de onderdelen 1 en 3 van het principale en onderdeel 2 van het incidentele middel gegrond zijn. Omdat door het slagen van onderdeel 1 van het principale middel vast komt te staan dat de Stichting c.s. niet-ontvankelijk zijn in hun vordering, zal vernietiging van 's hofs arrest moeten leiden tot bekrachtiging van het vs. van de rb.

16. Ik concludeer tot vernietiging van het arrest van het hof Den Haag en tot bekrachtiging van het daarbij vernietigde vonnis van de rechtbank Den Haag.

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Verweerders in cassatie – tezamen verder te noemen de stichting c.s. – hebben bij exploit van 31 jan. 1989 eiser tot cassatie – verder te noemen de Staat – gedagvaard voor de Rechtbank te 's-Gravenhage en gevorderd te verklaren voor recht dat de bij KB van 15 mei 1950 tot stand gekomen toekenning van weduwenpensioen aan de weduwe Rost van Tonningen, en de herziening die in 1956 op de hoogte van dit pensioen is aangebracht, in strijd met en met schending van het recht hebben plaatsgevonden, zodat deswege deze pensioentoekenning en deze herziening van het pensioen als onregelmatig en onrechtmatig moeten worden aangemerkt.

Nadat de Staat had geconcludeerd tot niet-ontvankelijkverklaring van de stichting c.s. in hun vordering dan wel tot afwijzing daarvan, heeft de rechtbank bij vonnis van 21 maart 1990 de stichting c.s. niet-ontvankelijk verklaard in hun vordering.

Tegen dit vonnis hebben de stichting c.s. hoger beroep ingesteld bij het Hof te 's-Gravenhage. Nadat zij van grieven hadden gediend en de Staat daarop had geantwoord, hebben de stichting c.s. bij akte hun eis vermeerderd met een subsidiaire vordering: de Staat te verbieden om nog langer in het openbaar het standpunt in te nemen dat de bij KB van 15 mei 1950 tot stand

gekomen toekenning van weduwenpensioen aan de weduwe Rost van Tonningen, en de herziening die in 1956 op de hoogte van dit pensioen is aangebracht, rechtmatig en regelmatig hebben plaatsgevonden, waarbij door de Staat niet langer in het openbaar mag worden gesteld dat deze pensioentoekenning en deze herziening geheel overeenkomstig de (toenmalig) geldende wetten en het (toenmalig) geldende recht zijn geschied. De Staat heeft zich tegen deze vermeerdering van eis niet verzet.

Bij arrest van 26 sept. 1991 heeft het hof het bestreden vonnis vernietigd en de primair gevorderde verklaring voor recht uitgesproken.

(...)

3. Beoordeling van het middel in het principaal cassatieberoep alsmede van het middel in het incidenteel cassatieberoep

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan:

(i) in 1937 werd M.M. Rost van Tonningen, lid van de NSB, gekozen tot lid van de Tweede Kamer. Tijdens de bezetting heeft Rost van Tonningen zich door de bezetter laten benoemen in verschillende hoge ambtelijke functies, doch geen aanleiding gevonden als kamerlid ontslag te nemen. Rost van Tonningen is op 6 juni 1945 overleden.

(ii) in 1947 heeft de weduwe van Rost van Tonningen, overeenkomstig art. 8 van de wet van 21 nov. 1924 tot uitvoering van art. 90 laatste lid Gr.w (Stb. 522), verzocht haar op grond van voormeld kamerlidmaatschap van wijlen haar echtgenoot een pensioen als in deze wet bedoeld toe te kennen; dit verzoek is bij KB van 15 mei 1950 ingewilligd; haar werd daarbij op basis van het bepaalde in art. 4 onder a van voormelde wet (dat betrekking had op „de weduwe van hem, die als Kamerlid overlijdt") pensioen toegekend met ingang van 27 aug. 1947;

(iii) nadat evengenoemd art. 4 was gewijzigd bij wet van 1 aug. 1956 (Stb. 456), is het aan de weduwe Rost van Tonningen toegekende pensioen, zoals ingevolge art. 2 van deze wet diende te geschieden, herberekend; daarbij is de weduwe Rost van Tonningen aangemerkt als weduwe van een gewezen kamerlid; de herberekening leidde tot een verhoging van het pensioen;

(iv) in de jaren 1986 tot 1988 heeft de vraag of het pensioen van de weduwe Rost van Tonningen moest worden ingetrokken, bij herhaling onderwerp van overleg uitgemaakt tussen de regering en de Tweede Kamer; zulks mede in verband met het feit dat voor zulk een intrekken een wet in formele zin was vereist en bovendien gold dat het voorstel daartoe, ingevolge art. 63 Gr.w, door de beide kamers der Staten-Generaal met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen moest worden aangenomen;

(v) van de zijde van de regering werd dat overleg ingeleid door een brief van de minister van Binnenlandse Zaken van 17 nov. 1986; in deze brief nam het kabinet, mede onder verwijzing naar een daarbij aan de kamer aangeboden en daarmede publiek gemaakt (uitvoerig) rapport van een ambtelijke werkgroep, het standpunt in dat intrekken van het pensioen in strijd zou zijn met de rechtszekerheid en stelde daarom aan de beide kamers der Staten-Generaal voor „het dossier Rost van Tonningen te sluiten";

(vi) het kabinet nam daarbij, kennelijk verwijzend naar de hiervoor onder (ii) en (iii) bedoelde beschikkingen, onder meer tot uitgangspunt dat:

> *„hoezeer ook de pensioenbeschikkingen ten aanzien van mevr. Rost van Tonningen op zich regelmatig genomen zijn,* twijfel kan ontstaan over de rechtvaardigheid van deze pensioenbeschikkingen;"

(vii) voormeld overleg heeft geresulteerd in het indienen van een initiatiefwetsvoorstel dat vooral tot doel had vervallenverklaring van het recht op pensioen van de weduwe Rost van Tonningen mogelijk te maken, doch dit wetsvoorstel is, nadat de op dit laatste gerichte bepaling was verworpen, bij schrijven van 13 sept. 1988 ingetrokken;

(viii) de stichting c.s. hebben zich daarop bij schrijven van hun raadsman van 8 dec. 1988 gewend tot de minister van Binnenlandse Zaken; in dit schrijven stelden zij dat in het hiervoor onder (v) genoemde rapport het standpunt was ingenomen dat de hiervoor onder (ii) en (iii) genoemde pensioenbeschikkingen „als rechtmatig en regelmatig moeten worden beschouwd" alsmede dat dit standpunt „onhoudbaar en onaanvaardbaar" is; op grond daarvan sommeerden zij de minister binnen 14 dagen na dagtekening kenbaar te maken dat hij bereid was „tot een heroverweging van de rechtmatigheid en regelmatigheid van de pensioenbeschikkingen met betrekking tot het kamerlidpensioen van de weduwe Rost van Tonningen over te gaan";

(ix) toen de minister weigerde aan deze sommatie gevolg te geven, zijn de stichting c.s. het onderhavige geding begonnen.

3.2.1. Het eerste onderdeel van het middel in het principaal cassatieberoep keert zich tegen 's hofs oordeel dat de stichting c.s. in hun vorderingen kunnen worden ontvangen (r.o. 12). In zijn motivering van dit oordeel (r.o. 4-11) heeft het hof de grieven van de stichting c.s. tegen de niet-ontvankelijkverklaring door de rechtbank niet afzonderlijk behandeld (r.o. 4). Met name is het hof niet met zoveel woorden ingegaan op de door de stichting c.s. aan de rechtbank gemaakte verwijten dat zij hun stellingen verkeerd had weergegeven en hun bedoelingen onjuist had begrepen. Het hof heeft volstaan met een eigen weergave van die stellingen, maar deze weergave is, zoals het onderdeel terecht poneert, niet aanstonds duidelijk. Het onderdeel begint dan ook (onder 1.1) met een uitvoerige, eigen analyse van de stellingen van de stichting c.s. Deze analyse leidt het onderdeel

tot de slotsom dat de stellingen van de stichting c.s. geen andere conclusie toelaten dan dat zij in dit geding als onrechtmatige gedraging van de Staat en als oorzaak van de optredende psychische schade aanwijzen: a. de weigering om de pensioentoekenningen aan mevr. Rost van Tonningen ongedaan te maken, *dan wel* b. de standpuntbepaling dat de pensioenbesluiten ten aanzien van mevr. Rost van Tonningen in het verleden recht- en regelmatig waren.

Het onderdeel gaat ervan uit dat het hof de stellingen van de stichting c.s. in de onder a aangegeven zin heeft begrepen, maar houdt ook rekening met de mogelijkheid dat het hof ze in de onder b aangegeven zin heeft opgevat.

3.2.2. In de schriftelijke toelichting op het standpunt van de stichting c.s. van de hand van de advocaat die de zaak ook in de feitelijke instanties heeft behandeld, wordt daarentegen betoogd dat de hiervoor onder b gegeven lezing de juiste is en dat, in het licht van het debat in hoger beroep, moet worden aangenomen dat ook het hof daarvan is uitgegaan.

3.2.3. De door het hof gekozen formuleringen ondersteunen veeleer de onderstelling van de Staat. De gedingstukken bevestigen daarentegen de juistheid van de bewering van de stichting c.s. dat zij minstgenomen vanaf het pleidooi in eerste instantie (er is in eerste aanleg niet gere- en gedupliceerd) als onrechtmatige en psychische schade toebrengende handeling van de Staat uitsluitend hebben aangewezen: het in het kader van voormeld, openbaar debat over een publieke zaak – willens en wetens – innemen van het rechtens onjuiste standpunt dat de in 3.1 onder (ii) en (iii) bedoelde „pensioenbeschikkingen ten aanzien van mevr. Rost van Tonningen op zich regelmatig genomen zijn" (zie 3.1 onder (vi)). Juist om dat te onderstrepen hebben zij, blijkens de daarop zowel bij akte als bij pleidooi in hoger beroep gegeven toelichting, hun vordering vermeerderd met de hiervoor onder 1 weergegeven subsidiaire vordering.

Nu het hof de grieven van de stichting c.s., die mede dit punt aan de orde stelden, gegrond heeft bevonden, ligt voor de hand dat het zich in beginsel met hun zienswijze heeft verenigd. De Hoge Raad kiest daarom voor de lezing van de stichting c.s. Hij gaat mitsdien ervan uit dat het arrest van het hof aldus moet worden begrepen dat het hof – zowel bij zijn beslissing ten aanzien van de ontvankelijkheidsvraag, als bij zijn onderzoek ten gronde en toewijzing van de primaire vordering – heeft aangenomen dat aan de in dit geding door de stichting c.s. ingestelde vorderingen de stelling ten grondslag ligt: dat de Staat door in het kader van voormeld, parlementair debat over een zaak van publiek belang als uitgangspunt te nemen dat meerbedoelde pensioenbeschikkingen op zich regelmatig zijn genomen, jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld omdat de Staat wist zowel dat dit uitgangspunt rechtens „onhoudbaar" was, als dat door het innemen van en blijven volharden bij dit uitgangspunt niet alleen de integriteit van de rechtsstaat geweld werd aangedaan maar ook aan verzetsstrijders psychisch leed en schade werd berokkend.

Met deze lezing strookt dat – en deze lezing maakt begrijpelijk waarom – het hof de primair gevorderde verklaring voor recht heeft aangemerkt als een „soort schadevergoeding in natura" (r.o. 8): door het uitspreken van de gevorderde verklaring voor recht zou, in voormelde visie van de stichting c.s., de rechter alsnog vaststellen dat voormeld uitgangspunt van de regering rechtens onjuist was, waardoor de integriteit van de rechtsstaat werd hersteld, de stichting c.s. alsnog genoegdoening kregen en het psychische leed werd verzacht.

