

MEMO

Datum : 19 december 2024

Inzake : Clustermunitie Oekraïne

1	INTRODUCTIE	2
1.1	SAMENVATTING.....	2
2	FEITEN	4
2.1	MILITAIRE STEUN NEDERLAND	4
2.2	GEbruik VAN CLUSTERMUNITIE DOOR Oekraïne	4
2.3	F-16'S ZIJN GESCHIKT OM CLUSTERMUNITIE AF TE WERPEN	5
2.4	WETENSCHAP BIJ NEDERLAND OVER HET GEbruik VAN CLUSTERMUNITIE DOOR Oekraïne	6
3	VERDRAG INZAKE CLUSTERMUNITIE: JURIDISCH KADER	6
3.1	ALGEMEEN / VERDRAGSBEPALINGEN	6
3.2	STEUN AAN GEbruik CLUSTERMUNITIE (RESULTAATSVERPLICHTING)	8
3.2.1	<i>Standpunt Staat</i>	12
3.3	SAMENWERKING OP MILITAIR GEBIED (INTEROPERABILITEIT)	13
3.4	WEERHOUDEN VAN GEbruik (INSPANNINGSVERPLICHTING)	17
3.4.1	<i>Standpunt Staat</i>	19
4	BEANTWOORDING VRAGEN 1 T/M 4	20
4.1	VRAAG 1 – VERBODEN STEUN	20
4.2	VRAAG 2 – TOT HET UITERSTE	21
4.3	VRAAG 3 – DEFINITIE 'NIETTEGENSTAANDE'	22
4.4	VRAAG 4 – GEEN VOORWAARDEN MOGEN STELLEN	22
5	ANDERE INTERNATIONAAL RECHTELIJKE NORMEN	22
5.1	INTRODUCTIE	22
5.2	ARTIKEL 1 GENEEFSE CONVENTIES	23
5.2.1	<i>Concrete inhoud van de verplichting van artikel 1 GC</i>	24
5.2.2	<i>Positieve verplichtingen</i>	25
5.2.3	<i>Verbod op wapens die geen onderscheid maken tussen civiele en militaire doelen</i>	26
5.3	WAPENHANDELSVERDRAG	27
6	BEANTWOORDING VRAAG 5 – ANDERE INTERNATIONAAL RECHTELIJKE NORMEN	29

1 Introductie

Dit memo formuleert een antwoord op de vragen van de Partij voor de Dieren in relatie tot de levering van Nederlandse wapensystemen aan Oekraïne zonder hieraan de voorwaarde te stellen dat deze niet gebruikt mogen worden voor het gebruik van clustermunitie. De vragen luiden als volgt:

1. Als Nederland militaire of financiële middelen die kunnen worden ingezet voor het gebruik van clustermunitie ter beschikking stelt aan Oekraïne zonder daaraan de voorwaarde te verbinden dat die middelen niet voor het gebruik van clustermunitie mogen worden aangewend, kan dan worden gesteld dat Nederland door het niet stellen van die voorwaarde een ingevolge artikel 1 van het Verdrag inzake clustermunitie verboden steun aan Oekraïne verleent?
2. Brengt de verplichting die uit artikel 21, tweede lid voortvloeit om zich “tot het uiterste in te spannen” om Oekraïne te weerhouden van het gebruik van clustermunitie mede dat Nederland, als zij militaire of financiële middelen die kunnen worden ingezet voor het gebruik van clustermunitie ter beschikking stelt aan Oekraïne, daaraan de voorwaarde dient te verbinden dat die middelen niet voor het gebruik van clustermunitie mogen worden aangewend?
3. Wat betekent de term ‘niettegenstaande’ in het derde lid van artikel 21?
4. Impliceert het recht dat Nederland aan artikel 21, derde lid ontleent om met Oekraïne militair samen te werken, dat Nederland, als zij militaire of financiële middelen die kunnen worden ingezet voor het gebruik van clustermunitie ter beschikking stelt aan Oekraïne, daaraan niet de voorwaarde mag verbinden dat die middelen niet voor het gebruik van clustermunitie mogen worden aangewend?
5. Zijn er andere internationaalrechtelijke voorschriften dan die welke vervat zijn in het Verdrag inzake clustermunitie die Nederland verbieden om Oekraïne direct of indirect te steunen wat betreft het gebruik van clustermunitie of haar verplichten om uitsluitend militaire of financiële middelen ter beschikking te stellen onder de voorwaarde dat die niet voor het gebruik van clustermunitie mogen worden aangewend?

Dit advies ziet op de steun van Nederland aan Oekraïne en het handelen van Oekraïne. Het handelen van Rusland in deze oorlog valt buiten het bestek van dit advies.

Hieronder volgt in de samenvatting een beknopte weergave van de antwoorden. In hoofdstuk 2 volgt een overzicht van een aantal relevante feiten voor de beantwoording van de vragen. Na een korte uiteenzetting van het Verdrag inzake Clustermunitie (hierna ook “CCM”) (hoofdstuk 3) worden de vragen 1 tot en met 4 beantwoord (hoofdstuk 4). In hoofdstuk 5 volgt een korte toelichting op andere internationaalrechtelijke normen die relevant zijn en vervolgens wordt vraag 5 beantwoord (hoofdstuk 6).

1.1 Samenvatting

Het antwoord op de eerste vraag luidt positief. Goed betoogd kan immers worden dat Nederland in strijd met zijn resultaatsverplichting van artikel 1 lid 1 sub c CCM heeft gehandeld door: (i) het doneren van F-16's aan Oekraïne, (ii) met de wetenschap dat Oekraïne over clustermunitie beschikt, (iii) terwijl Oekraïne deze munitie wil gebruiken, en hééft gebruikt met burgerslachtoffers tot gevolg en zeer waarschijnlijk in strijd met het internationaal humanitair recht, en (iv) wetende dat de F-16's geschikt zijn om clustermunitie mee af te werpen en door (v) uitsluitend de voorwaarde te stellen dat de F-16's in lijn met internationaal recht worden ingezet, en niet de voorwaarde dat ze niet mogen worden aangewend voor het gebruik van clustermunitie.

Het antwoord op de tweede vraag luidt daarmee eveneens positief. De Staat kan zelfstandig voorwaarden verbinden aan het gebruik van de steun die het verleend. Dit heeft de Staat ook gedaan door te verplichten dat de F-16's in lijn met het internationaal recht moet worden gebruikt door Oekraïne. Het nalaten om een voorwaarde te verbinden aan gebruik van de F-16's die het mogelijk maakt dat ze gebruikt worden om clustermunitie af te werpen (hetgeen voor de Staat zelf verboden is onder de CCM) maakt dat de Staat zich niet tot het uiterste heeft ingespannen om Oekraïne ervan te weerhouden het materieel voor clustermunitie te gebruiken. Nergens blijkt uit dat de Staat deze voorwaarde niet heeft kunnen stellen of dat dit niet geleverd kan worden van de Staat.

In antwoord op de derde vraag wordt toegelicht dat het woord "nietteminste" aangeeft dat binnen de absolute formulering van de verboden in artikel 1 er situaties zijn waarbij samenwerking op militair gebied met een niet-verdragsstaat die mogelijk deelneemt aan verboden activiteiten, is toegestaan. Het geeft aan dat artikel 21 lid 3 past binnen de ruimte die uit de hoofdverplichting van artikel 1 lid 1 sub c volgt.

