



Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Amsterdam Center for International Law

Postbus 1030
1000 BA Amsterdam

T 020 535 2632

Advies IS - Irak

Datum

3 september 2014

Opgemaakt door

Prof. dr. P.A. Nollkaemper

Op 29 augustus jl. is mij namens de minister van Buitenlandse Zaken gevraagd advies te geven over de volgende twee vragen.

1. Hoe beoordeelt u de in artikel I van het Genocideverdrag neergelegde verplichting tot voorkoming van genocide, in het bijzonder in het licht van de uitleg die hieraan is gegeven door het Internationaal Gerechtshof in de zaak Bosnië-Herzegovina tegen Servië-Montenegro van 26 februari 2007?

Algemene opmerkingen

1. Artikel 1 van het Genocideverdrag luidt, in de Nederlandse vertaling: ‘De Verdragsluitende Partijen stellen vast, dat genocide, ongeacht of het feit in vredes- dan wel in oorlogstijd wordt bedreven een misdrijf is krachtens internationaal recht, welk misdrijf zij op zich nemen te voorkomen en te bestraffen.’
2. In de uitspraak in de zaak Bosnië-Herzegovina (2007) heeft het Internationaal Gerechtshof (IGH of Hof) een aantal aspecten van deze verplichting verduidelijkt. Het Hof oordeelde dat Artikel 1 een zelfstandige verplichting bevat, die niet is beperkt tot bestraffing van personen die zich aan genocide schuldig hebben gemaakt (par. 165). De verplichting tot voorkoming van genocide, en de daaruit voortvloeiende verplichting daadwerkelijk te handelen, ontstaat op het moment dat een staat wetenschap heeft (of had moeten hebben) van de ‘existence of a serious risk that genocide will be committed’ (par. 431). De verplichting is niet territoriaal beperkt: staten zijn ook verplicht tot handelen om genocide in *andere* staten te voorkomen (par. 183).
3. Twee aspecten van de verplichting tot voorkoming van genocide zijn van bijzonder belang voor de zich nu in Noord-Irak afspelende gebeurtenissen. Ten eerste de vraag welke staten daadwerkelijk moeten optreden, en ten tweede de vraag wat de inhoud van deze verplichting is: wat zouden deze staten moeten doen ter voorkoming van genocide.

Welke staten moeten handelen?

4. Wat de eerste vraag betreft, maakt het Hof duidelijk dat hoewel de verplichting tot voorkoming in beginsel rust op *alle verdragspartijen*, dit niet betekent dat alle staten daadwerkelijk moeten handelen.
5. Of een staat daadwerkelijk moet optreden, hangt volgens het Hof af van meerdere factoren. Het Hof noemt er echter slechts een: de capaciteit (of ‘het vermogen’) van deze staat om het gedrag van de personen die genocide zouden plegen te beïnvloeden. Deze capaciteit hangt af van verschillende factoren, waarvan het Hof er twee noemt: de geografische nabijheid en de banden met de relevante actoren die genocide zouden plegen. Wat dit laatste betreft verwijst het Hof naar politieke, militaire, of financiële banden (par. 434).
6. Het Hof merkt ook op dat het enkele feit dat een staat *op zichzelf* niet in staat zou zijn om genocide daadwerkelijk te voorkomen, niet betekent dat deze staat daarom niet zou moeten handelen. Het Hof overwoog op dit punt dat het mogelijk is dat preventieve handelingen van een staat – die op zichzelf onvoldoende zouden zijn om genocide te voorkomen – toch een preventief effect kunnen sorteren in samenhang met maatregelen van andere staten (par. 430).
7. De door het Hof geformuleerde criteria zijn verre van eenduidig. Over de vraag wanneer het vermogen van een staat (bijvoorbeeld in termen van politieke, economische, of militaire invloed) dusdanig is, dat deze staat handelend moet optreden, bestaat grote onduidelijkheid.
8. Voor een goed begrip van de vraag welke staten moeten handelen om genocide te voorkomen, moet niet alleen naar de uitleg van het Hof worden gekeken, maar ook naar de praktijk van

staten. Geconstateerd moet worden dat deze praktijk moeilijk verenigbaar is met de uitleg die het Hof heeft gegeven. Voor zover ik kan overzien, is er nauwelijks of geen praktijk die suggereert dat staten een verplichting hebben aanvaard om daadwerkelijk op te treden als in andere staten genocide dreigt te worden gepleegd. Staten hebben zich in relevante gevallen, zoals de situatie in Darfur, niet of nauwelijks beroepen op een dergelijke verplichting. Dit heeft juridische relevantie voor de interpretatie van Artikel 1 van het Genocideverdrag.