3.3. Over de vraag of de in 3.2.3 weergegeven stelling van de stichting c.s. juist is, heeft het hof zich niet uitgesproken; het heeft slechts onderzocht in hoeverre de stichting c.s. gelijk hadden met hun betoog dat het door hen gewraakte uitgangspunt van de regering rechtens onjuist was. Onderdeel 1 van het middel in het principaal beroep bevat dienaangaande een reeks klachten, die evenwel geen behandeling behoeven, omdat, zoals hierna zal blijken, het onderdeel reeds doel treft voor zover het betoogt dat het hof de stichting c.s. in elk geval niet-ontvankelijk had moeten verklaren in hun primaire vordering.

3.4. De primaire vordering van de stichting c.s. strekt – uitsluitend – tot een verklaring voor recht dat, kort gezegd, voormelde pensioenbeschikking waarbij aan mevr. Rost van Tonningen weduwenpensioen werd toegekend, resp. dit pensioen werd herzien, in strijd waren met het recht.

Een verklaring voor recht kan slechts worden uitgesproken op vordering van één der bij een bepaalde rechtsverhouding onmiddellijk betrokkenen en kan enkel dienen tot het op jegens de andere betrokkenen bindende wijze vaststellen van haar bestaan of preciseren van haar inhoud.

Aan deze vereisten is te dezen niet voldaan. De stichting c.s. zijn niet onmiddellijk betrokkenen bij de rechtsverhouding waarop de door hen gevorderde verklaring voor recht betrekking heeft, de rechtsverhouding tussen de Staat en de weduwe Rost van Tonningen. Nu laatstgenoemde geen partij is in dit geding, kan de gevorderde verklaring voor recht ook niet strekken tot het op jegens de bij die rechtsverhouding betrokkenen op bindende wijze vaststellen van haar bestaan of preciseren van haar inhoud. Daartoe strekt de vordering van de stichting c.s. dan ook niet; zij beoogt op gezaghebbende wijze de onjuistheid te doen vastleggen van de mening van de regering nopens de vraag of de pensioenbeschikkingen ten aanzien van mevr. Rost van Tonningen op zichzelf regelmatig genomen zijn.

Het onderdeel betoogt mitsdien terecht dat het hof de primair gevorderde verklaring voor recht niet had mogen uitspreken.

3.5. Het in zoverre gegrond bevinden van het eerste onderdeel van het middel in het principaal beroep brengt mee: vooreerst dat de overige onderdelen van dit middel geen behandeling meer behoeven en voorts dat voor onderdeel 1 van het middel in het incidenteel beroep – het enige waarvan de daarbij verwoorde voorwaarde is vervuld – hetzelfde geldt.

3.6.1. De Hoge Raad kan de zaak zelf afdoen.

3.6.2. Wat de primaire vordering betreft brengt het hiervoor onder 3.3 en 3.4 overwogene mee dat het hof, zonder te hoeven ingaan op de daartegen gerichte grieven, het vonnis van de rechtbank had moeten bekrachtigen.

3.6.3. De subsidiaire vordering had het hof moeten afwijzen op de grond dat de daaraan ten grondslag gelegde feiten deze vordering niet kunnen dragen.

Aan hun subsidiaire vordering hebben de stichting c.s. dezelfde stelling ten grondslag gelegd als aan hun primaire, te weten (zie hiervoor onder 3.2.3) dat de Staat, door in het kader van voormelde parlementair debat als uitgangspunt te nemen dat meerbedoelde pensioenbeschikkingen op zichzelf regelmatig zijn genomen, jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld omdat hij wist zowel dat dit uitgangspunt rechtens „onhoudbaar" was, als dat door het innemen van en blijven volharden bij dit uitgangspunt niet alleen „de integriteit van de rechtsstaat" geweld werd aangedaan maar ook aan verzetsstrijders psychisch leed en schade werden berokkend. Deze stelling kan echter toewijzing van het gevorderde verbod om, kort gezegd, dit uitgangspunt in het openbaar te herhalen, niet wettigen.

Het gaat hier om een *mening* over een rechtsvraag waarbij de stichting c.s. niet onmiddellijk zijn betrokken, te weten de vraag of de pensioenbeschikkingen ten aanzien van mevr. Rost van Tonningen op zichzelf regelmatig genomen zijn. De regering heeft deze mening, naar de stichting c.s. in ander verband zelf beklemtonen, uitgesproken in een openbaar debat over een publieke zaak. Het zowel in de Grondwet als in internationale verdragen neergelegde recht op vrijheid van meningsuiting, waarop ook de regering aanspraak heeft, brengt mede dat de Staat dan niet in rechte kan worden aangesproken op grond van de stelling dat de door de regering aldus uitgesproken mening onjuist is. Dat wordt niet anders indien, zoals te dezen, aan die stelling nog wordt toegevoegd dat de regering die mening heeft verkondigd en daaraan is blijven vasthouden alhoewel haar zowel vóór als tijdens voormeld overleg erop was gewezen dat: deze „onhoudbaar" is, „de integriteit van de rechtsstaat aantast" en daardoor psychisch leed veroorzaakt. Het recht op vrijheid van meningsuiting beschermt immers, zeker in een publiek debat als het onderhavige, in beginsel ook meningen waaraan anderen aanstoot kunnen nemen of waardoor anderen worden geschokt. Het Europese Hof voor de rechten van de mens heeft op dit aspect herhaaldelijk gewezen (zie laatstelijk zijn arrest inzake Castells tegen Spanje van 23 april 1992, Serie A nr. 236, p. 22, § 42) (NJ 1994, 102, m.nt. E.J.D; *red.*)

3.6.4. De Hoge Raad zal doen wat het hof had moeten doen.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Hof te 's-Gravenhage van 26 sept. 1991;

bekrachtigt het vonnis van de Rechtbank te 's-Gravenhage van 21 maart 1990 voor wat de primaire vordering betreft;

wijst de subsidiaire vordering af;

veroordeelt de stichting c.s. in de kosten van het geding in hoger beroep en cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Staat begroot:

voor wat het hoger beroep betreft op f 3850 voor verschotten en salaris;

voor wat de cassatie betreft op f 2714,05 aan verschotten en f 3000 voor salaris.

Noot:

1. Strekking van de vordering

De eisers – leden van het verzet tijdens de bezetting en verzetsorganisaties – vorderden in 1989 een verklaring voor recht dat het weduwenpensioen dat in 1950 aan de weduwe van Rost van Tonningen was toegekend en in 1956 was herberekend, in strijd met het recht en dus onregelmatig en onrechtmatig was toegekend. In beroep werd subsidiair gevorderd een verbod aan de Staat om in het openbaar het standpunt in te nemen dat de toekenning en herziening van het pensioen rechtmatig en regelmatig hadden plaatsgevonden.

Die vordering was om verschillende redenen problematisch:

(1) De eisers moesten, wilden zij niet met een beroep op verjaring geconfronteerd worden, hun vordering baseren op een andere grondslag dan de onrechtmatige toekenning van het pensioen in de jaren vijftig. Zij betoogden daarom – overigens zonder wijziging van het petitum – dat de onrechtmatige gedraging van de Staat tegenover hen daarin bestond dat de regering in 1986 ten onrechte weigerde de toekenning van het pensioen ongedaan te maken en dat zij ten onrechte het standpunt innam dat de toekenning van het pensioen indertijd regelmatig en niet in strijd met het recht was geschied. Door die weigering en dat standpunt werd naar hun stelling psychische schade aan de eisers toegebracht.

(2) Een tweede obstakel was de zogenaamde formele rechtskracht van de pensioenbeschikkingen. Nu daartegen geen administratief beroep was ingesteld – nog daargelaten of derden daarin ontvangen hadden kunnen worden – moest de rechter er van uitgaan dat de beschikking destijds, zowel wat haar wijze van tot stand komen als wat haar inhoud betreft, in overeen-

stemming met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen, tot stand was gekomen. Dat geldt *in beginsel* ook dan, zo overwoog de Hoge Raad in Heesch/Van den Akker (HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723), indien dit de burgerlijke rechter zou nopen aan zijn uitspraak de rechtsgeldigheid ten grondslag te leggen van een beschikking waarvan als vaststaand mag worden aangenomen, dat zij, als daartegen tijdig administratiefrechtelijk beroep zou zijn ingesteld, zou zijn vernietigd. Weliswaar liet de Hoge Raad ruimte voor een uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht – indien door bijkomende omstandigheden de daaraan verbooden bezwaren zeer klemmend worden –, maar niet spoedig wordt aangenomen dat dat uitzonderingsgeval zich voordoet. Zie daarover Van Angeren, RMTh. 1991, p. 3 e.v., speciaal onder 4 en recent Van Duyvendijk, Aansprakelijkheid & Verzekering 1994, p. 89 e.v.

(3) Uitgaande van de formele rechtskracht van de beschikkingen, was een rechterlijk bevel aan de Staat tot intrekking daarvan onhaalbaar. Daarom werd slechts een verklaring voor recht gevorderd dat het pensioen ten onrechte was toegekend. Aan de ontvankelijkheid van een vordering tot een verklaring voor recht zijn echter in de rechtspraak stringente beperkingen gesteld. Zie daarvoor Rechtsvordering 1 (Janssen), aant. 5 op titel I, afd. 4 van Boek 1 en concl. OM onder 7. Die beperkingen komen daarop neer, dat de eiser er een direct belang bij moet hebben het bestaan en de inhoud van de omstreden rechtsverhouding tegenover de wederpartij in rechte te doen vaststellen. Zij kan niet betreffen een rechtsverhouding tussen de wederpartij en een derde, omdat een declaratoir daarover geen rechtsgevolg heeft voor het bestaan en de inhoud van die rechtsverhouding.

2. Ontvankelijkheid

Het Hof achtte de gevorderde verklaring voor recht ontvankelijk met het argument dat zij hier de functie van „een soort schadevergoeding in natura" had, nu de eisers hadden gesteld dat de gevorderde verklaring voor recht op zichzelf al tot herstel van hun psychische schade zou leiden.

Door de vordering op te vatten als een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad, kon het Hof de eisers ontvankelijk achten. Immers bij het vorderen van schadevergoeding uit onrechtmatige daad heeft het slachtoffer steeds voldoende belang.

De Hoge Raad volgt het Hof echter niet, maar stelt met nadruk vast (r.o. 3.4) dat de primaire vordering – uitsluitend – strekt tot een verklaring voor recht dat de omstreden pensioenbeschikkingen in strijd met het recht waren. Of de Hoge Raad daarmee de juistheid onderschrijft van het betoog in onderdeel 1.4 van het cassatiemiddel, dat een verklaring voor recht nooit als een soort schadevergoeding in natura kan worden opgevat, blijkt niet uit het arrest. Ook denkbaar is, dat de Hoge Raad de uitleg door het Hof van de eis zo gekunsteld vond, dat hij die zonder verdere motivering corrigeerde door de eisers te houden aan de bewoordingen van het petitum.