De vierde vraag moet ontkennend beantwoord worden. Voorop wordt gesteld dat artikel 21 lid 3 geen recht geeft aan staten om op militair gebied samen te werken. Het biedt hen enkel de mogelijkheid daartoe binnen de reikwijdte van artikel 1 in situaties van interoperabiliteit (militaire samenwerking). Hieruit vloeit dus ook geen verplichting voort dat geen voorwaarden zouden mogen worden verbonden aan de levering van wapensystemen die geschikt zijn voor het afwerpen van clustermunitie. Zoals hierboven is toegelicht, bestaat die verplichting juist wel.

Wat betreft de vijfde vraag kan betoogd worden dat Nederland op grond van artikel 1 Geneefse Conventies (GC) verplicht is om Oekraïne ertoe te bewegen om het internationaal recht te respecteren. Als het risico op schendingen van internationaal humanitair recht redelijkerwijs kan worden voorzien, brengt dit een verplichting met zich mee onder artikel 1 GC voor de Staat tot het treffen van maatregelen om dergelijke schendingen in een conflict te voorkomen. Nederland heeft een voorwaarde verbonden aan het gebruik van de F-16's namelijk dat ze in lijn met het internationaal recht, waaronder het oorlogsrecht. Of dit voldoende is, is onzeker en kan beter worden beoordeeld op grond van de specifieke verdragen. Op grond van het Wapenhandelsverdrag geldt namelijk dat Nederland voorafgaand aan de toestemming voor de export moet beoordelen of de wapens mogelijk gebruikt worden voor een schending van internationaal humanitair recht (IHR) (zoals artikel 51 lid 4 sub b AP I). Gesteld kan worden dat als er een duidelijk risico is dat Oekraïne de F-16's zal gebruiken om clustermunitie in te zetten zonder dat onderscheid wordt gemaakt tussen burgers of burgerdoelen en militaire doelen, de export op grond van het Wapenhandelsverdrag verboden is. Als dit zo is, mag de export niet plaatsvinden. Artikel 7 lid 2 Wapenhandelsverdrag biedt wel de ruimte voor het stellen van een gebruiksvoorwaarde dat de geleverde F-16's niet gebruikt mogen worden voor clustermunitie. In dat geval kunnen de F-16's geëxporteerd worden.

2 Feiten

2.1 Militaire steun Nederland

Nederland verleent militaire steun aan Oekraïne, onder meer door het doneren van 24 F-16's aan Oekraïne.¹ De eerste daarvan zijn in oktober 2024 geleverd.² Ook stelde Nederland 12 tot 18 F-16's ter beschikking voor het trainen van Oekraïense F-16 piloten die werden getraind door Lockheed Martin,³ heeft het Oekraïense militairen opgeleid om F-16's te onderhouden⁴ en heeft het munitie en reserveonderdelen voor de F-16's gedoneerd aan Oekraïne.⁵

In juli 2024 meldde de minister van Defensie dat de overdracht van F-16's aan Oekraïne snel naderde en dat de vergunning voor uitvoer was afgegeven.⁶ Inmiddels heeft de Oekraïense president Zelensky bevestigd dat er F-16 gevechtsvliegtuigen zijn geleverd en dat ze worden ingezet in het luchtruim boven Oekraïne.⁷ Onduidelijk is of dit door Nederland geleverde F-16's zijn.

2.2 Gebruik van clustermunitie door Oekraïne

Oekraïne geeft aan dat het clustermunitie gebruikt. De voormalige Oekraïense minister van Defensie heeft aangegeven dat Oekraïne alleen clustermunitie zal gebruiken op het eigen (bezette) grondgebied, niet in bevolkte gebieden, en uitsluitend tegen militaire doelen.⁸

De VN-commissie Independent International Commission of Inquiry on Ukraine heeft gerapporteerd op 15 maart 2023 dat het meerdere aanvallen heeft onderzocht waarbij Oekraïne gebruik heeft gemaakt van clustermunitie:

“The Commission has found instances where Ukrainian armed forces likely used cluster munitions and rocket-delivered antipersonnel landmines to carry out attacks in Izium city,

¹ 'Militaire steun aan Oekraïne', defensie.nl, te raadplegen via: <https://www.defensie.nl/onderwerpen/oostflank-navo-gebied/militaire-steun-aan-oekraïne>.

² 'Na F-16's kondigt minister Brekelmans in Oekraïne actieplan drones aan', defensie.nl, 6 oktober 2024, te raadplegen via: <https://www.defensie.nl/onderwerpen/oostflank-navo-gebied/nieuws/2024/10/05/na-f-16s-kondigt-brekelmans-in-oekraïne-actieplan-drones-aan>.

³ 'Militaire steun aan Oekraïne', defensie.nl, te raadplegen via: <https://www.defensie.nl/onderwerpen/oostflank-navo-gebied/militaire-steun-aan-oekraïne>; 'Nederlandse F-16's krijgen nieuwe bestemming in Roemenië voor training vliegers', defensie.nl, 13 december 2024, te raadplegen via: <https://www.defensie.nl/onderwerpen/oostflank-navo-gebied/nieuws/2024/12/13/nederlandse-f16s-krijgen-een-nieuwe-bestemming-in-roemenië-voor-training-van-vliegers>.

⁴ 'Oekraïense militairen in Nederland opgeleid voor onderhoud F-16's', defensie.nl, 21 mei 2024, te raadplegen via: <https://www.defensie.nl/onderwerpen/oostflank-navo-gebied/nieuws/2024/05/21/oekraïense-militairen-in-nederland-opgeleid-voor-onderhoud-f-16s>.

⁵ 'Munitie en ondersteuningsmaterialen voor Oekraïense F-16's', defensie.nl, 6 september 2024, te raadplegen via: <https://www.defensie.nl/onderwerpen/oostflank-navo-gebied/nieuws/2024/09/06/munitie-en-ondersteuningsmaterialen-voor-oekraïense-f-16s>.

⁶ Brief van de Minister van Defensie van 1 juli 2024, 'Aanvullende informatie leveringen militaire goederen aan Oekraïne', te raadplegen via: <https://www.defensie.nl/onderwerpen/materieel/nieuws/2024/07/10/%E2%82%AC-300-miljoen-extra-om-voor-oekraïne-bestemde-f-16s-te-bewapenen>; '€ 300 miljoen extra om voor Oekraïne bestemde F-16's te bewapenen', defensie.nl, 10 juli 2024, te raadplegen via: <https://www.defensie.nl/onderwerpen/materieel/nieuws/2024/07/10/%E2%82%AC-300-miljoen-extra-om-voor-oekraïne-bestemde-f-16s-te-bewapenen>.

⁷ 'F-16's actief in luchtruim boven Oekraïne', luchtvaartnieuws.nl, 4 augustus 2024, te raadplegen via: <https://www.luchtvaartnieuws.nl/nieuws/categorie/4/militair/f-16s-actief-in-luchtruim-boven-oekraïne>.

⁸ 'Ukraine: Civilian Deaths from Cluster Munitions – New Research Details Ukrainian Use of Widely Banned Weapon', hrw.org, 6 juli 2023, te raadplegen via: <https://www.hrw.org/news/2023/07/06/ukraine-civilian-deaths-cluster-munitions>; onder verwijzing naar: Bericht op X van de Minister van Defensie van Oekraïne van 7 juli 2023, te raadplegen via: <https://x.com/oleksiireznikov/status/1677410470108471298>.