9. Naar mijn oordeel kan de uitspraak van het Hof alleen met deze statenpraktijk worden verenigd, indien de criteria aan de hand waarvan de verplichting tot voorkoming worden ingevuld, uiterst restrictief worden uitgelegd. Ik concludeer derhalve dat een staat alleen daadwerkelijk verplicht is om te handelen tot voorkoming van genocide, indien deze staat 1) een sterke band heeft met de groep die genocide dreigt te plegen, en 2) het vermogen heeft om het handelen van deze groep effectief te beïnvloeden.
10. In het enige geval waarin door een internationaal tribunaal is vastgesteld dat een staat deze verplichting heeft geschonden (de Genocide zaak zelf), oordeelde het Hof dat het toenmalige Joegoslavië aan deze criteria voldeed. Het is echter duidelijk is dat de feiten in die situatie zeer uitzonderlijk waren en onvergelijkbaar zijn met, bijvoorbeeld, de positie van Nederland jegens de Islamitische Staat (IS).
11. In de door mij voorgestane uitleg (geformuleerd in nr. 9), is het enkele feit dat een staat, die verder geen relevante band met de actoren in kwestie heeft, beschikt over economische of militaire middelen om druk uit te oefenen of in te grijpen, onvoldoende grond voor de conclusie dat deze staat verplicht is om daadwerkelijk te handelen.

De inhoud van de verplichting: welke maatregelen moeten worden genomen?

12. Voor staten die op grond van de hiervoor genoemde criteria verplicht zijn te handelen, kan uit de uitspraak van het IGH worden afgeleid dat de verplichting tot voorkoming geen resultaatsverplichting is, maar een inspanningsverplichting. Het gaat om een verplichting ‘to employ all means reasonably available to them, so as to prevent genocide so far as possible’ (par. 430).
13. Het Hof geeft niet aan welk type maatregelen een staat zou moeten nemen om de verplichting tot voorkoming te vervullen. Het Genocideverdrag zelf verwijst naar het inschakelen van de bevoegde organen van de VN (Artikel 8) en strafrechtelijke wetgeving (Artikel 5), maar uit de zelfstandige status van Artikel 1 kan worden afgeleid dat de maatregelen die een staat kan of moet nemen niet per se hiertoe zijn beperkt. De enige criteria die het Hof formuleert zijn dat het moet gaan om maatregelen die voor de staat in kwestie redelijkerwijs beschikbaar zijn, en dat zij daadwerkelijk preventief effect moeten kunnen hebben (par. 431).
14. Vanzelfsprekend moet een staat, bij het naleven van de verplichting tot voorkoming van genocide, binnen de grenzen van het internationaal recht handelen (par. 430). Dat betekent bijvoorbeeld dat het gebruik van geweld, in strijd met het Handvest van de VN, niet met een beroep op deze verplichting kan worden gerechtvaardigd.

2. Wat betekent artikel I voor de omvang van deze verplichting voor Nederland in het specifieke geval van de situatie in Noord-Irak?

15. De tweede vraag veronderstelt dat er in Noord-Irak sprake is van een ‘serious risk that genocide will be committed’. Ik heb niet zelfstandig kunnen bepalen dat hiervan in Noord-Irak sprake is, maar neem dit voor het doel van dit advies aan.
16. Voor de beantwoording van de vraag of Nederland verplicht is te handelen, kan uit mijn antwoord op de eerste vraag worden afgeleid dat staten allen verplicht zijn om handelend op te treden indien zij 1) een sterke band met de IS hebben en 2) het vermogen hebben om het handelen van IS effectief te beïnvloeden. Bij de toepassing van deze criteria op Nederland moet onderscheid te worden gemaakt tussen twee situaties.

