

Bedankt voor het downloaden van dit artikel. De artikelen uit de (online)tijdschriften van Uitgeverij Boom zijn auteursrechtelijk beschermd. U kunt er natuurlijk uit citeren (voorzien van een bronvermelding) maar voor reproductie in welke vorm dan ook moet toestemming aan de uitgever worden gevraagd.

Boom

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch door fotokopieën, opnamen of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikelen 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, Stb 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (postbus 3060, 2130 KB, www.reprorecht.nl) of contact op te nemen met de uitgever voor het treffen van een rechtstreekse regeling in de zin van art. 16l, vijfde lid, Auteurswet 1912.

Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16, Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any way whatsoever without the written permission of the publisher.

info@boomamsterdam.nl
www.boomuitgeversamsterdam.nl

Nederland dient koers in internationale rechtsorde te herzien

Onze koers in de internationale rechtsorde dreigt te ontsporen. We ondermijnen de internationale rechtsorde door recht steeds vaker te laten wijken voor de macht. Nederland moet niet alleen zijn eigen grondrechten beschermen tegen het internationale recht: we moeten ook internationaal recht tegen zichzelf beschermen.

door *André Nollkaemper*

Hoogleraar Internationaal Publiekrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

NEDERLAND HEEFT IN DE AFGELOPEN jaren zijn kompas in de internationale rechtsorde verloren. We hebben dit goed kunnen verbergen. De Verenigde Staten, die de kritiek over het opofferen van de internationale rechtsorde moeiteloos incasseren, functioneren als bliksemafleiders. We onderscheiden ons graag van de Verenigde Staten en houden de schijn op dat bij ons de internationale rechtsorde in goede handen is. Den Haag en Nederland als *legal capital* van de wereld. Maar deze slogan kan onze complexe en schizofrene verhouding met het internationale recht niet

We helpen mee aan de ondermijning van een rechtstelsel waaraan we ons volledig hebben overgeleverd

langer verhullen. De kern van die verhouding is dat we zelf meehel-
pen aan de ondermijning van een
rechtstelsel waaraan we ons volle-
dig hebben overgeleverd. Het gaat
me er dus niet alleen om dat we, als
de politieke belangen groot genoeg
zijn, bereid zijn internationaal

recht te schenden; het gaat me er met name om dat dat iets doet met het recht dat wij in Nederland als hoogste gezag aanvaarden. Ik zal die stelling bespreken in drie paragrafen. Eerst bespreek ik de traditie van Nederland als voorvechter van de internationale rechtsorde, dan volgt de moeizame

verhouding tussen onze huidige buitenlandse politiek en internationaal recht en ten derde kom ik tot de kern van de zaak: hoe onze omgang met internationaal recht het hart van onze eigen rechtsstaat bedreigt.

NEDERLAND ALS VOORVECHTER VAN DE INTERNATIONALE RECHTSORDE

Nederland is sinds de dagen van Hugo de Groot een verklaard voorvechter van de internationale rechtsorde. Dat had in hoofdzaak twee redenen. De eerste reden is eigenbelang. Als klein (of zoals we soms zeggen middelgroot) land hebben we niet veel te winnen in een wereld die wordt beheerst door macht. Onderwerping van alle staten aan het recht neutraliseert de machtsverschillen. Dat versterkt de invloed van Nederland in internationale besluitvorming. Het beschermt ook onze belangen, bovenal onze handelsbelangen. Dit is het koopmansbelang dat traditioneel het Nederlandse buitenlandse beleid heeft gekenmerkt.

De tweede reden voor ons geloof in de internationale rechtsorde is idealisme. Het huidige pleidooi voor normen en waarden sluit aan bij een lange traditie waarin wij in buitenlands beleid normen en waarden propageren. Internationaal recht belichaamt normen en waarden — bijvoorbeeld idealen van universele rechten van de mens, vrede en rechtvaardigheid.