Kharkiv region, from March to September 2022, when it was controlled by Russian armed forces.”⁹

De commissie acht het waarschijnlijk dat Oekraïne middels het gebruik van clustermunities niet-onderscheidende aanvallen heeft gepleegd in strijd met het internationaal humanitair recht.¹⁰

Human Rights Watch rapporteerde in juli 2023 dat Oekraïense strijdkrachten clustermunities gebruiken en Oekraïne daarmee meerdere doden en ernstige verwondingen bij burgers heeft veroorzaakt.¹¹ In en rondom de stad Izium stelde HRW vast dat het gebruik van clustermunities door Oekraïne in 2022 heeft geleid tot 8 burgerdoden en 15 gewonden.¹²

Oekraïne heeft ook in eerdere conflicten clustermunities gebruikt. HRW heeft vastgesteld dat Oekraïense regeringstroepen gebruik hebben gemaakt van clustermunities in het conflict in Oost-Oekraïne in 2014.¹³ De Oekraïense regeringstroepen gebruikten clustermunities in bewoonde gebieden in Donetsk stad in 2014. In een ander onderzoek in Oost-Oekraïne vond HRW ook bewijs van aanvallen met clustermunities in zeker 7 dorpen en steden.¹⁴ Bij deze aanvallen zijn ook burgerdoden gevallen.

President Biden heeft op 7 juni 2023 aangekondigd dat het leveren van clustermunities aan Oekraïne noodzakelijk was voor de nationale veiligheidsbelangen van de VS en een ongespecificeerde hoeveelheid clustermunities toegestaan aan Oekraïne.¹⁵

2.3 F-16's zijn geschikt om clustermunities af te werpen

De Nederlandse F-16's zijn in staat om clustermunities af te werpen.¹⁶ Bijvoorbeeld middels de zogenoemde wind-corrected munitions dispenser (WCMD) kan clustermunities worden afgeworpen met een F-16.¹⁷

⁹ Mensenrechtenraad van de Verenigde Naties (15 maart 2023), *Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine*, UN Doc A/HRC/52/62, p. 6, te raadplegen via: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/coiukraine/A_HRC_52_62_AUV_EN.pdf https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/coiukraine/A_HRC_52_62_AUV_EN.pdf.

¹⁰ Mensenrechtenraad van de Verenigde Naties (15 maart 2023), *Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine*, UN Doc A/HRC/52/62, p. 7, te raadplegen via: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/coiukraine/A_HRC_52_62_AUV_EN.pdf.

¹¹ 'Ukraine: Civilian Deaths from Cluster Munitions – New Research Details Ukrainian Use of Widely Banned Weapon', hrw.org, 6 juli 2023, te raadplegen via: <https://www.hrw.org/news/2023/07/06/ukraine-civilian-deaths-cluster-munitions>.

¹² 'Ukraine: Civilian Deaths from Cluster Munitions – New Research Details Ukrainian Use of Widely Banned Weapon', hrw.org, 6 juli 2023, te raadplegen via: <https://www.hrw.org/news/2023/07/06/ukraine-civilian-deaths-cluster-munitions>.

¹³ 'Ukraine: Widespread Use of Cluster Munitions - Government Responsible for Cluster Attacks on Donetsk', hrw.org, 20 oktober 2014, te raadplegen via: <https://www.hrw.org/news/2014/10/20/ukraine-widespread-use-cluster-munitions>.

¹⁴ 'Ukraine: More Civilians Killed in Cluster Munition Attacks - Both Sides Have Used Widely Banned Weapon', hrw.org, 19 maart 2015, te raadplegen via: <https://www.hrw.org/news/2015/03/19/ukraine-more-civilians-killed-cluster-munition-attacks>.

¹⁵ 'Ukraine: Civilian Deaths from Cluster Munitions – New Research Details Ukrainian Use of Widely Banned Weapon', hrw.org, 6 juli 2023, te raadplegen via: <https://www.hrw.org/news/2023/07/06/ukraine-civilian-deaths-cluster-munitions>.

¹⁶ Nederland nam in 2008 het besluit om geen F-16's meer te gebruiken voor het afwerpen van clustermunities. Zie <https://www.trouw.nl/nieuws/defensie-vernietigt-clusterbommen-van-f-16-s~b5217225/>. Ook nu melden media dat F-16's gebruikt kunnen worden voor clustermunities: <https://www.economist.com/europe/2024/08/04/how-much-of-a-difference-will-ukraines-new-f-16s-make>.

¹⁷ 'F-16 Fighting Falcon Multirole Fighter', airforce-technology.com, 13 oktober 2021, te raadplegen via: <https://www.airforce-technology.com/projects/f-16-fighting-falcon-multirole-fighter/?cf-view> <https://www.airforce-technology.com/projects/f-16-fighting-falcon-multirole-fighter/?cf-view>.

Hoe waarschijnlijk het is dat Oekraïne met Nederlandse F-16's clustermunition zal inzetten, wordt mede bepaald door andere, niet door Nederland geleverde, wapensystemen (geschikt voor clustermunition) waarover Oekraïne beschikt. Feit is dat Oekraïne al clustermunition heeft ingezet vóórdat het over F-16's beschikte.

De Staat heeft dit expliciet betrokken in zijn afweging om F-16's te leveren aan Oekraïne. De minister van Buitenlandse Zaken schreef op 14 november 2024:

“In de afweging die ten grondslag ligt aan een Nederlands besluit tot levering, wordt meegewogen dat allerminst vaststaat dat door Nederland te leveren wapensystemen zullen worden ingezet voor het afwerpen of afschieten van clustermunition. Immers, ook vele andere soorten munition kunnen met deze wapensystemen worden afgevuurd.”¹⁸ [onderstreping toegevoegd]

2.4 Wetenschap bij Nederland over het gebruik van clustermunition door Oekraïne

Verondersteld moet worden dat Nederland op de hoogte is van het gebruik door Oekraïne van clustermunition gezien de internationale rapportages hierover. Nederland weet ook dat Oekraïne beschikt over clustermunition gezien de leveringen van de VS. Daarnaast weet Nederland dat de F-16's geschikt zijn om clustermunition af te werpen.

De Minister van Buitenlandse Zaken stelde op 14 november 2024 echter:

“Op dit moment beschikt het kabinet niet over informatie over het gebruik door Oekraïne van door Nederland geleverd materieel voor het afwerpen of afschieten van clustermunition.”¹⁹

In dit kader is relevant dat Nederland aangeeft dat het onder meer op 10 april 2024 Oekraïne schriftelijk op de hoogte heeft gesteld van de verplichtingen van Nederland onder Verdrag inzake Clustermunition en Oekraïne heeft ontmoedigd clustermunition te gebruiken.²⁰

3 Verdrag inzake Clustermunition: juridisch kader

3.1 Algemeen / verdragsbepalingen

Het Verdrag inzake Clustermunition (CCM) verbiedt gebruik, productie, aankoop, opslag en transport van clustermunition.²¹ Clustermunition is een door een vliegtuig afgeworpen bom, granaat of raket, die uiteenvalt in kleinere explosieven. Gebruik van clustermunition is verboden, omdat het veel menselijk leed kan veroorzaken. Daarnaast maakt het geen onderscheid tussen burger- en militaire doelen.