Met de vaststelling van de strekking van de vordering was tevens haar lot beslist: de vordering voldoet niet aan de eisen die aan het vorderen van een verklaring voor recht worden gesteld. De Hoge Raad formuleert in r.o. 3.4 die eisen nog eens in algemene bewoordingen: „Een verklaring voor recht kan slechts worden uitgesproken op vordering van één der bij een rechtsverhouding onmiddellijk betrokkenen en kan enkel dienen tot het op jegens de andere betrokkenen bindende wijze vaststellen van haar bestaan of preciseren van haar inhoud". De vordering is niet-ontvankelijk, omdat de eisers niet onmiddellijk betrokkenen bij de rechtsverhouding tussen de Staat en de weduwe waren en tevens omdat de gevorderde verklaring voor recht niet kan dienen tot een bindende vaststelling van het al of niet bestaan van pensioenrechten van de weduwe tegenover de Staat, al dadelijk omdat zij geen partij is in de procedure. Stringente beperkingen aan het vorderen van een verklaring voor recht zijn noodzakelijk om te voorkomen dat de rechterlijke macht wordt overspoeld door procedures waarin buitenstaanders, alleen om gelijk te krijgen en zonder dat de beslissing enige verandering brengt in de bestaande rechtsverhoudingen, het rechterlijk oordeel vragen over rechtsverhoudingen waarbij zij geen partij zijn.

3. Psychisch letsel

Maar, hoe nu indien de eisers wel vergoeding van onrechtmatig toegebracht psychisch letsel hadden gevorderd? Dan gelden niet de beperkingen die aan het vorderen van een verklaring voor recht zijn gesteld. De A-G Koopmans waarschuwt in zijn conclusie onder 7 terecht voor het ontvankelijk achten van vorderingen van derden die stellen door het optreden van anderen, waaronder de overheid, psychische schade te ondervinden. Met hem denk ik dat het recht aan die mogelijkheid paal en perk moet stellen, indien het gewraakte optreden niet rechtstreeks tegen die derden was gericht. Het ligt het meest voor de hand in dergelijke gevallen de relativiteit van de onrechtmatige daad te hulp te roepen: de vraag of een gedraging onrechtmatig is, kan alleen aan de orde worden gesteld door iemand jegens wie onrechtmatig is gehandeld, niet door buitenstaanders die niet rechtstreeks door die gedraging in hun belangen worden getroffen. Daarom kan geen argument voor de ontvankelijkheid zijn dat door de gelaakte gedraging van de overheid „de integriteit van de rechtsstaat met de zedelijkheid als achterliggend belang in het geding is", zoals eisers in deze zaak aanvoerden. Hoe belangrijk die waarden ook zijn, zij zijn aspecten van het algemeen belang, dat naar mijn mening niet kan worden geprivatiseerd via tot psychische scha-

de verheven ongenoegen.

Daar komt nog bij, dat de gestelde psychische schade die aan grote aantallen verzetsmensen zou zijn toegebracht, van immateriële aard is, nu zij door de gevorderde verklaring voor recht zou worden hersteld. Ons recht is echter zeer terughoudend met de aanvaarding van immateriële schade als grondslag van vorderingen tot schadevergoeding, zoals blijkt uit de strikte beperkingen die thans in art. 6:106 BW zijn opgenomen. Die beperkingen zouden illusoir worden, indien zou worden aanvaard dat gedragingen jegens een bepaalde persoon tegelijk zouden kunnen opleveren geestelijk letsel en daarmee een „aantasting in de persoon" van derden.

4: *Meningsvrijheid overheid*

Door de niet-ontvankelijkheid van de vordering tot verklaring voor recht, moest nog worden geoordeeld over het subsidiair gevorderde verbod aan de overheid om in het openbaar het standpunt in te nemen dat de pensioenbeschikkingen rechtmatig en regelmatig waren gegeven. De Hoge Raad maakte met die vordering korte metten met een beroep op „het zowel in de Grondwet als in internationale verdragen neergelegde recht op vrijheid van meningsuiting, waarop ook de regering aanspraak heeft". Dat ook de regering en andere publieke ambten aan de Grondwet en internationale verdragen een recht op vrijheid van meningsuiting ontlenen, is nieuw. Kortmann, NJB 1993, p. 333 heeft er op gewezen dat het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting, een recht van de burger tegen de staat is, niet ook een recht van politieke ambten dat tegen de burger kan worden ingeroepen. Hij meent dan ook dat de Hoge Raad in dit arrest ten onrechte de meningsvrijheid als grondrecht van de regering heeft ingeroepen. Historisch heeft Kortmann zeker gelijk. Ook de formulering van het grondrecht in art. 7 Grondwet en art. 10 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) lijkt zijn standpunt te ondersteunen door de daarin voorkomende uitdrukkingen „zonder voorafgaand verlof" resp. „zonder inmenging van enig openbaar gezag". In handboeken over ons staatsrecht vond ik de vraag niet besproken.

Uiteraard moet de regering vrijelijk haar mening kunnen geven over vragen die haar in het parlement worden gesteld. Zij deed dit in schriftelijke en mondelinge debatten met de Tweede Kamer naar aanleiding van een vraag of het pensioen niet moest worden ingetrokken en naar aanleiding van een – later gestrand – initiatiefwetsvoorstel om bij wet de mogelijkheid te scheppen om aan de weduwe Rost van Tonningen het weduwepensioen te ontnemen. Leden van de Staten-Generaal en ministers kunnen niet in rechte worden aangesproken op wat zij in vergaderingen van het parlement of van commissies daaruit hebben gezegd of aan deze schriftelijk hebben overgelegd. Dat staat met zoveel woorden in art. 71 Grondwet. Zie Van der Pot, Donner, Prakke (1989), Handboek, p. 445 en Akkerman, Koekkoek, De Grondwet, (1992), p. 673 e.v. Zie ook de conclusie van de A-G Biegman-Hartogh voor HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801. Die onschendbaarheid, ook tegen vorderingen uit onrechtmatige daad, beoogt de vrije standpuntbepaling in het parlementaire debat te verzekeren. Zij impliceert noodzakelijkerwijs dat aan de deelnemers aan het debat niet door de rechter kan worden verboden in de toekomst een bepaald standpunt in te nemen of te verdedigen, ook als derden dat standpunt onjuist, onhoudbaar of zelfs aanstootgevend vinden. Onjuiste standpunten in het parlementair debat moeten worden weersproken, niet verboden.

De vraag rijst waarom de Hoge Raad niet op die onschendbaarheid een beroep heeft gedaan. Mogelijk is het antwoord, dat de parlementaire immuniteit beperkt is tot de vergaderingen van het parlement. Dat de regering echter behoefte zou voelen ook daarbuiten een standpunt in te nemen over de rechtmatigheid van de pensioenbeschikkingen, lijkt niet waarschijnlijk.

Overigens, het standpunt van de regering dat indertijd het weduwepensioen rechtmatig en regelmatig was toegekend, is niet klaarblijkelijk onhoudbaar. De Hoge Raad stelt voorop, dat het hierbij gaat om een mening over een rechtsvraag. Ons recht laat in beginsel iedereen toe om over rechtsvragen meningen te hebben, ook als die mogelijk onjuist zijn. Ook zonder de onschendbaarheid van art. 71 Grondwet zou het uiten van de mening van de regering, dat de pensioenbeschikkingen rechtmatig en regelmatig genomen waren, niet als onrechtmatige daad zijn aan te merken. De A-G Koopmans heeft, onder 12 van zijn conclusie beredeneerd dat inderdaad het weduwepensioen ten onrechte is toegekend. Dwingend lijkt me zijn redenering echter niet. Het Besluit Tijdelijke Staten-Generaal (Stb. F 131) hield de vervallenverklaring van pensioenrechten van N.S.B.-kamerleden, niet in. Het na de dood van Rost van Tonningen uitgevaardigde Zuiveringsbesluit 1945 (Stb. F 132), was op kamerleden niet van toepassing en hield bovendien niet het automatisch vervallen van pensioenrechten in. Berechting van overleden verdachten is naar ons recht nu eenmaal niet mogelijk en tot berechting van Rost van Tonningen is het door zijn dood niet gekomen. Dat zijn weduwe misschien gunstiger af is doordat als gevolg van diens dood geen berechting kon plaatsvinden, is minder absurd dan de A-G meent, maar veeleer de consequentie van het beginsel dat straf en vervallenverklaring van rechten eerst na berechting kan worden uitgesproken, hoe onbevredigend dat in sommige gevallen – en zeker in een geval als dit – ook mag zijn.

CJHB

PRODUCTIE 4

Case No: CO/5429/2002

Neutral Citation No: [2002] EWHC 2777 (Admin)

IN THE HIGH COURT OF JUSTICE

QUEEN'S BENCH DIVISION (DIVISIONAL COURT)

Royal Courts of Justice

Strand, London, WC2A 2LL

Date: 17th December 2002

Before:

THE RIGHT HONOURABLE LORD JUSTICE SIMON BROWN

THE HONOURABLE MR JUSTICE MAURICE KAY

and

THE HONOURABLE MR JUSTICE RICHARDS

- -

Between:

THE CAMPAIGN FOR NUCLEAR DISARMAMENT **Applicants**

- and -

(1) THE PRIME MINISTER OF THE UNITED KINGDOM **Defendants**

and

(2) THE SECRETARY OF STATE FOR FOREIGN & COMMONWEALTH AFFAIRS

and

(3) THE SECRETARY OF STATE FOR DEFENCE

- -

- -

Rabinder Singh Esq, QC, Michael Fordham Esq & Ms Charlotte Kilroy

(instructed by **Public Interest Lawyers**) for the Applicant

Philip Sales Esq & Ms Jemima Stratford

(instructed by **The Treasury Solicitor**) for the Respondents

Hearing dates : 10th/11th December 2002

JUDGMENT : APPROVED BY THE COURT FOR HANDING DOWN

(SUBJECT TO EDITORIAL CORRECTIONS)

Lord Justice Simon Brown:

1. This application is nothing if not topical. Resolution 1441 was unanimously adopted by the United Nations Security Council on 8 November 2002. It affords Iraq "a final opportunity to comply with its disarmament obligations" (paragraph 2) and recalls that the Council "has repeatedly warned Iraq that it will face serious consequences as a result of its continued violations of its obligations" (paragraph 13). Just ten days ago, pursuant to paragraph 3, Iraq provided the United Nations' Monitoring Verification & Inspection Commission (UNMOVIC) and the International Atomic Energy Agency (IAEA) with a twelve thousand page dossier by way of a "declaration of all aspects of its programmes to develop chemical, biological and nuclear weapons". UNMOVIC and IAEA are presently engaged in their inspection activities. All this is well known, front-page and television news on a daily basis. It is a time of great international tension.

2. What the applicants, Campaign for Nuclear Disarmament (CND), seek by this judicial review application is solely declaratory relief, an advisory declaration as to the true meaning of Resolution 1441 and more particularly as to whether it authorises States to take military action in the event of non-compliance by Iraq with its terms. CND submit it does not. In short, the court is being invited to declare that the UK Government would be acting in breach of international law were it to take military action against Iraq without a further Resolution. It is, to say the least, a novel and ambitious claim.