We hebben ons geloof in de internationale rechtsorde neergelegd in de Grondwet. Art. 90 bepaalt dat Nederland de ontwikkeling van de internationale rechtsorde bevordert. Dit artikel is geen dode letter gebleven. Nederland streeft daadwerkelijk naar bevordering van de internationale rechtsorde — bijvoorbeeld de bescherming van rechten van de mens, hervormingen van de Verenigde Naties, bijdragen aan vredesmissies beschermen, enzovoort. Maar ook hebben wij het geloof in de internationale rechtsorde omgezet in een fusie tussen ons nationale en het internationale recht.

Traditioneel worden internationaal recht en nationaal recht als geheel gescheiden gebieden beschouwd — ze zijn verschillend van aard, organisatie en inhoud. Ons geloof in het internationale recht heeft in Nederland echter geleid tot een bijna onbegrensde infiltratie van internationaal recht in de nationale rechtsorde. Wij beschouwen internationaal recht als echt recht, op voet van gelijkheid met het nationale recht. Alle internationale recht is automatisch deel van de nationale rechtsorde. De rechter laat met grote regelmaat door ons parlement vastgestelde wetgeving buiten toepassing, omdat die strijdt met een internationale regel.

Deze onvoorwaardelijke openstelling is uniek in de wereld. Als een van de weinige lidstaten van de EU hebben we aanvaard dat de invloed van Europees recht in de Nederlandse rechtsorde helemaal niet meer wordt beheerst door de Nederlandse Grondwet. De Hoge Raad heeft enkele jaren

bepaald dat onze Grondwet van geen belang is voor de betekenis van Europees recht in Nederland. Dat betekent dat we elk wapen uit handen hebben gegeven om Europees recht dat strijdt met onze grondwettelijke waarden tegen te houden.

Voor gewoon internationaal recht – anders dan Europees recht – aanvaarden wij nog wel dat de toepassing van internationaal recht in Nederland wordt bepaald door de Grondwet. Internationaal recht geldt hier omdat de Grondwet dat zegt. Maar tegelijkertijd aanvaarden we dat in geval van strijd tussen internationaal recht en de Grondwet, internationaal recht prevaleert. Als internationaal recht zegt dat grondwettelijke rechten of bevoegdheden worden beperkt, dan zal Nederland doen wat internationaal recht wil – dit is een openstelling waarin slechts weinig staten Nederland willen volgen. Internationaal recht dwingt hier niet toe. Waarom doen we het dan toch?

Een belangrijke verklaring is dat we moeten aannemen dat onze grondwetgever heeft gedacht dat internationaal recht per definitie goed is – zo goed is dat het beter is dan onze Grondwet.

DE KENTERING

In 2006 is dit eenvoudige verhaal over het Nederlandse geloof in internationaal recht ten dele ingehaald door een andere werkelijkheid – een werkelijkheid waarin de verhouding tussen Nederland en het internationale recht veel problematischer is. Deze verandering is niet uit het niets gekomen. De oorzaken ervan liggen diep. Maar zoals voor zoveel problemen in het moderne internationale recht geldt, is ook de aanleiding voor deze kanteling te vinden op 11 september 2001. Sinds die datum lijkt het voor staten makkelijker om buiten het recht om of dwars tegen het recht in te handelen. Soms gaat dat eenzijdig – zie de aanval van de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk in Irak. Maar vaak ook worden internationale organisaties, bovenal de Veiligheidsraad van de VN maar ook de EU, gebruikt in de strijd tegen het terrorisme op een manier die op gespannen voet staat met legitimiteit en bescherming van grondrechten. Deze ontwikkelingen brengen de internationale rechtsorde als geheel aan het wankelen. Ze laten de positie van Nederland niet onaangetast.

RECHT EN MACHT

In het Nederlandse buitenlands beleid wijkt internationaal recht steeds vaker voor macht. Op zichzelf is dit niet nieuw. Maar de frequentie en omvang hiervan nemen in snel tempo toe. Staten kunnen internationaal recht

op twee manieren opzijschuiven. Sommige staten, bovenal de Verenigde Staten, doen hierover niet moeilijk en schuiven het recht soms uitdrukkelijk terzijde.