¹⁸ Brief van de minister van Buitenlandse Zaken, Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal, Den Haag, 14 november 2024 (*Kamerstukken I* 2024/25, 36 410 V, L), p. 6, te raadplegen via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-36410-V-L.pdf>.

¹⁹ Brief van de minister van Buitenlandse Zaken, Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal, Den Haag, 14 november 2024 (*Kamerstukken I* 2024/25, 36 410 V, L), p. 7, te raadplegen via: , p. 7. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-36410-V-L.pdf>.

²⁰ Verslag Raad Buitenlandse Zaken 24 juni 2024 (*Kamerstukken I* 2024/25, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-21501-02-GM.html>).

²¹ Art. 1 lid 1 Verdrag inzake clustermunition 2008, te raadplegen via: https://wetten.overheid.nl/BWBV0003143/2011-08-01#Verdrag_2.

Nederland heeft begin 2011 het Verdrag inzake Clustermunitie geratificeerd. Op grond van het verdrag is onder meer het gebruik, de productie en export van clustermunitie voor Nederland verboden.²² Oekraïne is geen partij bij de CCM.

Clustermunitie wordt in de CCM gedefinieerd als “conventionele munitie die ontworpen is om explosieve submunitie die elk minder wegen dan 20 kilogram te verspreiden of los te laten en omvat mede deze explosieve submunitie.”²³

De hoofdverplichting van de CCM staat in artikel 1 CCM. Op grond van lid 1 sub c is het verboden om enige activiteit die door het verdrag verboden is te steunen. Dit artikel luidt:

“1 Elke Staat die Partij is verplicht zich ertoe onder geen enkele omstandigheid:

- a. clustermunitie te gebruiken;
- b. rechtstreeks of onrechtstreeks clustermunitie te ontwikkelen, te produceren, anderszins te verwerven, op te slaan, aan te houden of aan derden over te dragen;
- c. enige activiteit die op grond van dit Verdrag verboden is voor een Staat die Partij is te steunen, aan te moedigen of derden ertoe aan te zetten.”

Artikel 21 CCM, waaraan in vragen 2, 3 en 4 wordt gerefereerd, luidt:

“1 Elke Staat die Partij is moedigt Staten die geen Partij zijn bij dit Verdrag aan dit Verdrag te bekrachtigen, te aanvaarden, goed te keuren of ertoe toe te treden, met als doel de participatie van alle Staten bij dit Verdrag te verkrijgen.

2 Elke Staat die Partij is stelt de regeringen van alle in het derde lid van dit artikel bedoelde Staten die geen Partij zijn bij dit Verdrag in kennis van zijn verplichtingen uit hoofde van dit Verdrag, bevordert de normen die erin zijn vastgelegd en spant zich tot het uiterste in Staten die geen Partij zijn bij dit Verdrag te weerhouden van het gebruik van clustermunitie.

3 Niettegenstaande de bepalingen van artikel 1 van dit Verdrag en in overeenstemming met het internationale recht, kunnen de Staten die Partij zijn hun militair personeel of hun onderdanen, op militair gebied samenwerken en militaire operaties uitvoeren met Staten die geen Partij zijn bij dit Verdrag die mogelijk deelnemen aan activiteiten die verboden zijn voor een Staat die Partij is.

4 Niets in het derde lid van dit artikel geeft een Staat die Partij is het recht:

- a. clustermunitie te ontwikkelen, te produceren of anderszins te verwerven;
- b. zelf voorraden clustermunitie aan te leggen of clustermunitie over te dragen;
- c. zelf clustermunitie te gebruiken; of
- d. uitdrukkelijk om het gebruik van clustermunitie te verzoeken in gevallen waarin de keuze van de te gebruiken munitie uitsluitend bij hem ligt.”

²² ‘Verdragen tegen conventionele wapens’, rijksoverheid.nl, te raadplegen via: [https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/internationale-vrede-en-veiligheid/internationaal-beleid-wapenbeheersing/verdragen-tegen-conventionele-wapens#:~:text=Het%20Verdrag%20inzake%20Clustermunitie%20\(CCM,veel%20menselijk%20leed%20kan%20veroorzaken.](https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/internationale-vrede-en-veiligheid/internationaal-beleid-wapenbeheersing/verdragen-tegen-conventionele-wapens#:~:text=Het%20Verdrag%20inzake%20Clustermunitie%20(CCM,veel%20menselijk%20leed%20kan%20veroorzaken.)

²³ Art. 2 lid 1 Verdrag inzake clustermunitie 2008, te raadplegen via: https://wetten.overheid.nl/BWBV0003143/2011-08-01#Verdrag_2.

Artikel 1 CCM bevat een strikt geformuleerde hoofdverplichting voor verdragstaten om geen clustermunitie te gebruiken of andere daarbij steun te verlenen. Vanwege de zorg van enkele verdragstaten dat door deze strikte formulering militaire samenwerking en gezamenlijke militaire operaties verboden zouden worden geacht is in artikel 21 lid 3 CCM verduidelijkt dat verdragstaten ondanks deze hoofdregel in artikel 1 en in overeenstemming met internationaal recht kunnen samenwerken op militair gebied met staten die geen partij zijn en die mogelijk deelnemen aan activiteiten die voor verdragstaten verboden zouden zijn. Naar deze situatie wordt ook wel verwezen met het concept interoperabiliteit.

Artikel 21 lid 4 CCM maakt op zijn beurt weer duidelijk dat een verdragsstaat die op militair gebied samenwerkt met een niet-verdragsstaat in de situatie bedoeld in het derde lid onder geen beding zelf het recht heeft om kort gezegd clustermunitie te gebruiken, te maken of anderen te verzoeken het te gebruiken. Artikel 21 lid 2 CCM schept voorts inspanningsverplichtingen voor een verdragsstaat die op militair gebied samenwerkt met een niet-verdragsstaat (als bedoeld in lid 3) om deze te informeren over zijn verdragsverplichtingen, de daarin gelegen normen te bevorderen en zich tot het uiterste in te spannen om de partij waarmee wordt samengewerkt te weerhouden van het gebruik van clustermunitie.

Hieronder wordt nader ingegaan op de onderwerpen steun aan het gebruik van clustermunitie, samenwerking op militair gebied en de inspanningsverplichting om tot het uiterste te gaan om anderen te weerhouden van het gebruik van clustermunitie.

3.2 Steun aan gebruik clustermunitie (resultaatsverplichting)

Als vermeld bevat artikel 1 CCM de verplichting voor een verdragsstaat om onder geen beding “enige activiteit die op grond van dit Verdrag verboden is voor een Staat die Partij te steunen”. Het is dus verboden om steun te verlenen aan het gebruik van clustermunitie. De verplichting in artikel 1 lid 1 CCM betreft een resultaatsverplichting. Het betreft handelen dat binnen het domein van de verdragsstaat valt en is absoluut geformuleerd.