3. Before coming to examine it let me first set it in the context of certain public statements made by the defendants upon which the applicants seek to rely. Although many such are to be found in the documents before us, I shall quote just three, each made by the Foreign Secretary, the second defendant:

   i. **7 November 2002 (the day before Resolution 1441 was adopted), in the House of Commons:**

   "I do not want to anticipate what will happen if there is a breach, except to say that although we would much prefer decisions to be taken within the Security Council, we have always made it clear that within international law we have to reserve our right to take military action, if that is required, within the existing Charter and the existing body of UN Security Council resolutions if, for example, a subsequent resolution were to be vetoed. However, I do not believe it will come to that."

   ii. **10 November 2002, when interviewed on BBC Radio 4:**

   "Well, I think it's pretty obvious what 'serious consequences' means. Of course there were some negotiations over the text, but the United States and the United Kingdom would not have voted for this text, indeed sponsored the text, had we not been satisfied that it spelt out a very clear set of ultimata to Saddam Hussein, gave the inspectors the best possible powers and also spelt out at the end of the resolution what would happen if Saddam Hussein did not cooperate. It's all there. It's very clear and, yes, military action is bound to follow if Saddam Hussein does not cooperate fully with the terms of this resolution."

   iii. **25 November 2002, in the House of Commons:**

"I should make it clear to the House, as I did on 7 November, that the preference of the British Government, in the event of a material breach, is that there should be a second Resolution authorising military action. The faith now being placed in the Security Council by all members of the United Nations, including the US, requires the Council to show a corresponding level of responsibility. So far it has more than done so. I believe it will do so in the future. But we must reserve our position in the event that it does not."

4. As was indicated in the first of those statements and as, indeed, has repeatedly been stated by the ministers throughout the whole course of events, the government intends only to take action which is justified by international law. As the first defendant said in Parliament on 24 September 2002:

"We will always act in accordance with international law."

5. There is no reason to doubt the government's good faith in this commitment and I do not understand the applicants to question it. On the contrary, it forms the first plank of their argument for the declaration sought. What Mr Rabinder Singh QC submits is that, the government having clearly stated that it would not wish to take military action save in accordance with international law, "there is a great public interest in ensuring that the government is adequately informed on this key question of law; the government should have the benefit of judicial guidance as to what the law is". I take this from the applicant's written reply. In the same passage "CND makes it clear that it does not invite the court to seek to influence the policy decisions of the government in this area".

6. The applicant's argument would appear to suggest that government's need of the court's assistance in understanding the true position in international law is evident from two things: first, CND's contention that without a second Security Council resolution military action against Iraq would be unlawful; secondly, the government's apparent belief to the contrary evidenced by the second of the Foreign Secretary's statements set out above (the evidential high-water mark of the applicant's case that the defendants have misdirected themselves in law on the question), and perhaps also by the third of those statements in which, by "reserv[ing]" the government's position in the event that no second resolution is adopted, Mr Straw is said to have implied that the UK government would regard itself nevertheless as able to take military action. At the very least, it appears to contemplate that possibility.

7. Essentially, therefore, it is CND's case that they are bringing this application solely to ensure that government do not at some future date embark upon military action against Iraq in the mistaken belief that it is lawful to do so when in fact it is not. Given CND's avowed purpose, which is to campaign against war and in favour of the peaceful resolution of conflict, some might think this disingenuous. Such suspicions might be sharpened by seeing it asserted in CND's skeleton argument that "the Government is effectively saying that it wants the option of acting unlawfully without the opprobrium of being seen to do so". For present purposes, however, I propose to accept it at face value. The critical question nevertheless remains whether, even assuming this to be so, the claim is one which the court should properly entertain and determine. That is the issue presently before us. Pursuant to an order made by Maurice Kay J on 29 November 2002, the application has been confined initially to the determination of preliminary issues in the way of justiciability, prematurity and standing - everything, in short, save for the substantive point of international law upon which the applicants ultimately seek the court's ruling.

8. Before, however, coming to these preliminary issues, it is I think necessary to sketch in at least the framework of the argument which CND wish to advance on the substantive question. For this purpose I must set out three further paragraphs of Resolution 1441. By these paragraphs the Security Council:

"4. Decides that false statements or omissions in the declarations submitted by Iraq

pursuant to this resolution and failure by Iraq at any time to comply with, and cooperate fully in the implementation of, this resolution shall constitute a further material breach of Iraq's obligations and will be reported to the Council for assessment in accordance with paragraphs 11 and 12 below;

...

11. Directs the Executive Chairman of UNMOVIC and the Director-General of the IAEA to report immediately to the Council any interference by Iraq with inspection activities, as well as any failure by Iraq to comply with its disarmament obligations, including its obligations regarding inspections under this resolution;

12. Decides to convene immediately upon receipt of a report in accordance with paragraphs 4 or 11 above, in order to consider the situation and the need for full compliance with all of the relevant Council resolutions in order to secure international peace and security."

9. Following the adoption of Resolution 1441, public statements were made by a number of the ambassadors to the United Nations from the Member States of the Security Council. The UK's ambassador stated:

"There is no 'automaticity' in this Resolution. If there is a further Iraqi breach of its disarmament obligations, the matter will return to the Council for discussion as required in operational paragraph 12."

10. CND point out that an earlier draft of the resolution had provided not merely that non-compliance with its terms should constitute a further material breach of Iraq's obligations but also "that such breach authorises Member States to use all necessary means to restore international peace and security in the area". The phrase "all necessary means" is widely recognised to encompass the use of force and indeed this form of words is to be found in Resolution 678 of 29 November 1990 by which Member States were authorised to act following Iraq's invasion of Kuwait. The omission of that clause from Resolution 1441 as adopted is, suggest CND, striking and significant. That consideration, they submit, coupled with ambassadorial statements exemplified by that made by the UK ambassador and, most importantly of all, the express text of the resolution by which any breaches must be reported back to the Council for it to deal with as it may then think appropriate, makes good their contention that breach of the resolution would not of itself authorise the taking of military action. Their case on the true construction of the resolution, they submit, is not merely arguable but strong. They further submit that it raises a sharp-edged question of law involving no considerations of policy, no disputed areas of fact, no consideration of the developing international situation. It is thus an issue upon which the court can and should decide. Such, in a nutshell, is the applicant's contention.

11. The defendants assert to the contrary that there are compelling reasons for the court not to embark upon such an exercise, prominent amongst them considerations of the national interest. It is in this connection that there is before the court a statement dated 5 December 2002 made by Mr Ricketts, Director General for Political Affairs at the Foreign and Commonwealth Office, who draws upon 28 years' experience closely involved in the United Kingdom's conduct of its international relations and diplomatic negotiations with foreign States. I must set out the bulk of this statement in full:

"3. The claimants have asked that the Government explain its understanding of the legal position with regard to the interpretation of Security Council Resolution 1441 (2002). In the judgment of the Secretary of State and the Foreign & Commonwealth Office, and in my own opinion, however, it would be prejudicial to the national interest and to the conduct of the Government's foreign policy if the Government were to be constrained to make a definitive statement of its legal position under international law in relation to

issues concerning the international relations of the United Kingdom. The short point is that it is an unavoidable feature of the conduct of international relations that issues of law, politics and diplomacy are usually closely bound up together. The assertion of arguments of international law by one state is in practice regarded by other states as a political act, and they react accordingly. The UK's international alliances could be damaged by the incautious assertion of arguments under international law which affect the position of those other states.

4. This is especially true in a situation which (like the present situation covered by resolution 1441) is sensitive and where tension is high on all sides: the assertion of arguments of international law by one state which are unpalatable to other states may have the effect of increasing tension and diminishing the possibilities for a diplomatic (and, it is hoped, peaceful) solution. It is also especially true where the issue of international law to be considered is an issue which (like the interpretation of resolution 1441) affects not just the United Kingdom, but many other states as well, who will have their own strongly held views about the matter. It is frequently important for the successful conduct of international affairs that matters should not be reduced to simple black and white, but should be left as shades of grey and open for diplomatic negotiation. Questions of international law often remain at large and may form part of the wider debate between and within states.

5. Further, there are many and obvious examples of situations where the disclosure of a legal position on the part of the Government would be prejudicial to the national interest, as tending to indicate to other states the practical constraints affecting the Government. To disclose the Government's understanding of the legal position under international law of an international negotiation (eg of an amendment to a treaty, or of a resolution) could plainly be prejudicial to the success of the Government in that negotiation – as a practical indication of the constraints under which the Government may understand itself to be operating, and its legal "bottom line". Where an international issue involves the possible use of force by the Government, the advance discussion of legal advice as to the legality or otherwise of the use of force in a variety of possible circumstances could be of immense value to the potential adversary, allowing it to plan and adopt positions contrary to the interests of this country with greater assurance than would otherwise be the case.

6. The practical experience of the Foreign & Commonwealth Office shows, therefore, that the greatest care should be exercised and sensitive diplomatic judgment be brought to bear before the Government commits itself to supporting arguments in international law, which may prove controversial for friends and/or opponents and which may compromise the Government's own negotiating position as a tense international situation develops."

12. Having then set out the Foreign Secretary's statement in the House of Commons on 25 November 2002 (see paragraph 3(iii) above), Mr Ricketts continues:

8. That statement is a considered position. The judgment of the Secretary of State and of the Foreign & Commonwealth Office is that, in this sensitive area and at this time, it would be detrimental to the national interest and the conduct of this country's international relations for the Government to go further or to commit itself to any more definitive view. The question whether the Government's views on the legal position on this issue should be further disclosed is a political issue, a decision on which would have consequences for our international relations. Any indication of the constraints (including legal constraints) which may affect decisions by an international coalition to use force to secure Iraqi compliance with its obligations regarding weapons of mass destruction could well be detrimental to achieving that objective.

9. Further, to make public the Government's detailed understanding of the legal position on the interpretation of SCR 1441(2002) in advance of any future negotiation in the Security Council of a further resolution could well be detrimental to the success of that negotiation.

10. It is also clear that the formulation of a legal position with regard to a future Security Council resolution must be dependent upon the facts and the circumstances prevailing at the time. To indicate now whether it is the Government's view that a resolution is or is not necessary, other than in abstract terms, would not be possible in view of the impracticability of forecasting the developing situation in detail, and would not be helpful in terms of arriving at a resolution of the situation in the interests of the United Kingdom. Thus, in the House of Commons on 25 November, the Foreign Secretary stated:

'Paragraph 4 [of Security Council resolution 1441] therefore defines in general terms what a material breach will consist of. As with any definition of that type, it is never possible to give an exhaustive list of all conceivable behaviours that it covers. That judgement has to be made against the real circumstances that arise'"

13. I shall have to return later to the main thrust of that statement, Mr Ricketts's strongly expressed view that "it would be prejudicial to the national interest and the conduct of the government's foreign policy if the government were to be constrained to make a definitive statement of its legal position under international law", for the various reasons which he then explains. For the moment I pause only to note the contention in paragraph 10 of the statement that the substantive issue sought to be raised here is not the clear-cut question of construction suggested by CND but rather is fact-sensitive and dependent upon the developing international situation. Mr Sales argues that the developing facts could become relevant in two main ways. First, the nature and extent of any non-compliance could affect the question whether article 51 of the United Nations Charter (the self-defence provision) provided an alternative basis of authorisation for military action. Secondly, the reaction of states to the developing situation hereafter - how in future they act and what they say with regard to the necessity or otherwise for a second resolution - may well, by virtue of article 31.3(b) of the Vienna Convention on the Interpretation of Treaties, of itself affect the true interpretation under international law of Resolution 1441.

14. Persuasive though for my part I find Mr Sales' arguments on these points, I am content for present purposes to assume in CND's favour that the point of international law upon which they wish this court to pronounce is indeed capable of resolution without reference to the developing situation, without indeed there being any need for factual judgment at all. Furthermore, given the nature of this preliminary hearing, I shall naturally assume CND's case on the true construction of Resolution 1441 to be at the very least a properly arguable one.