In Nederland doen we dit anders. Wij zeggen dat we trouw zijn aan internationaal recht en buigen het recht vervolgens in onhoudbare vormen om te kunnen rechtvaardigen wat niet gerechtvaardigd kan worden. Enige jaren geleden schreef Robert Kagan in *Of Paradise and Power* dat Europa de weg van het recht bewandelt en de VS de weg van de politiek. Hij schreef ook dat Europa alleen maar de weg van het recht kan bewandelen doordat de VS de weg van de politiek bewandelen. Maar een andere lezing is mogelijk. Het verschil is niet zozeer dat de Verenigde Staten het recht aan hun laars lappen en Europa niet. Het verschil is dat de Verenigde Staten ervoor uitkomen dat zij het recht af en toe omzeilen, terwijl wij de schijn ophouden dat we handelen conform internationaal recht. Wij handelen bij voorkeur onder het mom van het recht.

Onze politieke steun voor de inval in Irak in 2003 toonde hoe Nederland internationaal recht tot voorbij het buigpunt kan buigen om iets wat verboden is toelaatbaar te achten. De regering blijft herhalen dat de inval juridisch was gelegitimeerd, omdat Irak handelde in strijd met de wensen van de Veiligheidsraad en omdat dat de Veiligheidsraad toestemming had gegeven voor de inval. Door die vermeende juridische rechtvaardiging kunnen we ons ook onttrekken aan elke verantwoordelijkheid voor de toestand waarin Irak is beland — internationaal recht rechtvaardigde de inval immers. Maar de stelling dat dit een rechtmatige oorlog was, blijft juridisch onhoudbaar, hoe vaak zij ook wordt herhaald. Er was eenvoudigweg geen machtiging van de Veiligheidsraad tot gebruik van geweld.

Dit misbruik van het recht bij de inval in Irak is deel van een lange reeks. Wij doen mee in *Operation Enduring Freedom* in Afghanistan op basis van art. 51 Handvest VN. Dit zegt dat een staat die is aangevallen (i.c. de VS) het recht heeft op zelfverdediging en dat andere staten (i.c. Nederland) hen daarbij kunnen helpen.

* * *

In 2001 was het recht op zelfverdediging al een moeilijk argument, maar in de emotie van 2001 was er niemand die hier al te moeilijk over deed. Maar kunnen we meer dan 5 jaar na 11 september 2001 nog steeds zeggen dat de jacht op de Taliban en het doden van Taliban-strijders een uitoefening is van dit recht? Het mag dan zo zijn dat terugkeer van de Taliban in Afghanistan onwenselijk is. Maar heeft dat iets te maken met verdediging tegen de dreiging van 11 september? En wanneer eindigt dat dan? Als het al wenselijk blijft om te vechten tegen de Taliban, had dit inmiddels allang moeten worden overgeheveld naar de Veiligheidsraad.

Een ander voorbeeld is het ons onthouden van steun aan de oproep van secretaris-generaal Annan tot een staakt-het-vuren in het conflict tussen Israël en Libanon, in zomer van 2006. Minister Bot verklaarde dat de Nederlandse regering de oproep van Kofi Annan niet steunde zolang Hezbollah de soldaten niet zou overdragen aan Israël. Dat is opmerkelijk, omdat de uiteindelijke resolutie die we wel steunen het staakt-het-vuren helemaal niet afhankelijk maakt van vrijlating van de soldaten. Deze positie droeg eraan bij dat de Veiligheidsraad zijn verantwoordelijkheid op grond van het Handvest niet kon nemen. Opmerkelijk was ook de door onze minister-president uitgesproken steun voor het doodsvonnis van Saddam Hussein. Daarbij gaat me het nog niet om de doodstraf, die immers niet in strijd is met internationaal recht. Maar wel onverenigbaar met internationaal recht is dat we een vonnis steunen van een proces dat naar alle uiterlijke schijn in strijd was met het fundamentele recht op een eerlijk proces.