Bij de totstandkoming van de CCM heeft de Verenigde Staten van meet af aan aangegeven dat zij niet zouden toetreden. Als gevolg daarvan kleurde de vraag over de impact van de bepalingen inzake steun bij gezamenlijke militaire samenwerking het gehele onderhandelingsproces. De impact van artikel 1 CCM op interoperabiliteit bleek een belangrijk twistpunt te zijn tijdens de laatste onderhandelingen over artikel 1.²⁴

De eerste vraag die opkomt bij het lezen van artikel 1 CCM is of het geven van steun aan een land dat zelf geen partij is bij het verdrag, zoals Oekraïne, ook onder deze bepaling valt. Daar waar in de Nederlandse vertaling staat dat “enige activiteit” steunen verboden is, staat in de authentieke Engelse versie van het verdrag “Assist [...] anyone”. Daaronder vallen dus ook landen die geen partij zijn. Dit volgt ook uit het gezaghebbend commentaar van Casey-Maslen e.a. bij de CCM.²⁵

²⁴ C. Koningisor, ‘The meaning of “assist, encourage, or induce” in the weapons ban context’, 10 december 2012, p. 27, te raadplegen via: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/cglc/yale_law_school_-_meaning_of_assist_encourage_or_induce.pdf.

²⁵ S. Casey-Maslen e.a., ‘General obligations and scope of application’, in: G. Nystuen en S. Casey-Maslen, *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 127.

Vervolgens rijst de vraag wat “steunen” of “assist” in artikel 1 precies inhoudt. Dit is niet gedefinieerd in het verdrag. De opname van artikel 21 CCM maakt dit zelfs lastiger om te bepalen:

“The inclusion of Article 21— Relations with States not party to this Convention—and in particular its paragraphs 3 and 4, complicates the issue of what does and does not constitute assistance.

A State Party is prohibited from providing assistance, encouragement and inducement ‘to anyone’. [...] The three concepts are not defined in the Convention. It is, however, clear from the wording of Article 1, paragraph 1(c) that assistance, encouragement, and inducement are prohibited with regard not only to use, but also development, production, acquisition, stockpiling, retention, and transfer.”²⁶

Koningisor heeft geconcludeerd op basis van onderzoek naar de uitleg van steun in meerdere verdragen die wapens verbieden, waaronder de CCM, dat er drie patronen zijn te herkennen:

“First, the original assistance provision was only vaguely defined at the time of drafting, and the provision has remained ambiguous for the four decades since. The drafters have rarely addressed the scope of the assistance provision directly, and various states’ implementing legislation has seldom attempted to clarify its meaning. Collectively, these sources suggest that the weapons ban assistance provision has been left deliberately vague.

Second, states have taken advantage of this vagueness to adapt the provision to changing circumstances. [...]

And finally, this flexibility has reduced the cost of becoming a party to weapons ban treaties. It has allowed signatory states to continue engaging in joint military operations with non-signatory states. Member states are given wide latitude to determine which acts violate the provision. This reduces the risk of a domestic political backlash over an unpopular position. It also permits states to avoid antagonizing a crucial military ally.”²⁷

Hieruit volgt dat de gebrekkige definitie van steun in artikel 1 lid 1 c CCM verdragsstaten grotere flexibiliteit geeft om de bepaling zelf te interpreteren.

Casey-Maslen geeft eveneens aan dat het concept van “assisting” in internationaal recht niet duidelijk gedefinieerd is. Inzichten daarover kunnen, zo stelt hij, wel ontleend worden aan artikel 16 van de draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ondanks dat deze niet van toepassing zijn in casu). In het algemeen wordt daarin met “assistance” bedoeld:²⁸

“The commentary by the International Law Commission suggests that Article 16 limits the scope of responsibility for assistance in three ways. ‘First, the relevant State organ or agency providing aid or assistance must be aware of the circumstances making the conduct’ of the assisted State or party internationally wrongful. ‘The second requirement is that the aid or

²⁶ S. Casey-Maslen e.a., ‘General obligations and scope of application’, in: G. Nystuen en S. Casey-Maslen, *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 127.

²⁷ C. Koningisor, ‘The meaning of “assist, encourage, or induce” in the weapons ban context’, 10 december 2012, p. 29-30, te raadplegen via: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/cglc/yale_law_school_-_meaning_of_assist_encourage_or_induce.pdf.

²⁸ S. Casey-Maslen e.a., ‘General obligations and scope of application’, in: G. Nystuen en S. Casey-Maslen, *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 127-128.

assistance must be given with a view to facilitating the commission of the wrongful act, and must actually do so.' Finally, 'it is a necessary requirement for the responsibility of an assisting State that the conduct in question, if attributable to the assisting State, would have constituted a breach of its own international obligations'.

It seems to follow that the threshold for 'assistance' is relatively high."²⁹

Deze aanknopingspunten voor de uitleg van 'steun' door Casey-Maslen stellen relatief hoge eisen de kwalificatie steun en zijn waarschijnlijk hoger dan door de verdragspartijen van de CCM was beoogd.

Aansluiting kan daarom beter gezocht worden bij het commentaar op de Chemical Weapons Convention uit 1993, nu de formulering van artikel 1 lid 1 sub c CCM vrijwel identiek is aan enkele bepalingen opgenomen in dat verdrag.³⁰ De Chemical Weapons Convention bepaalt dat steun: "can be given by material or intellectual support [...] but also financial resources, technological-scientific know-how or provision of specialised personnel, military instructions, etc. to anybody who is resolved to commit such prohibited activity or by support in the concealment of such activities."³¹ Steun is dus aan de orde wanneer degene die wordt gesteund, heeft besloten een verboden activiteit uit te voeren.

Concrete aanknopingspunten voor de uitleg van steun kunnen niet gevonden worden in jurisprudentie van Nederlandse rechtbanken, nu er voor zover bekend geen relevante uitspraken zijn over de CCM.

Wel is de uitleg door Internationale Organisaties (hierna "IO's") en non-gouvernementele organisaties (hierna "ngo's") van belang. De United Nations Institute for Disarmament Research (UNIDIR) stelt dat met betrekking tot de uitleg van de CCM:

"Central to protecting the stigma and norm against cluster munitions will be influencing the interpretation of certain provisions. NGOs must promote the most restrictive and most far-reaching interpretation of provisions in Article 1(1)(b) on transit, Article 1(1)(c) on interoperability and disinvestment, the effects-based definition of cluster munitions in Article 2(2)(c),³¹ Article 3 on retention of cluster munitions and the positive universalization obligations in Article 21."³²

Hoewel deze passage betrekking heeft op de rol van ngo's en niet Staten, blijkt hieruit wel de intentie om artikel 1 lid 1 sub c CCM uit te leggen op de meest strikte manier, waaronder dus de meest verstrekkende interpretatie van steun.

Human Rights Watch benadrukt dat een te soepele interpretatie van artikel 1 lid 1 sub c CCM bovendien in strijd kan zijn met het voorwerp en doel van het verdrag:

"Article 1(c) is necessary because prohibiting assistance [...] of acts that violate the convention ensures that states uphold the treaty's humanitarian object and purpose. As stated, the goal of the treaty is to minimize the civilian harm caused by cluster munitions. If states parties could facilitate the use of the weapon by assisting non-states parties in activities prohibited under the treaty, they would be acting contrary to this goal. The absence of Article 1(c) would allow

²⁹ S. Casey-Maslen e.a., 'General obligations and scope of application', in: G. Nystuen en S. Casey-Maslen, *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 128.

³⁰ S. Casey-Maslen e.a., 'General obligations and scope of application', in: G. Nystuen en S. Casey-Maslen, *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 127.

³¹ W. Krutzsch e.a., 'The Chemical Weapons Convention: A Commentary', Oxford: Oxford University Press 2014, p. 17. Zie S. Casey-Maslen e.a., 'General obligations and scope of application', in: G. Nystuen en S. Casey-Maslen, *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 129.