15. I come, therefore, to the preliminary issues now before us: justiciability, prematurity and standing. The principal of these, of course, is justiciability although the present question might perhaps best be formulated simply thus: should the court in its discretion entertain this substantive application? It is not, of course, a challenge: no decision is impugned, neither an existing decision nor even a prospective decision. (CND must inevitably recognise that any future decision to take military action would plainly be beyond the court's purview). It is nakedly an application for an advisory declaration. The court's jurisdiction to grant relief in this form, rarely though it is exercised, cannot be doubted. Should it, however, be exercised here? That is the crucial question for determination on this preliminary hearing.

16. I have already indicated the essential basis upon which Mr Singh invites us to hear and determine this issue of international law. It involves, he says, a pure question of interpretation and it is, he submits, of the first importance that the court should resolve it lest the UK government, contrary to its stated intentions, embark upon unlawful military action through an erroneous understanding of the true legal position. Let me now set out the argument in a little more detail.

17. Its starting point, as I understand it, is that the prohibition on the unlawful use of force is a peremptory norm of customary international law and as such part of the common law of England in the absence of any contrary statutory duty. The use of force is unlawful unless

authorised. Non-compliance with Resolution 1441 would not of itself provide such authorisation. An application, therefore, which is designed to avert a possible breach of a peremptory norm of customary international law - more, a norm with the character of *jus cogens*, thereby enjoying a higher status as one of the fundamental standards of the international community - falls within the court's common law supervisory jurisdiction.

18. Mr Singh next submits that the court's jurisdiction is not to be regarded as ousted by the nature of the context within which this issue of law arises for decision, that of threatened military action. A case is not to be treated as non-justiciable simply because it relates to a sensitive field of executive action. There are no longer any no-go areas for the courts whether on the ground that the source of the power being exercised is the prerogative or because it is being exercised in relation to a particularly sensitive part of public administration, here the defence of the realm. Lord Roskill's list of "excluded categories" - certain areas of decision making under prerogative power, namely "those relating to the making of treaties, the defence of the realm, the prerogative of mercy, the grant of honours, the dissolution of Parliament and the appointment of ministers", all said to be beyond the reach of judicial review - see *CCSU -v- Minister for Civil Service* [1985] AC 374, 418 - now lies in tatters. One by one the barriers have fallen: the immunity from review of the exercise of prerogative power in *CCSU* itself; the refusal of a passport in *R -v- Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs, ex parte Everett* [1989] QB 811; the prerogative of mercy in *R -v- Secretary of State for the Home Department, ex parte Bentley* [1994] QB 349.

19. In short, the class of case of itself provides no bar. What matters, submits Mr Singh, is whether the particular issue sought to be litigated is or is not one lying within the exclusive province of the Executive. In this regard he points to Lord Hoffmann's speech in *Home Secretary -v- Rehman* [2001] 3 WLR 877, 895:

"It is important neither to blur nor to exaggerate the area of responsibility entrusted to the executive. The precise boundaries were analysed by Lord Scarman, by reference to *Chandler -v- DPP* in [1964] AC 763 in his speech in *CCSU -v- Minister for the Civil Service* [1985] AC 734, 406. His analysis shows that the Commission [SIAC] serves at least three important functions which were shown to be necessary by the decision in *Chahal*. First, the factual basis for the executive's opinion that deportation would be in the interests of national security must be established by evidence. It is therefore open to the Commission to say that there was no factual basis for the Home Secretary's opinion that Mr Rehman was actively supporting terrorism in Kashmir. In this respect the Commission's ability to differ from the Home Secretary's evaluation may be limited, as I shall explain, by considerations inherent in an appellate process but not by the principle of the separation of powers. The effect of the latter principle is only, subject to the next point, to prevent the Commission from saying that although the Home Secretary's opinion that Mr Rehman was actively supporting terrorism in Kashmir had a proper factual basis, it does not accept that this was contrary to the interests of national security. Secondly, the Commission may reject the Home Secretary's opinion on the ground that it was 'one which no reasonable minister advising the Crown could in the circumstances reasonably have held'. Thirdly, an appeal to the Commission may turn upon issues which at no point lie within the exclusive province of the executive. A good example is the question, which arose in *Chahal* itself, as to whether deporting someone would infringe his rights under Article 3 of the Convention because there was a substantial risk that he would suffer torture or inhuman or degrading treatment. The European jurisprudence makes it clear that whether the deportation is in the interests of national security is irrelevant to rights under Article 3. If there is a danger of torture, the government must find some other way of dealing with a threat to national security. Whether a sufficient risk exists is a question of evaluation and prediction based on evidence. In answering such a question, the executive enjoys no constitutional prerogative." (paragraph 54)

20. There, submits Mr Singh, in the third of SIAC's functions, is an illustration of where the courts can legitimately overturn an executive decision even in the field of national

security.

21. Mr Singh further relies upon passages in Laws LJ's judgment in *Marchiori -v- The Environment Agency & Others* [2002] EWCA Civ 03, notably the following:

"38. [I]t seems to me, first, to be plain that the law of England will not contemplate what may be called a merits review of any honest decision of government on matters of national defence policy. Without going into other cases which a full discussion might require, I consider that there is more than one reason for this. The first, and most obvious, is that the court is unequipped to judge such merits or demerits. The second touches more closely the relationship between the elected and unelected arms of government. The graver a matter of State and the more widespread its possible effects, the more respect will be given, within the framework of the constitution, to the democracy to decide its outcome. The defence of the realm, which is the Crown's first duty, is the paradigm of so grave a matter. Potentially such a thing touches the security of everyone; and everyone will look to the government they have elected for wise and effective decisions. Of course they may or may not be satisfied, and their satisfaction or otherwise will sound in the ballot-box. There is, and cannot be, any expectation that the unelected judiciary will play any role in such questions, remotely comparable to that of government. ...

39. I recognise that the notion of so grave a matter of State lacks sharp edges. But it is now a commonplace that the intensity of judicial review depends on the context (see for example *Daly* [2001] 2 WLR 1622 per Lord Steyn at paragraph 28). One context will shade into another; there is for instance a distinction between a deportation decision affecting a specific individual (as in *Rehman*) and a decision of defence policy (such as *Trident*), though both involve matters of national security.

40. Secondly, however, this primacy which the common law accords to elected government in matters of defence is by no means the whole story. Democracy itself requires that all public power be lawfully conferred and exercised, and of this the courts are the surety. No matter how grave the policy issues involved, the courts will be alert to see that no use of power exceeds its proper constitutional bounds. There is no conflict between this and the fact that upon questions of national defence, the courts will recognise that they are in no position to set limits upon the lawful exercise of discretionary power in the name of reasonableness. ..."

22. It is the applicants' argument, founded on these and similar dicta in other recent judgments - most notably in *Abbasi -v- Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ 1598 - that no longer are there any forbidden areas of executive action into which the courts simply cannot look; there are only aspects of decision making which the court must necessarily accept lie properly and solely with the executive, for example questions of policy and the substantive merits of factual decisions in sensitive fields like those of national security, defence and foreign relations. These are fields in which "the court is unequipped to judge such merits or demerits" and where in any event respect is properly due to the democratically elected government which is answerable politically for its actions. This case, however, runs the applicants' argument, raises no such considerations. There are no issues which CND seek to have decided here which touch on policy or the merits of any decision. Rather they seek a ruling on a pure point of law in the field of customary international law which is itself part of English common law. The courts should not refuse this invitation. They cannot justifiably accord to the executive the exclusive right to determine this question; on the contrary, it is a question altogether more appropriate for decision by the court in the exercise of its conventional supervisory jurisdiction: to ensure that those exercising public power have not erred in law in the classic sense of misunderstanding their legal powers.

23. Skilfully and resourcefully though this argument was advanced it is clearly not without its difficulties. The first is its invocation of the principle that the common law encompasses

also customary international law. Correct although this undoubtedly is, I have difficulty in understanding how it avails the applicants here. To engage in war without lawful justification is certainly contrary to the law of nations. The issue which the applicants seek to have determined here, however, is whether in the circumstances postulated war *would* be unlawful and that, of course, involves the interpretation of Resolution 1441 itself, a specific international treaty which clearly is *not* part of our domestic law. Ordinarily speaking, English courts will not rule upon the true meaning and effect of international instruments which apply only at the level of international law - see, most recently, *R -v- Lyons* [2002] 3 WLR 1562.

24. Recognising this difficulty, as many of Mr Singh's submissions appear to do, the applicants seek to distinguish *Lyons* and point to other recent case law illustrating the court's preparedness at least in certain circumstances to rule upon the State's obligations under international law. Pressed as to which authorities come closest to supporting the applicants' submission that the court should assume the right to rule upon this issue of international law, Mr Singh relies most heavily on two: *R -v- Home Secretary, ex parte Adan* [2001] 2 AC 477 and *Abbasi*. Let me consider in turn each of these undoubtedly important cases.

25. A central issue raised in *Adan* was whether the courts of this country should entertain a contention that the courts of France and Germany are misapplying the Refugee Convention. The United Kingdom takes the view that the Convention extends protection to asylum seekers in fear of non-State persecution if for any reason the State cannot protect them against it. France and Germany interpret the Convention differently, more narrowly. The House of Lords held that the Convention has one autonomous meaning, namely that adopted by the United Kingdom. In so ruling, their Lordships rejected an argument for the Secretary of State based on the principle of comity, the contention that Parliament could not have intended either the Secretary of State or the courts of this country to have to make a decision that an action by a foreign government or a ruling by a foreign court was wrong in law. Their Lordships were concerned, as they explained, with the United Kingdom's obligation under the Convention as interpreted by the United Kingdom and with the Secretary of State's obligation under the Asylum and Immigration Act 1996 pursuant to which he issued the relevant certificates. As Lord Steyn put it at p518:

"[C]ounsel for the Secretary of State raised a matter which did cause me concern at one stage, namely whether the view I have adopted contains an implicit criticism of the judicial departments of Germany and France. I certainly intend no criticism of the interpretations adopted in good faith in Germany and France. Unanimity on all perplexing problems created by multilateral treaties is unachievable. National courts can only do their best to minimise their disagreements. But ultimately they have no choice but to apply what they consider to be the autonomous meaning. Here the difference is fundamental and cannot be overcome by a form of words. The House is bound to take into account the obligations of the United Kingdom government and to apply the terms of ... the 1996 Act."

26. Lord Phillips MR was later to say in *Abbasi* at paragraph 57:

"Although the statutory context in which *Adan* was decided was highly material, the passage from Lord Cross's speech in *Cattermole* supports the view that, albeit that caution must be exercised by this court when faced with an allegation that a foreign state is in breach of its international obligations, this court does not need the statutory context in order to be free to express a view in relation to what it conceives to be a clear breach of international law, particularly in the context of human rights."

27. *Oppenheim -v- Cattermole* [1976] AC 249 (the other case to which Lord Phillips was there referring) raised the issue whether a decree passed in Germany in 1941, depriving Jews who had emigrated from Germany of their citizenship, should be recognised by the

English court. The House of Lords concluded not, Lord Cross saying:

"To my mind a law of this sort constitutes so grave an infringement of human rights that the courts of this country ought to refuse to recognise this as a law at all."

28. *Abbasi* itself concerned a challenge by a British citizen captured by United States forces in Afghanistan and held in Guantanamo Bay with regard to the exercise of the Foreign Secretary's powers of intervention on behalf of British citizens abroad. Two central issues were identified: first, whether the English court will examine the legitimacy of action taken by a foreign sovereign state; secondly, whether the English court will adjudicate upon actions taken by the executive in the conduct of foreign affairs. There is much that is illuminating of both those issues to be found in the court's judgment. By way of citation, however, I shall confine myself to the court's summary in paragraph 106 of its views as to what the authorities establish and its main reasons expressed in paragraph 107 for rejecting the application:

"106. ...