De IS

17. Wat betreft de groep IS als zodanig, voldoet naar mijn oordeel Nederland niet aan de in nr. 16 genoemde criteria. Het zou kunnen worden bepleit dat staten die in en na 2003 betrokken waren bij de gewapende interventie in Irak een bijzondere verantwoordelijkheid hebben jegens de regering van Irak en dat er in dat opzicht sprake zou zijn van een bijzondere band. Ook al zou dat argument worden aanvaard, dan leidt dit nog niet tot een band met de actor die genocide zou plegen (IS), zoals bedoeld door het Hof. Ik concludeer derhalve dat Nederland niet verplicht is om te maatregelen te nemen ter voorkoming van genocide door de IS als zodanig.
18. Voor zover Nederland toch op grond van een (vermeende) verplichting zou handelen tegen IS, merk ik op dat inzet van militaire middelen, dan wel het steunen van een militaire actie, slechts is toegestaan indien deze actier geschiedt met instemming van de Irakese regering, dan wel op grond van een resolutie van de VN Veiligheidsraad.

Nederlandse onderdanen

19. De situatie kan anders liggen voor Nederlandse onderdanen die een jihad-reis maken. Indien dergelijke personen daadwerkelijk voornemens zouden zijn om bij te dragen aan de genocide, zou zeer wel kunnen worden bepleit dat er zowel sprake is van een voldoende band, als van het vermogen het handelen van deze personen effectief te beïnvloeden. In dat geval zou Nederland verplicht zijn maatregelen te nemen ter voorkoming van genocide.
20. Hierbij maak ik echter twee belangrijke kanttekeningen. Ten eerste kan uit de uitspraak van het IGH worden afgeleid dat de verplichting tot voorkoming van genocide slechts ziet op de specifieke omstandigheden en feiten waar genocide dreigt te worden gepleegd. Ten tweede is, zoals opgemerkt in nr. 13, de verplichting beperkt tot het nemen van maatregelen die daadwerkelijk genocide kunnen voorkomen of kunnen afschrikken. Deze kanttekeningen zijn van belang, omdat het enkele feit dat personen naar Irak reizen voor een jihad-reis, op zichzelf nog niet betekent dat zij bij zullen dragen aan de (voor het doel van dit advies veronderstelde) genocide in Noord-Irak. Ik acht het een te vergaande interpretatie om uit Artikel 1 van het Verdrag af te leiden dat Nederland via strafrechtelijke maatregelen moet optreden tegen Nederlanders die het voornemen hebben een jihad-reis te maken, zonder dat duidelijk is dat zij daadwerkelijk een bijdrage beogen te leveren aan de genocide.
21. Dit sluit vanzelfsprekend niet uit dat het op andere gronden wenselijk kan zijn tegen deze personen op te treden. Maar naar mijn oordeel kan, in de afwezigheid van voldoende relevante feiten over de (voorgenomen) betrokkenheid van personen bij de genocide, uit het Genocideverdrag geen verplichting om jegens hen op te treden worden afgeleid.

Tot slot

22. Het feit dat er, buiten de hiervoor aangegeven gevallen, op grond van het Genocideverdrag voor Nederland geen verplichting bestaat om te handelen jegens IS dan wel jegens concrete personen,

betekent dit niet dat dergelijk preventief handelen niet wenselijk kan zijn op politieke of andere gronden. Maatregelen ter voorkoming van genocide kunnen bijdragen aan de breed gedeelde doelstelling van preventie van genocide en andere internationale misdrijven, zoals ook erkend in het debat over de 'Responsibility to Protect' door de politieke organen van de Verenigde Naties. Ook kunnen dergelijke maatregelen, afhankelijk van de gekozen rechtvaardiging, bijdragen aan de verdere ontwikkeling en interpretatie van de verplichting tot voorkoming van genocide zoals opgenomen in Artikel 1 van het Genocideverdrag.