³² K. Vignard e.a., 'Implementing the Convention on Cluster Munitions', *Disarmament forum* (United Nations Institute for Disarmament Research) 2010, vol. 1, p. 53.

states parties to contribute to activity that causes civilian death and injury by cluster munitions. Because of the importance of a convention's object and purpose, well-established treaty law requires states parties to follow a treaty "in good faith." The Vienna Convention on the Law of Treaties (Vienna Convention) says that "[e]very treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith."²⁵ International law considers states parties' obligations not to frustrate the object and purpose of a treaty so important that they also exist upon signature or acknowledgement of intent to be bound by the treaty, even prior to ratification or entry into force.²⁶ Article 1(c) promotes state parties' commitment in good faith to ban cluster munitions and eliminate the humanitarian harm the weapons cause.³³

De kern van de verplichtingen die staten aangaan bij het tekenen van de CCM is om de schade aan burgers die wordt veroorzaakt door clusterbommen te minimaliseren. Voorts schrijft Human Rights Watch over de betekenis van de term 'assistance':

"Despite the essential nature of Article 1(c), some states have suggested that the provision will seriously interfere with interoperability with non-states parties.²⁹ Interpretations of the provision in the Mine Ban Treaty, however, show that it is only violated if there is a nexus between the actions of the state party and non- state party that uses cluster munitions. Interpretations of assistance provisions in past conventions suggest that Article 1(c) will allow states parties to participate in joint operations with non-states parties that have traditionally used cluster munitions. According to Stuart Maslen's commentary on the MBT, participation in joint operations does not in and of itself amount to assistance. Maslen wrote, "[A] State Party could provide logistical support to a non-party State that, in general, uses anti-personnel mines as long as it did not furnish such support for any specific operation involving anti-personnel mines." A violation of the provision instead requires a nexus between the action of the state party and a non-state party's engagement in acts prohibited by the treaty, and "there is no nexus between mere participation in such an operation and any specific instance of prohibited activity."³² The nexus requirement thus defines the parameters of states parties' joint operations with non-state party landmine users."³⁴

HRW vervolgt met een aantal toelichtingen van verdragstaten bij het Anti-personeel landmijnenverdrag over wanneer zij bepaalde steun ontoelaatbaar achten:

"In a variety of statements, states parties have clarified what they believe the scope of the nexus is."³³ The United Kingdom has listed "planning with others for the use of anti-personnel mines (APM); training others for the use of APM; agreeing operational plans permitting the use of APM in combined operations; requests to non-States Parties to use APM; [...] providing security or transport for APM [...] and] accept[ing] orders that amount to assistance in the use of APM" as among "unacceptable activities" under Article 1 of the MBT.³⁴ Canada has stated that "the Canadian Forces may not request, even indirectly, the use of anti-personnel mines by others."³⁵ Defining the limitations of the provision, Sweden has said that the MBT assistance provision "ought not to be interpreted so that any kind of participation in a joint military operation with a non-party would be considered as an encouragement."³⁶ For example, providing medical care to a soldier injured while laying landmines falls outside the assistance provision because it does not contribute to the commission of prohibited activity.³⁷ States parties have thus interpreted the assistance provision of the MBT in a way that allows

³³ 'Interoperability and the Prohibition on Assistance Memorandum to Delegates of the Dublin Diplomatic Conference on Cluster Munitions', Human Rights Watch – Human Rights Program Harvard Law School, 2008, p. 6.

³⁴ 'Interoperability and the Prohibition on Assistance Memorandum to Delegates of the Dublin Diplomatic Conference on Cluster Munitions', Human Rights Watch – Human Rights Program Harvard Law School, 2008, p. 9.

them to honor both treaty commitments to reduce humanitarian harm and military commitments to support their allies. Given that the cluster munitions convention uses virtually identical language to that of the MBT, this interpretation of assistance should apply equally to the cluster munitions context."³⁵

De uitleg in de context van anti-personeel landmijnen kan derhalve ook worden toegepast op clustermunitie. Deze interpretatie toont aan dat een schending van deze bepaling een duidelijke en directe nexus vereist tussen de acties van een verdragsstaat en de acties van de niet-verdragsstaat die verboden zijn onder de CCM. Hoewel staten de nexus niet eenduidig uitleggen, is een aantal van mening dat het verbod op steun zo moet worden begrepen dat staten tegelijkertijd hun verdragsverplichtingen moeten kunnen nakomen en op militair gebied moeten kunnen samenwerken (ook met niet-verdragsstaten).

In de literatuur heeft Philipp Aust betoogd dat verdragsstaten bij de CCM moeten insisteren, dat door hen geleverde militaire goederen niet gebruikt mogen worden in operaties waarbij clustermunitie wordt ingezet, in het bijzonder als met de geleverde wapens clustermunitie kan worden afgeworpen:

"What matters is the specific assistance provided. While the general support of Ukrainian defence through arms deliveries is not called into question by the use of cluster munitions, parties to the Oslo Convention are well advised to insist that military material provided by them is not used in such operations. This will particularly affect situations in which military equipment capable of firing cluster munitions is supplied and possibly also jointly maintained."³⁶

Nu het doel van de CCM is om schade aan burgers door clusterbommen te minimaliseren en er op de Staat een resultaatsverplichting rust om geen steun te verlenen aan landen die clustermunitie gebruiken, is de Staat op grond van artikel 1 lid 1 CCM verplicht zich te onthouden van ieder handelen dat het risico op schade verhoogt, en datgene te doen binnen zijn macht om dit risico te voorkomen, dan wel maximaal te beperken.

3.2.1 Standpunt Staat

De ministers van Defensie en Buitenlandse Zaken hebben in de memorie van toelichting bij de goedkeuring de CCM overwogen dat de tekst van artikel 1 lid 1 sub c was overgenomen uit het Anti-personeel landmijnenverdrag (ook wel Ottawa-verdrag).³⁷ Zij gaven daarbij aan dat deze bewoording niet zonder meer aanvaardbaar was in de context van clustermunitie, omdat de kans veel groter was dat Nederlandse militairen betrokken raken bij een situatie waarin door een ander land clustermunitie werd ingezet, dan bij een situatie waarin door een ander land anti-personeelsmijnen werden ingezet.³⁸ Tegelijkertijd is de tekst onveranderd aanvaard door de Staat middels zijn ratificatie.

Meer recentelijk in het kader van de levering van F-16 aan Oekraïne heeft de Staat het standpunt ingenomen dat het hiermee geen verboden steun levert:

³⁵ 'Interoperability and the Prohibition on Assistance Memorandum to Delegates of the Dublin Diplomatic Conference on Cluster Munitions', Human Rights Watch – Human Rights Program Harvard Law School, 2008, p. 9.

³⁶ H. P. Aust, 'Cluster Munition and International Law - Ukraine's Use of Cluster Munition and its Implications for Allies Like the Federal Republic of Germany', *verfassungsblog.de*, 28 juli 2023, te raadplegen via: <https://verfassungsblog.de/cluster-munition-and-international-law/>.

³⁷ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 187, nr. 3, te raadplegen via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-32187-3.html>.

³⁸ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 187, nr. 3, p. 3, te raadplegen via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-32187-3.html>.