(i) It is not an answer to a claim for judicial review to say that the source of the power of the Foreign Office is the prerogative. It is the subject matter that is determinative.

(ii) Despite extensive citation of authority there is nothing which supports the imposition of an enforceable duty to protect the citizen. The ECHR does not impose any such duty. Its incorporation into the municipal law cannot therefore found a sound basis on which to reconsider the authorities binding on this court.

(iii) However the Foreign Office has discretion whether to exercise the right, which it undoubtedly has, to protect British citizens. It has indicated in the ways explained what a British citizen may expect of it. The expectations are limited and the discretion is a very wide one but there is no reason why its decision or inaction should not be reviewable if it can be shown that the same were irrational or contrary to legitimate expectations. But the court cannot enter the forbidden areas, including decisions affecting foreign policy.

(iv) It is highly likely that any decision of the Foreign & Commonwealth Office, as to whether to make representations on a diplomatic level, will be intimately connected with decisions relating to this country's foreign policy, but an obligation to consider the position of a particular British citizen and consider the extent to which some action might be taken on his behalf, would seem unlikely itself to impinge on any forbidden area.

(v) The extent to which it may be possible to require more than that the Foreign Secretary give due consideration to a request for assistance will depend on the facts of the particular case.

...

107. We have made clear our deep concerns that, in apparent contravention of fundamental principles of law, Mr Abbasi may be subject to indefinite detention in territory in which the United States has exclusive control with no opportunity to challenge the legitimacy of his detention before any court or tribunal. However, there are a number of reasons why we consider that the applicant's claim for relief must be rejected:

(i) It is quite clear from Mr Fry's evidence that the Foreign & Commonwealth Office have considered Mr Abbasi's request for assistance. He has also disclosed that the British detainees are the subject of discussions between this country and the United States both at Secretary of State and lower official levels. We do not consider that Mr Abbasi could reasonably expect more than this. In particular, if the Foreign & Commonwealth Office were to make any statement as to its view of the legality of the detention of the British prisoners, or any statement as to the nature of discussions held with United States

officials, this might well undermine those discussions.

(ii) On no view would it be appropriate to order the Secretary of State to make any specific representations to the United States, even in the face of what appears to be a clear breach of a fundamental human right, as it is obvious that this would have an impact on the conduct of foreign policy, and an impact on such policy at a particularly delicate time."

29. The "apparent contravention of fundamental principles of law" (paragraph 107) and "clear breach of a fundamental human right" (paragraph 107(ii)) are a reference to the undisputed fact that Mr Abbasi was being denied access to a court to challenge the legality of his detention. The Court of Appeal carefully refrained from investigating, let alone expressing a view on, the legality of the detention itself; that is clearly apparent from the judgment as a whole, not least the final sentence of paragraph 107(i). That notwithstanding, it is Mr Singh's submission that the Court of Appeal can there be seen to have been prepared to state its view on an issue of international law in a plainly sensitive area, namely the US administration's denial to detainees of any right akin to *habeas corpus*.

30. Before coming to consider the extent to which these authorities on analysis truly assist the applicants, it is convenient first to note the main passages in Lord Hoffmann's speech in *Lyons* on which Mr Sales relies in response to this part of CND's argument and the way in which Mr Singh for his part suggests that *Lyons* can be distinguished.

31. The appellants in *Lyons*, it will be remembered, were seeking to overturn their convictions, secured before the Human Rights Act 1998 came into force, in reliance on a ruling by the ECtHR that the admission of certain statements against them had infringed their right to a fair trial under article 6. The following passages in Lord Hoffmann's speech are those most relevant to the present application:

"27. ... [T]he Convention is an international treaty and the ECHR is an international court with jurisdiction under international law to interpret and apply it. But the question of whether the appellants' convictions were unsafe is a matter of English law. And it is firmly established that international treaties do not form part of English law and that English courts have no jurisdiction to interpret or apply them: *J H Rayner (Mincing Lane) Limited -v- Department of Trade and Industry* [1990] 2 AC 418 (the *International Tin Council* case). Parliament may pass a law which mirrors the terms of the treaty and in this sense incorporates the treaty into English law. But even then, the metaphor of incorporation may be misleading. It is not the treaty but the statute which forms part of English law. And English courts will not (unless the statute expressly so provides) be bound to give effect to interpretations of the treaty by an international court, even though the United Kingdom is bound by international law to do so. ...

40. The argument that the courts are an organ of state and therefore obliged to give effect to the state's international obligations is in my opinion a fallacy. If the proposition were true, it would completely undermine the principle that the courts apply domestic law and not international treaties. There would be no reason to confine it to secondary obligations arising from breaches of the treaty. The truth of the matter is that, in the present context, to describe the courts as an organ of the state is significant only in international law. International law does not normally take account of the internal distribution of powers within a state. It is the duty of the state to comply with international law, whatever may be the organs which have the power to do so. And likewise, a treaty may be infringed by the actions of the Crown, Parliament or the courts. From the point of view of international law, it ordinarily does not matter. In domestic law, however, the position is very different. The domestic constitution is based upon the separation of powers. In domestic law the courts are obliged to give effect to the law as enacted by Parliament. This obligation is entirely unaffected by international law."

32. The applicants seek to distinguish that authority on two bases: first, they submit that the appellants there had nothing but the treaty to rely upon, the Convention at the relevant time not having been incorporated into English law; here by contrast the applicants assert that their claim for a declaration is under customary international law and therefore justiciable at common law. Secondly, it is suggested that the appellants in *Lyons* were in any event confronted by an English statute precluding their success unless the convictions were found to be unsafe as a matter of English law, whereas here no such statute stands in the applicants' path.

33. Before concluding this summary of the applicants' case there are just two further authorities to which I should briefly refer, *R -v- Home Secretary ex parte Launder*[1997] 1 WLR 839 and *R -v- Director of Public Prosecutions ex parte Kebilene* [2000] 2 AC 326. Each involved a challenge to an executive decision taken under English law - in *Launder* a decision to extradite, in *Kebilene* a decision to prosecute - at a time prior to the incorporation of ECHR. The decision in each case had been taken by reference to an understanding of the UK's international law obligations under the Convention. A single citation from Lord Steyn's speech in *Kebilene* (itself referring to Lord Hope's speech in *Launder*) sufficiently encapsulates the principle for which Mr Singh cited these authorities and on which he seeks to rely:

> "Lord Bingham of Cornhill CJ [in the Divisional Court below] pointed out that in the present case the Director wished to know where he stood on the issue of compatibility of the legislation. The Director sought and relied on legal advice on that issue. Lord Bingham said that if the advice was wrong, the Director should have the opportunity to reconsider the confirmation of his advice on a sound legal basis. As Lord Bingham observed '... this approach is consistent with the judgment of Lord Hope [in *Launder* at p867]:
>
> 'If the applicant is to have an effective remedy against a decision [on extradition] which is flawed because the decision-maker has misdirected himself on the Convention which he himself took into account, it must surely be right to examine the substance of the argument'
>
> I respectfully agree. There was no infringement of the principle of Parliamentary sovereignty."

34. In both those cases, submits Mr Singh, one finds the court investigating and reaching a conclusion on the position under international law so as to ensure that the executive decision maker has not misunderstood it and thereby misdirected himself in law - or, it is perhaps more accurate to say, taken account of an immaterial consideration. So too, he contends, should the court in the present case assume and exercise jurisdiction to guard against a comparable misunderstanding by government as to the legal effect of Resolution 1441.

35. I have, I hope, in the preceding pages fairly summarised the applicants' arguments and the principal authorities upon which they rely. The defendants' arguments I propose to deal with substantially more shortly. This is not because they lacked anything in the way of thoroughness, but rather because to my mind there are really only two of them which need to be considered, each, as I believe, destructive of central aspects of the applicants' case and in combination fatal to its success. The first goes to the court's jurisdiction to rule on matters of international law unless in some way they are properly related to the court's determination of some domestic law right or interest. The second focuses on Mr Ricketts's statement and the sound reasons of national interest which he gives as to why the court should not require the government publicly to declare its definitive view of the position in international law and, by the same token, why the court for its part should not embark upon the same exercise. Both arguments I find compelling. Let me take them in turn.

36. Should the court declare the meaning of an international instrument operating purely on

the plane of international law? In my judgment the answer is plainly no. All of the cases relied upon by the applicants in which the court has pronounced upon some issue of international law are cases where it has been necessary to do so in order to determine rights and obligations under domestic law. In *Adan*, as has been seen, the English courts felt bound to consider the position under the Convention to determine whether the Secretary of State had acted properly in issuing certificates under the relevant statute. They had, indeed, "no choice but to apply what they considered to be [the Convention's] autonomous meaning" (per Lord Steyn - see paragraph 25 above). In *Oppenheim -v- Cattermole* a view had to be taken upon the legality of the Nazi decree to decide whether or not "to recognise this as a law at all" (per Lord Cross - see paragraph 27 above). True it is that in *Abbasi* the court recognised the breach of fundamental human rights constituted by the denial to all detainees of access to a court to challenge the legality of their detention. But as already pointed out the court carefully refrained from considering the legality of the detention itself and throughout it was concerned solely with Mr Abbasi's rights under domestic law, namely his right to have the Foreign Secretary properly exercise his discretion whether, and if so how, to assist the applicant as a British citizen. *Abbasi*, indeed, so far from affording support to the applicants' argument, in my judgment tends rather to undermine it. *Launder* and *Kebilene* likewise were cases in which the courts were prepared to examine the position under an international convention but only in the context of reviewing the legality of a decision under domestic law. As Mr Sales points out, there is in the present case no point of reference in domestic law to which the international law issue can be said to go; there is nothing here susceptible of challenge in the way of the determination of rights, interests or duties under domestic law to draw the court into the field of international law. Laws LJ's dictum in paragraph 40 of his judgment in *Marchiori* (see paragraph 21 above) that "democracy itself requires that all public power be lawfully conferred and exercised, and of this the courts are the surety", contrary to Mr Singh's submission, is not in point here: the domestic courts are the surety for the lawful exercise of public power only with regard to domestic law; they are not charged with policing the United Kingdom's conduct on the international plane. That is for the International Court of Justice. Mr Singh was quite unable to point to any case in which the domestic courts have ruled on a matter of international law in no way bearing on to the application of domestic law.

37. *Lyons*, again contrary to Mr Singh's submission, is in my judgment indistinguishable in principle from the present case. The courts there refused to take account of the State's duty in international law since it did not properly sound in domestic law. No more does it here. The absence of any relevant statutory provision here is nothing to the point. Nor, as I sought to explain in paragraph 23 above, can the applicants escape the rule which *Lyons* exemplifies by seeking to invoke the principle of customary international law. What is sought here is a ruling on the interpretation of an international instrument, no more and no less. It is one thing, as in cases like *Kebilene* and *Launder*, for our courts to consider the application of an international treaty by reference to the facts of an individual case. (That, indeed, would have been the position in *Lyons* itself had the courts been prepared to undertake the exercise.) It is quite another thing to pronounce generally upon a treaty's true interpretation and effect. There is no distinction between the position of the United Kingdom and that of all other States to whom Resolution 1441 applies. Why should the English courts presume to give an authoritative ruling on its meaning? Plainly such a ruling would not bind other States. How could our assumption of jurisdiction here be regarded around the world as anything other than an exorbitant arrogation of adjudicative power?