Om misverstanden te voorkomen: Nederland blijft op tal van gebieden een principiële en positieve rol spelen in de internationale rechtsorde. Maar tegelijkertijd dreigt internationaal recht een speelbal te worden. Het krijgt onvoldoende gewicht in de politieke besluitvorming.

Minister Bot zei in de Algemene Vergadering van 2006: 'While civilized societies uphold international legal and moral standards in defending

themselves, terrorists completely reject the central principles of international law.' Maar hoe sterk is dit onderscheid nog nu we zelf de *international legal standards* naar believen gebruiken of misbruiken?

De internationale rechtstaat

verdwijnt uit beeld, en we keren terug naar de jungle van de internationale samenleving die we na de Tweede Wereldoorlog verlaten leken te hebben.

We keren terug naar de jungle van de internationale samenleving

GEVOLGEN VOOR DE NATIONALE RECHTSTAAT

De gevolgen van dit alles beperken zich niet tot het buitenland. Onze opvatting dat internationaal recht goed recht is waarvoor we onze rechtsorde moesten openstellen, keert zich nu tegen ons. Hetzelfde internationale recht maken we nu inwisselbaar voor naakte macht. Dat kan niet zonder gevolgen blijven voor onze eigen rechtstaat. Daarvoor is de grens tussen binnen- en buitenland, tussen de internationale en de nationale samenleving te veel vervaagd.

Onze onderwerping aan het internationale recht was gebaseerd op de idee dat internationaal recht goed recht was. Maar als het Nederlandse

gebruik van internationaal recht de maat zou worden, blijft er van die idee weinig over. Willen we werkelijk onze Grondwet onderwerpen aan een rechtssysteem dat het (volgens Nederland) rechtmatig zou maken om een hel in Bagdad te creëren en om een verdachte (ook al is het Saddam Hussein) ter dood te veroordelen volgens een procedure die in strijd is met fundamentele recht op een eerlijk proces?

De veranderingen in de internationale rechtsorde na 11 september 2001 bedreigen onze rechtstaat ook in andere opzichten. Dat zien we vooral bij de gevolgen van besluiten van de Veiligheidsraad. Deze vervult een cruciale rol in de bescherming van de vrede en veiligheid. Maar in termen van legitimiteit is de Veiligheidsraad hoogst problematisch. Vijftien staten bepalen hier het recht, zonder last of ruggespraak. En ook dit probleem is na 11 september 2001 groter geworden; de Veiligheidsraad eigent zich meer bevoegdheden toe die bovendien direct ingrijpen in wat er binnen staten gebeurt, niet gehinderd door enige *checks and balances*.

De consequentie van de onvoorwaardelijke Nederlandse openstelling voor internationaal recht lijkt dat besluiten van deze vijftien staten boven Nederlands recht en boven de Grondwet gaan, althans voor zover ze voor een ieder verbindend zijn. Hier zitten overigens de nodige constitutioneel-rechtelijke haken en ogen aan, omdat voor besluiten van organisaties die waarborg van art. 91 lid 3 (goedkeuring door een twee derde meerderheid door de Staten-Generaal) ontbreekt. Maar voor de regering is er in ieder geval geen twijfel over deze effecten van besluiten van de Veiligheidsraad op grondwettelijke rechten.

Enkele maanden geleden verklaarde Nederland zich bereid om Charles Taylor, voormalig president van Liberia, in Nederland te doen berechten. Nederland gaf aan dat dit alleen mogelijk was indien de Veiligheidsraad een resolutie zou aannemen die Nederland daartoe opdracht zou geven. Dat is gebeurd. Vervolgens ontstond in het parlement een debat over de verhouding met de Grondwet. Het werd gezegd dat het vervolgen van Taylor in strijd zou kunnen zijn met de Grondwet. Of dat zo is, laat ik in het midden, maar er leek geen twijfel over de conclusie dat zelfs als dat zo was, de resolutie onze grondwettelijke bescherming opzij zou zetten. Het recht van Taylor om zich tot de Nederlandse rechter te wenden, werd direct opgegeven op grond van een besluit van de Veiligheidsraad.