“De militaire steun die Nederland levert aan Oekraïne om zich te verdedigen tegen de Russische agressie, zoals F-16- vliegtuigen en pantserhouwitsers, kan niet worden gelijkgesteld aan het steunen van het gebruik van een bepaald soort munitie, zoals clustermunition, door Oekraïne.”³⁹

En verder:

“Op grond van artikel 1 van het Verdrag inzake clustermunition is het onder andere verboden om een staat te steunen bij het gebruik van clustermunition. Het leveren van middelen waarmee clustermunition afgeschoten of afgeworpen zou kunnen worden, kan echter niet worden gelijkgesteld met het steunen van een staat bij het inzetten van clustermunition.”⁴⁰

De minister van Buitenlandse Zaken heeft toegelicht:

“In de afweging die ten grondslag ligt aan een Nederlands besluit tot levering, wordt meegewogen dat allerminst vaststaat dat door Nederland te leveren wapensystemen zullen worden ingezet voor het afwerpen of afschieten van clustermunition. Immers, ook vele andere soorten munitie kunnen met deze wapensystemen worden afgevuurd. De verplichting van Nederland op basis van het Verdrag inzake clustermunition strekt bovendien niet zover, dat het overdragen van wapensystemen waarmee mogelijk ook clustermunition zou kunnen worden afgeschoten of afgeworpen onder de reikwijdte daarvan kan worden gevat.”⁴¹

Dit antwoord impliceert dat - indien wel zou vaststaan, of indien er duidelijke aanwijzingen zijn dat Oekraïne (Nederlandse) F-16's inzet voor het afwerpen van clustermunition - dit de afweging zou veranderen.

Uit dit Advies volgt dat juridisch noch feitelijk deze formulering door de minister van Buizah houdbaar is. Daarnaast geldt dat voorafgaand aan levering niet reeds kan “vaststaan” dat deze goederen gebruikt gaan worden voor het afwerpen van clustermunition. Ook om die reden is het standpunt van de minister onhoudbaar.

3.3 Samenwerking op militair gebied (interoperabiliteit)

Artikel 21 CCM maakt duidelijk dat de verplichtingen uit artikel 1 CCM niet per definitie in de weg staan aan situaties van interoperabiliteit als omschreven in artikel 21 lid 3. Het is dus mogelijk om samen te werken met landen die geen partij zijn bij de CCM en die mogelijk deelnemen aan activiteiten die onder het verdrag verboden zijn. Hieruit volgt dat er een spanningsveld bestaat tussen het verbod op steun en de mogelijkheid om op militair gebied samen te werken. De mate van samenwerking en wanneer dit overgaat in steun aan verboden activiteiten is, zoals reeds uit de vorige paragraaf volgde, is lastiger te bepalen.

³⁹ Verslag Raad Buitenlandse Zaken 24 juni 2024 (*Kamerstukken I* 2023/24, 21 501-02), p. 8, te raadplegen via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-21501-02-GM.html>.

⁴⁰ Brief van de minister van Buitenlandse Zaken, Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal, Den Haag, 14 november 2024 (*Kamerstukken I* 2024/25, 36 410 V, L), p. 6, te raadplegen via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-36410-V-L.pdf>.

⁴¹ Brief van de minister van Buitenlandse Zaken, Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal, Den Haag, 14 november 2024 (*Kamerstukken I* 2024/25, 36 410 V, L), p. 6, te raadplegen via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-36410-V-L.pdf>.

In het commentaar bij de CCM over de nauwe band tussen artikel 1 lid 1 sub c en artikel 21 staat:

“There is a close link between Article 1, paragraph 1(c) on assistance and Article 21 on interoperability. Article 21 was negotiated and adopted due to concern that military cooperation with States not party to the Convention might constitute assistance in contravention of Article 1. Article 21 must be read in concert with Article 1, as it says ‘notwithstanding the provisions of Article 1 [...] and in accordance with international law, States Parties, their military personnel or nationals, may engage in military cooperation and operations with States not party to this Convention that might engage in activities prohibited to a State Party’.”⁴²

In het commentaar wordt verder over deze zorgen rond samenwerking opgemerkt:

“Two overarching concerns lay behind the desire to include provisions on military cooperation and operations in the Convention on Cluster Munitions. One concern has been the potential responsibility of a State Party for assisting in activities performed by the forces or agents of a State not party.”⁴³

Om aan deze zorgen recht te doen is artikel 21 CCM opgenomen. Met betrekking tot de uitleg van artikel 21 in het algemeen schrijft Casey-Maslen:

“Article 21 sets out certain positive obligations on States Parties to promote adherence to the Convention and its norms while providing that they may still pursue military cooperation and operations with States not party, even if a State not party might engage in conduct contrary to the Convention. The provisions of Article 21 should be read as a whole. While paragraph 3 provides that a State Party may engage in military cooperation and operations, paragraphs 1, 2, and 4 provide a legal framework for assessing the scope of the permission to engage with States not party in interoperability situations.”⁴⁴

Deze benadering komt overeen met de interpretatie van de ICRC,⁴⁵ welke zegt dat de bepalingen van artikel 21 in samenhang gelezen moeten worden en lid 3 dus ook gelezen moet worden in het licht van lid 1, 2 en 4 en die van Human Rights Watch (HRW).⁴⁶

Casey-Maslen overweegt over de verhouding van artikel 21 tot artikel 1:

Thus, in principle, whenever the respective military forces of a State Party and a State not party engage in military cooperation or operations, Article 21 may be invoked. Interoperability therefore concerns the limits on lawful assistance to a State not party in situations of military cooperation and operations. The implication of one State in the conduct of another State may

⁴² S. Casey-Maslen e.a., ‘General obligations and scope of application’, in: G. Nystuen en S. Casey-Maslen, *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 137.

⁴³ S. Casey-Maslen e.a., ‘General obligations and scope of application’, in: G. Nystuen en S. Casey-Maslen, *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 543.

⁴⁴ S. Casey-Maslen e.a., ‘General obligations and scope of application’, in: G. Nystuen en S. Casey-Maslen, *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 543.

⁴⁵ ICRC, ‘Convention on Cluster Munitions: Interoperability and national legislation – the view of the ICRC’, 21 januari 2022, te raadplegen via: <https://www.icrc.org/en/document/convention-cluster-munitions-interoperability-and-national-legislation>.

⁴⁶ ‘Convention on Cluster Munitions: Q&A on Interoperability and the Prohibition on Assistance’, Human Rights Watch 2010, p. 1.

involve international responsibility of the former State in connection with the acts of the latter.”⁴⁷

Het commentaar geeft echter aan dat onduidelijk is hoe de grenzen aan militaire samenwerking moeten worden geïnterpreteerd in de context van artikel 21 en in het licht van het doel en de strekking van het verdrag.⁴⁸ Het commentaar schrijft over deze onduidelijkheid:

“[P]aragraph 3 does not define any particular activity which shall be open to States Parties in such situations, despite their general obligations as laid down in Article 1 of the Convention. Nor does paragraph 3 clarify what would be an appropriate level of engagement or participation, or indeed any concrete action of assistance in military cooperation or operations, to define the outer limits of permitted interoperability, except for the examples provided in paragraph 4. The interoperability provision is therefore open to various interpretations and to potential refinement through subsequent State practice. At the time of writing, the textual interpretation of paragraph 3 should be supplemented by further legal sources to fill in the gaps, in particular by other applicable provisions of international law.”⁴⁹

Een verdragsstaat mag wel militair samenwerken met een Staat die geen partij is bij het verdrag, zelfs als die Staat mogelijk activiteiten onderneemt die onder de CCM verboden zouden zijn, zolang het handelen van de verdragsstaat in die samenwerking niet strekt tot “steun” in de zin van art. 1 lid 1 sub c. De hoofdverplichting van artikel 1 blijft immers staan, en artikel 21 lid 3 formuleert niet wat binnen de reikwijdte van artikel 1 is toegestaan.