38. The general rule is that, in the interests of comity, domestic courts do not rule on questions of international law which affect foreign sovereign states. As Diplock LJ said in *Buck -v- Attorney-General* [1965] Chancery 745, 770:

"For the English court to pronounce upon the validity of a law of a foreign sovereign state within its own territory, so that the validity of that law became the *res* of the *res judicata* in the suit, would be to assert jurisdiction over the internal affairs of that state. That would be a breach of the rules of comity. In my view, this court has no jurisdiction so to

do."

39. Twenty years later, Lord Diplock (as he had by then become) returned to the theme in *British Airways -v- Laker Airways* [1985] AC 58, 85:

"The interpretation of treaties to which the United Kingdom is a party but the terms of which have not either expressly or by reference been incorporated in English domestic law by legislation is not a matter which falls within the interpretative jurisdiction of an English court of law."

40. I would notice too in this connection the reference in paragraph 57 of the court's judgment in *Abbasi* to the court exercising caution when faced with an allegation that a foreign state is in breach of international law - see paragraph 26 above. Whilst the statutory context within which *Adan* was decided necessarily defeated the Crown's case on comity there, plainly that is not so here. Here there is simply no foothold in domestic law for any ruling to be given on international law. There would need to be compelling reason for the court to take the unprecedented step of assuming jurisdiction here and no good reason not to. In fact, however, the opposite is the case. I turn to the second of Mr Sales's main arguments.

41. Mr Ricketts's statement attests to two specific reasons why it would be damaging to the national interest for the government to commit itself publicly to a definitive view of the legal effect of Resolution 1441 and to parade its arguments in support. First, it would adversely affect the conduct of our international relations with regard to the Iraq situation. Secondly, it would tie the United Kingdom's hands if and when it has to re-enter the negotiating chamber. I have already set out the statement in paragraphs 11 and 12 above and shall not attempt a paraphrase. Mr Ricketts's assertions, I have to say, appear to me not merely persuasive but in large part self-evident. Much the same thinking plainly informs the Court of Appeal's observation in the last sentence of paragraph 107(i) of the judgment in *Abbasi* as to the risk of discussions between States being undermined. Whatever particular position the government were to adopt, how could it fail to antagonise some at least of our international colleagues? Were the government, for example, to accept and assert publicly the interpretation of the resolution contended for by CND, how could that not (a) damage our relations with, say, the USA who may well take a different view of its effect, and (b) give comfort to the Iraqis? If, at some future date, following a report under paragraphs 4 and/or 11 of the resolution, the Security Council were to consider the matter afresh under paragraph 12, how could the United Kingdom, assuming it were to negotiate for a second resolution, not be disadvantaged in that negotiation if it admitted that States would otherwise be powerless to act?

42. All this surely is obvious. It is hardly surprising that the Foreign Secretary expressed himself as he did on 25 November 2002 (see paragraph 3(iii) above), carefully avoiding committing the government to a view, that statement being, as Mr Ricketts observes, "a considered position". Even, however, were all this not obvious, we would at the very least be bound to recognise Mr Ricketts's experience and expertise in these matters and that the executive is better placed than the court to make these assessments of the national interest with regard to the conduct of foreign relations in the field of national security and defence. We could not properly reject Mr Ricketts's views unless we thought them plainly wrong. Lord Steyn in *Rehman*, albeit finding it "well established in the case law that issues of national security do not fall beyond the competence of the courts", then added:

"It is, however, self-evidently right that national courts must give great weight to the views of the executive on matters of national security."

43. Mr Ricketts's statement, of course, is directed rather to the reasons why the government for its part should not be required to state its position on the meaning of Resolution 1441 than to why the court should not grant an advisory declaration on the point. Clearly, however, the one follows from the other. The logic is inescapable. On the international

plane, as a matter of practical international politics, other States do not make nice distinctions between legal assertions by government and declarations of law by national courts. But, that aside, any declaration by the court would as a matter of practical reality embarrass the government no less than were it to state a definitive view itself. By constitutional convention the government will always comply with decisions of the court. Whatever the court were to declare the instrument to mean, the government could not ignore that ruling or assert some different meaning in its dealings with other States. And, indeed, the objections go further still. Were the court even to embark upon a hearing of the substantive issue the government would be placed in an impossible position. In practice it would be forced to adopt and argue its position before the court, the very thing that Mr Ricketts indicates would damage the conduct of our international relations. The objection, in short, is not merely to the court ever granting an advisory declaration, but in addition to the court even embarking on the argument.

44. If follows from all this that in my judgment strong reasons exist for the court to reject CND's application at this preliminary stage without ever proceeding to the hearing of the substantive issue. As already indicated, even assuming we had jurisdiction to decide the question of international law upon which our ruling is sought, there would need to be compelling reason to do so. The reason advanced by CND is, as stated, to guard against the United Kingdom going to war under a mistake of law. How real a risk is that, however? I am bound to say that for my part I think it no more than fanciful. Plainly the government has access to the best advice not only from law officers but also from a number of distinguished specialists in the field. Why should it be thought that the advice obtained is likely to be wrong? CND's answer to that is that various statements made by ministers - most notably the Foreign Secretary's statement on 10 November 2002 that "military action is bound to follow" if the terms of Resolution 1441 are breached (see paragraph 3(ii) above) - suggest that the government believes no second resolution to be necessary and that this is wrong. I find this argument unconvincing. Quite apart from the fact that it begs the question as to the true interpretation of Resolution 1441, I can find in the ministerial statements nothing to indicate the government's actual view. We simply do not know it.

45. How, then, does Mr Singh seek to meet the argument that any declaration here could be damaging to the national interest. What he submits is that the only proper course for government to take is to conduct its international relations openly in accordance with whatever advice it has received. Government should not, he submits, dissemble or bluff in its negotiations with other States. This appears to me to represent a singularly utopian view of international affairs. For my part I cannot accept it. The plain fact is that even to argue the substantive issue here, let alone to decide it, would be contrary to the national interest.

46. I should say just a word or two at this stage about advisory declarations. These, valuable tools though they can be in the exercise of the court's supervisory jurisdiction, should be sparingly used. Their essential purposes are, first, to reduce the danger of administrative activities being declared illegal retrospectively, and, secondly, to assist public authorities by giving advice on legal questions which is then binding on all - see *Zamir & Woolf: The Declaratory Judgment*, 3rd Edition, 2002 at p143. To make such a declaration here, however, would risk giving them a bad name. The jurisdiction is being invoked for wholly impermissible reasons.

47. I would state my conclusions in summary form as follows:

    i. The court has no jurisdiction to declare the true interpretation of an international instrument which has not been incorporated into English domestic law and which it is unnecessary to interpret for the purposes of determining a person's rights or duties under domestic law. That is the position here.

    ii. The court will in any event decline to embark upon the determination of an issue if

to do so would be damaging to the public interest in the field of international relations, national security or defence. That too is the position here. Whether as a matter of juridical theory such judicial abstinence is properly to be regarded as a matter of discretion or a matter of jurisdiction seems to me for present purposes immaterial. Either way I regard the substantive question raised by this application to be non-justiciable.

iii. Even were this claim not barred by either of the above considerations, I would still reject it on the ground that advisory declarations should not be made save for demonstrably good reason. Here there is none. There is no sound basis for believing the government to have been wrongly advised as to the true position in international law. Nor, in any event, could there be any question here of declaring illegal whatever decision or action may hereafter be taken in the light of the United Kingdom's understanding of its position in international law.

iv. Although in the ordinary way such fundamental objections to the very nature of the claim would strongly militate against permission being granted to advance it, because of the obvious importance of the issues before us and the skill and cogency of Mr Singh's arguments, I myself would propose that we grant permission and then, for the reasons given, dismiss the substantive claim. This, one notes, was the course adopted by the Court of Appeal in *Abbasi*. Frankly, it matters little which of the two routes is taken; these days the possibilities of appeal are the same in either case. Of one thing, however, I am sure: this application must fail and be dismissed at this preliminary stage.

48. By way of footnote I add just these brief comments on prematurity and standing, the other two issues separated out for consideration at this preliminary stage. Were the applicants' claim for an advisory declaration, contrary to my clear conclusions, a sound one, it could not sensibly be regarded as premature. On the contrary to postpone it would be to defeat its very purpose. As for standing, again, were the court to regard it an appropriate exercise of its jurisdiction to advise government as it is here invited to do, it would hardly be right to withhold that advice by reference to some suggested deficiency in CND's interest in the matter.

Mr Justice Maurice Kay :

49. I agree. The procedural position in this case is a little obscure but, although there is no challenge to an existing decision and the only remedy sought is a declaration of an advisory nature, the proceedings are wholly public law based and were properly commenced under Part 54. In these circumstances, they can only proceed with permission. The initial hurdle is in the preliminary issues which we have considered. Although the case for CND has been formulated and presented with coherence and intelligence it is, for the reasons given by Simon Brown LJ, fatally flawed. Nevertheless, because it is an unusual case relating to matters of great public importance I take the view that the appropriate course, and the expedient one in the light of the directions that were given on 29 November, is to grant permission but to dismiss the application.

50. I propose to add a few observations about the conceptual basis of this decision. In the course of submissions there was some debate over whether any obstacle in the way of CND's application is properly categorised as one of jurisdiction, justiciability or discretion. It is clear from *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374 that the controlling factor in considering whether a particular exercise or, for present purposes, prospective exercise of prerogative power is susceptible to judicial review is "not its source but its subject matter" (Lord Scarman, at p 407). It is also clear from that milestone authority that there are subject matters which are, in the language of Lord Phillips of Worth Matravers MR in *Abbasi*, "forbidden areas" (para 106(iii)). The first

reason why the present application must fail is that its subject-matter is one of those forbidden areas. In my judgment this is not because of an exercise of judicial discretion. It is a matter of principle. If it were purely a matter of discretion there would be circumstances in which the discretion could only be exercised after full consideration of the substantive case. It is because it is a matter of principle that I feel able to dismiss the present application on a preliminary issue without full consideration of the substantive case. In the *CCSU* case (at p 398) Lord Fraser spoke of

"many of the most important prerogative powers concerned with control of the armed forces and with foreign policy and with matters which are unsuitable for discussion or review in the Law Court."

In my judgment, this is most appropriately characterised as justiciability. If authority were required for this proposition it is to be found in the *CCSU* case, *R v. Foreign Secretary, ex parte Everett* [1989] 1 QB 811 (per Taylor LJ at p. 820) and *R v. Criminal Injuries Compensation Board, ex parte P* [1995] 1 All ER 870, at pp 879-882, per Neil LJ, who explained the difference between jurisdiction and justiciability in this context. I readily accept that the ambit of the "forbidden areas" is not immutable and that cases such as *Everett* and *Bentley* [2001] 1 Cr App 307 CA illustrate how the areas identified by Lord Roskill in the *CCSU* case have been reduced. However, the authorities provide no hint of retreat in relation to the subject- matter of the present case. This is hardly surprising. Foreign policy and the deployment of the armed forces remain non-justiciable. That is the first basis upon which I would refuse the present application. I would also refuse it on the other grounds to which Simon Brown LJ has referred and for the same reasons given by him. I agree that the "international law" ground is more appropriately categorised as going to jurisdiction rather than justiciability.

Notwithstanding the erudition with which it was advanced, this is an unsustainable challenge.

Mr Justice Richards:

51. I agree with both judgments. Although I accept that permission should be granted because of the importance of the matters raised, in my view the claim should not be allowed to proceed beyond the preliminary issues since it would be wholly inappropriate to entertain the substantive issues and the court would not countenance the grant of the declaration sought. I would summarise my reasons as follows.