Dat is wellicht nog niet zo schokkend. Maar hoe ver dit kan gaan, blijkt uit de recente aanvaarding van een wet die organisaties moet verbieden die op de zogenaamde terroristenlijsten staan. Die lijsten zijn opgesteld door de Veiligheidsraad en de EU met het oog op de bevrozing van tegoeden van personen en organisaties die van terrorisme worden verdacht. Nederland heeft nu op eigen initiatief nog een stap verder gezet en heeft organisaties

die op de lijsten staan verboden. Maar zowel de procedure voor samenstelling van die lijsten als de rechtsgevolgen zijn hoogst problematisch.

* * *

De lijsten van de Verenigde Naties worden opgesteld via een proces dat elke transparantie ontbeert. Zo is de informatie waarop ze zijn gebaseerd niet openbaar. Bovendien en belangrijker staan tegen plaatsing op de lijst en de rechtsgevolgen daarvan — bevrozing van tegoeden en nu ook verbodenverklaring van de organisatie — slechts zeer beperkte rechtsmiddelen open. Er is geen rechterlijke instantie die bevoegd is om de rechtmatigheid van plaatsing op de VN-lijst te toetsen. Ook voor de Nederlandse rechter zal er weinig te halen zijn.

Minister Donner zei dat het hier gaat om ‘organisaties waarvan de VN Veiligheidsraad of de Raad van de Europese Unie heeft vastgesteld dat zij een ernstige bedreiging vormen voor de internationale vrede en veiligheid. Een nationale beoordeling op dat punt kan daar weinig aan toevoegen of afdoen’. En daar komt het inderdaad op neer: we geven ons over aan een internationaal proces waarin niemand werkelijke verantwoordelijkheid neemt en waartegen geen werkelijke rechtsbescherming bestaat.

Onze koers in de internationale rechtsorde dreigt dus te ontsporen. We ondermijnen de internationale rechtsorde door recht steeds vaker te laten wijken voor de macht. Nu de internationale rechtsorde na 11 september 2001 ook op tal van andere wijzen aan kwaliteit verliest, rijst de vraag of het wel een goed idee was om de deuren van ons eigen rechtstelsel onvoorwaardelijk te openen voor internationaal recht. Is de internationale rechtsorde niet te onvolgroeid om onze grondwettelijke bescherming overboord te werpen?

Er zijn goede argumenten voor de stelling dat de rechtstaat een opstelling vereist waarin niet alle internationaal recht zonder meer als laatste en hoogste waarheid wordt aanvaard omdat het nu eenmaal internationaal is. Men zou kunnen tegenwerpen dat dit in strijd is met het belang van de internationale rechtsorde. Het zou er immers toe kunnen leiden dat Nederland, en andere staten, zelfstandig zouden gaan bepalen of en hoe een resolutie van de Veiligheidsraad wordt uitgevoerd. Dat is inderdaad een risico. Maar dat moeten we afwegen tegen het feit dat de internationale rechtsorde onvolgroeid is en niet is gebaat bij een klakkeloze toepassing van haar regels. Zolang er geen *checks and balances* op internationaal niveau zijn, moeten de nationale waarborgen behouden blijven — hopelijk als tijdelijke oplossing, tot op internationaal niveau betere rechtsbescherming is gerealiseerd. Dat is niet alleen in het belang van de nationale rechtstaat, maar ook van de internationale rechtstaat. De toenemende mate waarin internationaal recht betrekking heeft op nationale aangelegenheden, maakt dat

de nationale en internationale rechtstaat in toenemende mate samenvallen. Het kritiekloos opvolgen van internationaal recht bedreigt niet alleen onze nationale grondrechten. Het bedreigt ook de grondrechten die door het internationale recht wordt beschermd. Nederland moet niet alleen onze eigen grondrechten beschermen tegen het internationale recht: we moeten ook internationaal recht tegen zichzelf beschermen. Door dat na te laten, ondermijnt Nederland de internationale rechtsorde in plaats van haar, zoals onze Grondwet vraagt, te bevorderen.

Voortgaan op de na 11 september 2001 ingeslagen weg zal op dus enig moment eisen dat de nationale grondwettelijke bescherming wordt versterkt en dat de deur naar automatische toepassing van internationaal recht wordt gesloten. Andere staten hebben die keuze al gemaakt. Maar uiteindelijk zal die ‘nationalisering’ van het recht toch een heilloze weg zijn, waarvan de internationale gemeenschap als geheel het slachtoffer zal worden. Versterking van nationale checks and balances, bijvoorbeeld via versterking van politieke verantwoordelijkheid voor onze positie in internationale organisaties, is essentieel. Maar nationalisering van het recht in de zin van afsluiting van onze rechtsorde is niet langer een optie in een geïnternationaliseerde samenleving. De internationale rechtstaat en de nationale rechtstaat zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. De enige weg voorwaarts is het versterken van de internationale rechtsorde. Niet alleen in het belang van de internationale gemeenschap, maar ook in het belang van de bescherming van onze rechtstaat. Dat vraagt dat internationaal recht serieus wordt genomen en een zwaardere rol krijgt in de politieke besluitvorming, ook in Den Haag. Het vraagt ook het versterken van de rechtstatelijkheid van internationale organisaties zoals de Veiligheidsraad waaraan we ons buitenlands beleid overlaten.

TOT SLOT

De vraag die resteert, is hoe het komt dat we zo ver verwijderd zijn geraakt van Hugo de Groot en van het pad van art. 90 van de Grondwet? Er zijn vele oorzaken. 11 september 2001 is er één. Een fundamentele oorzaak lijkt de band tussen Nederland en de Verenigde Staten in strategische en veiligheidsaangelegenheden. Een heroriëntatie in de internationale rechtsorde vraagt dan ook een heroriëntatie van onze positie tussen Europa en de Verenigde Staten. Een niet onbelangrijk deel van de verklaring lijkt ook te liggen in het ontbreken van discussie, het achterwege blijven van een confrontatie van de regering met wat zij heeft aangericht. In de Kamer wordt stelselmatig kritiek geuit door Koenders, Van Bommel en Karimi. Maar hun kritiek is inmiddels vermoeid en reikt nauwelijks tot buiten de Kamer-

stukken. Het was verbijsterend en verontrustend dat in de verkiezingscampagne een principiële discussie over onze positie in de internationale

Een principiële discussie over onze positie in de internationale samenleving ontbreekt

samenleving heeft ontbroken; net als het verontrustend is dat de Nederlandse wetenschap stilzwijgend heeft toegezien. Dat kan komen doordat Nederland te klein is voor wetenschappers die zich bezighouden met internationaal recht. Wij richten ons blijkbaar liever op de

internationale sfeer — op het internationale strafhof, op de vN en wellicht op de Verenigde Staten. Maar dit is een verontrustende verzaking van de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de wetenschap.

Het falen van Nederland in de internationale rechtsorde is dan ook een collectieve verantwoordelijkheid. Wat dat betreft had minister-president Balkenende het met zijn kritiek op de stilte onder intellectuelen nog niet zo slecht gezien. Het lijkt tijd voor een fundamenteel debat over de opstelling van Nederland in de internationale rechtsorde en de gevolgen daarvan voor de internationale en de nationale rechtstaat. Dit debat zou niet beperkt moeten blijven tot Irak. Dat was slechts een symptoom van een dieper liggend probleem.

Dit artikel is een licht bewerkte versie van de Maagdenhuislezing van 27 november 2006.