52. CND seeks an "advisory" declaration, before any decision is taken on the use of armed force against Iraq and with a view to "informing" the Government on the correct interpretation of Resolution 1441 as an input into any decision that may be taken. There are undoubtedly cases where it may be appropriate for the court to entertain a claim for a declaration in advance of a decision or even where there is no decision in prospect. In *London Borough of Islington v. Camp* (20 July 1999, unreported), on which CND relies, I examined some of the relevant authorities and principles and agreed to entertain a claim for purely declaratory relief, though expressly avoiding the expression "advisory opinion". As the judgment made clear, however, the circumstances of the case were highly unusual and it was in the public interest to entertain the claim. The jurisdiction remains one to be exercised only in exceptional circumstances. The circumstances of the present case, far from justifying that exceptional course, tell very strongly against doing so.

53. The issue on which CND seeks a ruling is one on which the Government has deliberately refrained from expressing any concluded or definitive view. Its considered position, as set out in the Foreign Secretary's statement to Parliament on 25 November 2002, is to reserve its position in the event that there is a material breach of Resolution 1441 and the Security Council does not adopt a further resolution authorising military action. I do not

accept that, merely because the Government has not ruled out the use of force without a further resolution, there is an inconsistency between its considered position and what CND contends to be the correct interpretation of Resolution 1441. The considered position simply avoids any direction of law one way or the other. Thus no misdirection in law would be established even if CND's interpretation of Resolution 1441 were upheld. Nor does the Foreign Secretary's radio interview on 10 November 2002, described as the evidential high water-mark of CND's case, involve any direction in law as to the interpretation of Resolution 1441. Again it leaves the matter open.

54. The very fact that the Government has refrained from committing itself to a position on the interpretation of Resolution 1441 militates against entertaining the present claim. No doubt the Government has access to expert legal advice and is able to form a reasoned judgment on the legal issue. It does not seek or need advice from the court. There is no obvious reason why the court should "inform" it or force a ruling upon it.

55. The case against intervention becomes overwhelmingly strong once account is taken of the actual reasons for the Government's stance, as set out in the witness statement of Mr Ricketts. I refer in particular to the Government's judgment that "in this sensitive area and at this time, it would be detrimental to the national interest and the conduct of this country's international relations for the Government to go further or to commit itself to any more definitive view". The court must plainly respect and give weight to that judgment (cf. *Home Secretary v. Rehman* [2001] 3 WLR 877 at paras 26, 31, 53-54). It follows, in my view, that to entertain the present claim would inevitably be to act contrary to the national interest. If the Government played an active part in the substantive proceedings, it would necessarily be drawn beyond its considered position. If it played no such part, its position would nonetheless be compromised by any judgment of the court. It could not ignore that judgment without giving rise to an unprecedented situation and risking strain to the established constitutional relationship between courts and executive. In any event I think it obvious that a judgment of the court would be liable to cause damage of the same kind as, on the evidence before the court, would be liable to be caused by a definitive statement of the legal position by the Government itself. I accept that other states are not likely to draw a clear distinction between the Government and a national court and that it would be very difficult for the Government in practice to dissociate its own position from the judgment of the court.

56. In marked contrast, therefore, with the case of *London Borough of Islington v. Camp*, there are strong public interest grounds why the court should not exercise its discretion to entertain the present claim or consider the grant of declaratory relief.

57. I have dealt with the matter so far solely in terms of discretionary considerations. I can add a number of other points also going to the court's discretion. In my view, even if this court were otherwise free to do so, it would be undesirable for it to rule on the interpretation of Resolution 1441 as an abstract legal question in advance of any decision and in circumstances where any difference of view over the correct interpretation of that instrument might not be of any relevance at the end of the day. In practice the point may not arise at all. If it does arise, it will arise against a particular factual background and in circumstances where the position adopted by other states may also be relevant and other rules of international law may also be in play. I recognise the force of CND's point that if one waits for a decision it will be too late to raise the issue in the national court; but even leaving aside the inappropriateness of entertaining such a claim when any ultimate decision would be unreviewable (see below), I consider there to be real objections to examining a question of this kind in isolation and on a contingent basis.

58. For those reasons I am satisfied that the claim should be rejected on discretionary grounds. Far from justifying the exceptional exercise of the court's jurisdiction to grant an advisory declaration, the circumstances make such a course inappropriate and contrary to the public interest.

59. I am also satisfied, however, that the objections to the claim go deeper than that. First, the claim would take the court into areas of foreign affairs and defence which are the exclusive responsibility of the executive Government - areas that the court in *R (on the application of Abbasi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ 1598 described at paragraph 106(iii) as "forbidden areas". Of course, the field of activity alone does not determine whether something falls within a forbidden area: "justiciability depends, not on general principle, but on subject matter and suitability in the particular case" (*Abbasi*, paragraph 85). In the course of his excellent submissions, Mr Rabinder Singh QC took us through the case-law of the last 20 years to show the evolution of the courts' approach to that question and how far the courts have gone in identifying matters that can properly be the subject of judicial determination even though they fall within fields of activity once thought to be immune from review. He submitted that the subject matter of the present claim was one plainly suitable for judicial determination, namely a clinical point of law, and that to leave it within the exclusive province of the executive would be contrary to the rule of law. But that neat attempt to isolate a purely judicial issue ignores two important features of the present case:

    i. According to Mr Ricketts's evidence, the assertion of arguments of international law is part and parcel of the conduct of international relations; it is frequently important for the successful conduct of international affairs that matters should not be reduced to simple black and white, but should be left as shades of grey and open for diplomatic negotiation; and in relation specifically to Resolution 1441 it would be detrimental to the conduct of this country's international relations for the Government to go further than its considered position. In the face of that evidence, it seems to me clear that the legal issue cannot in practice be divorced from the conduct of international relations and that by entertaining the present claim and ruling on the interpretation of Resolution 1441 the court would be interfering with, indeed damaging, the Government's conduct of international relations. That would be to enter a forbidden area. The situation is closely analogous to that considered in *Abbasi* at paragraph 107(i), where the court evidently thought it impermissible to require the FCO to make statements that might undermine discussions held with US officials.

    ii. A plain purpose of the present claim is to discourage or inhibit the Government from using armed force against Iraq without a further Security Council resolution. Thus the claim is an attempt to limit the Government's freedom of movement in relation to the actual use of military force as well as in relation to the exercise of diplomatic pressure in advance. That takes it squarely into the fields of foreign affairs and defence. In my view it is unthinkable that the national courts would entertain a challenge to a Government decision to declare war or to authorise the use of armed force against a third country. That is a classic example of a non-justiciable decision. I reject Mr Singh's submission that it would be permissible in principle to isolate and rule upon legal issues e.g. as to whether the decision was taken in breach of international law. The nature and subject matter of such a decision require it to be treated as an indivisible whole rather than breaking it down into legal, political, military and other components and viewing those components in isolation for the purpose of determining whether they are suited to judicial determination. The same objections of principle apply to an attempt to isolate in advance a potential legal component of a possible future decision with a view to limiting the Government's freedom of movement when taking the decision itself.

60. In the course of argument I suggested that justiciability might be an aspect of discretion. The contrast drawn was with the court's jurisdiction. Whilst I adhere to the view that justiciability is not a jurisdictional concept, it seems to me on reflection that it engages rules of law rather than purely discretionary considerations. They are rules that, in this context at least, the courts have imposed upon themselves in recognition of the limits of judicial expertise and of the proper demarcation between the role of the courts and the responsibilities of the executive under our constitutional settlement. The objections on grounds of non-justiciability therefore provide a separate and additional reason for

declining to entertain the claim.

61. A further objection to the claim is that it asks the national court to declare the meaning and effect of an instrument of international law. The objection can be analysed in this way:

    i. The basic rule is that international treaties do not form part of domestic law and that the national courts have no jurisdiction to interpret or apply them (see e.g. *R v. Lyons* [2002] 3 WLR 1562 at paras 27 and 39). The same basic rule must in my view apply to an instrument such as Resolution 1441 which has been made under an international treaty and has been negotiated in the same way as a treaty.

    ii. Mr Singh sought to avoid the application of that rule by contending first that this case involves a principle of customary international law (indeed, a principle having the status of "jus cogens") prohibiting the unauthorised use of force and that customary international law forms part of domestic law. It seems to me, however, that recourse to customary international law cannot assist the claimant since what is directly in issue is not a principle of customary international law but the meaning and effect of Resolution 1441, an international instrument not forming part of customary international law.

    iii. By way of exception to the basic rule, situations arise where the national courts have to adjudicate upon the interpretation of international treaties e.g. in determining private rights and obligations under domestic law and/or where statute requires decisions to be taken in accordance with an international treaty; and in human rights cases there may be a wider exception. Those examples feature in the discussion in *Abbasi* at paras 51-57. None of them applies here.

    iv. A further exception can arise where a decision-maker has expressly taken into account an international treaty and the court thinks it appropriate to examine the correctness of the self-direction or advice on which the decision is based: see *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Launder* [1997] 1 WLR 839, 867C-F and *R v. Director of Public Prosecutions, ex parte Kebilene* [2000] 2 AC 326, 341 and 367E-H, both of them cases where the court was willing to have regard to the European Convention on Human Rights prior to the Human Rights Act 1998 coming into force. Again, however, that is not this case. General statements by the Government that it will act in accordance with international law do not amount to a direction in law and the Government has in practice studiously avoided any direction on the interpretation of Resolution 1441.

    v. There may be other exceptional cases where the court can properly rule on the interpretation of an international instrument, but none has been shown to be applicable here.

    vi. Thus the case falls foul of the basic rule against the interpretation of international treaties by the national court.

62. I am less certain about the strength of the objections advanced by reference to the implications of a ruling for other states:

    i. A declaration as to the meaning and effect of Resolution 1441 would certainly be of general application, in the sense that it would purport to interpret the resolution as a matter of international law. Mr Sales submitted that the court would thereby be ruling on the obligations of foreign states under an international instrument, which it does not have jurisdiction to do. He cited *British Airways v. Laker Airways* [1985] AC 58 at 85-86, where, in the context of a dispute between the UK and US Governments about the latter's compliance with its treaty obligations, Diplock LJ

observed that "[t]he interpretation of treaties to which the United Kingdom is a party but the terms of which have not either expressly or by reference been incorporated in English domestic law by legislation is not a matter that falls within the interpretative jurisdiction of an English court of law". On the face of it, this is simply an expression of the basic rule concerning the court's jurisdiction to interpret international treaties, which I have covered already. I doubt whether it supports the additional objection advanced by Mr Sales or whether a declaration on the meaning and effect of Resolution 1441 would amount to a ruling on the obligations of foreign states.

ii. This leads into the related subject of comity upon which Mr Sales also relied. As to that, I doubt whether a ruling by the national court on Resolution 1441 would itself involve any express or implied criticism of other states. On the other hand, it might cause other states the same kind of problem as it would cause the UK Government in terms of international negotiating position. It might also be used in support of criticism of a state which took action on a basis inconsistent with the ruling. Thus I do not think that one can dismiss the argument on comity, though the weight properly to be given to it is hard to assess.

iii. The simple point, as it seems to me, is that the court should steer away from these areas of potential difficulty in relation to other states unless there are compelling reasons to confront them. There are no such reasons in this case.

63. In the light of my conclusions on the main issues I do not think it necessary to deal with standing.

64. For those reasons I would grant permission but dismiss the claim on the basis of the preliminary issues.