In artikel 21 lid 3 geeft het woord “niettemenstaande” dus aan de hoofdverplichting van artikel 1 lid 1 sub c en handelen in overeenstemming met internationaal recht in beginsel niet aan samenwerking op militair gebied in de weg staan.

Het commentaar van Casey-Maslen kan mogelijk anders begrepen worden waar hij schrijft:

“By the wording ‘notwithstanding the provisions of Article 1 of this Convention’, paragraph 3 of Article 21 is formulated as an exception to Article 1 of the Convention, which sets out the main obligations of States Parties. Where, however, Article 1 is specific with regard to what obligations are incumbent on a State Party, paragraph 3 of Article 21 does not list any specific activities that a State Party may engage in despite its obligations under Article 1. Thus, paragraph 3 modifies the scope of Article 1 where issues of interoperability are at stake without further defining its scope beyond the words ‘may engage in military cooperation and operations’.”⁵⁰

Zoals vermeld: wat de beperking van het derde lid precies inhoudt of wanneer deze geldt, wordt uit de tekst van de bepaling niet duidelijk. In het commentaar wordt dan ook geschreven dat “the

⁴⁷ S. Casey-Maslen e.a., ‘General obligations and scope of application’, in: G. Nystuen en S. Casey-Maslen, *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 544.

⁴⁸ S. Casey-Maslen e.a., ‘General obligations and scope of application’, in: G. Nystuen en S. Casey-Maslen, *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 572.

⁴⁹ S. Casey-Maslen e.a., ‘General obligations and scope of application’, in: G. Nystuen en S. Casey-Maslen, *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 577-578.

⁵⁰ S. Casey-Maslen e.a., ‘General obligations and scope of application’, in: G. Nystuen en S. Casey-Maslen, *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 545.

provisions of paragraphs 3 and 4 are somewhat ambiguous and may be open to various interpretations".⁵¹

Evenwel staat er met betrekking tot de zinsnede "in overeenstemming met het internationale recht" in de zin van art. 21 lid 3 CCM:

"Paragraph 3 of Article 21 makes it clear that the rule permitting engagement in military cooperation and operations only covers activities undertaken by a State Party in accordance with international law. Therefore, Article 21 cannot be interpreted as derogating from any other obligation under international law, including any relevant provision of international humanitarian or human rights law."⁵²

Een uitleg die stelt dat artikel 1 niet van toepassing is als artikel 21 lid 3 wordt ingeroepen kan dus geen standhouden. Zo legt Human Rights Watch artikel 21 als volgt uit:

"Article 21 should be read to allow participation in joint military operations only when it does not amount to assistance with acts prohibited by the convention. Some have argued that the ban on assistance does not apply during joint military operations. Such an interpretation is contrary to both the text and the object and purpose of the convention. The preamble describes the convention's goal as: "to put an end for all time to the suffering and casualties caused by cluster munitions." Allowing an exception to the prohibition on assistance could seriously undermine this aim. Cluster munitions and the harm they cause will never be eliminated if Article 21 is understood to permit parties to the convention to assist with acts prohibited under the convention. Thus, the prohibition on assistance must apply at all times, including during joint military operations."⁵³

Verderop vervolgt HRW de uitleg waarom dit verbod zo breed geïnterpreteerd moet worden:

"The language of Article 1(1)(c) is expansive and unqualified. It specifies that the ban on assistance applies to "anyone" under "any circumstances." Furthermore, the text does not limit the scope of the ban: it does not single out a specific type of assistance, such as that which is direct or indirect, or limit the ban to active assistance. A close reading of Article 1 shows that the ban on assistance is applicable in all situations. The convention's object and purpose also demand a broad interpretation of the prohibition on assistance. The convention aims, as articulated in its preamble, to eradicate for all time the harm caused by cluster munitions. This harm will never cease, however, unless the prohibition on assistance is understood as absolute."⁵⁴

Artikel 21 lid 4 maakt voor een aantal situaties wel duidelijk waar de grenzen van lid 3 liggen. Het is bedoeld om de reikwijdte van lid 3 te verduidelijken door voorbeelden te geven van activiteiten die (ook) niet zijn toegestaan in de situatie van lid 3.⁵⁵ Daaruit volgt dat een verdragsstaat geen recht heeft

⁵¹ S. Casey-Maslen e.a., 'General obligations and scope of application', in: G. Nystuen en S. Casey-Maslen, *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 549.

⁵² S. Casey-Maslen e.a., 'General obligations and scope of application', in: G. Nystuen en S. Casey-Maslen, *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 573.

⁵³ 'Convention on Cluster Munitions: Q&A on Interoperability and the Prohibition on Assistance', Human Rights Watch 2010, p. 1.

⁵⁴ 'Convention on Cluster Munitions: Q&A on Interoperability and the Prohibition on Assistance', Human Rights Watch 2010, p. 3.

⁵⁵ S. Casey-Maslen e.a., 'General obligations and scope of application', in: G. Nystuen en S. Casey-Maslen, *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 549.

in een situatie van militaire samenwerking om, net als uit artikel 1 volgt, clustermunities te gebruiken, het gebruik ervan te verzoeken of het te ontwikkelen. Dit vierde lid noemt steun niet expliciet. Dit lid is volgens HRW echter slechts een lijst met *voorbeelden* van verboden activiteiten, het is geen uitputtende lijst.⁵⁶

Ongeacht of de in lid 4 genoemde beperkingen limitatief bedoeld zijn of slechts als voorbeelden gelden, geldt dat het niet-expliciet benoemen dat bepaalde steun niet is toegestaan, niet maakt dat het dan wel zou zijn toegestaan onder lid 3. In het commentaar schrijft Casey-Maslen hierover:

“Even if, however, one accepts the proposition that the activities listed in paragraph 4 are exhaustive and should not be read as examples of prohibited conduct in interoperability situations, it does not necessarily follow that any activity not listed would have to be regarded as ‘authorized’ by paragraph 3 and therefore permitted. Indeed, when read in the light of the context of the Convention as a whole and in the light of its object and purpose, it would be difficult to accept such an understanding of paragraph 4. As we shall see, it would be particularly difficult to reconcile the obligation to discourage States not party from using cluster munitions laid down in paragraph 2 of Article 21 with the notion that a State Party might still be permitted to assist in the use of cluster munitions by that State not party.”⁵⁷

Wat artikel 21 lid 3 duidelijk maakt is dat er steun kan bestaan waarbij er samengewerkt wordt op militair gebied met een niet-verdragsstaat die mogelijk clustermunities gebruikt en dit niet geldt als steun aan verboden handelen onder het verdrag zoals het gebruik van clustermunities. Welke steun in deze context als niet verboden kan worden beschouwd is niet gedefinieerd, enkel wat in ieder geval nog steeds verboden is. Zolang steun bij een samenwerking op militair gebied niet in strijd is met het verbod op steun aan verboden activiteiten uit artikel 1 en in lijn is met het internationaal recht is het in beginsel toelaatbare steun.

3.4 Weerhouden van gebruik (inspanningsverplichting)

Uit artikel 21 lid 2 samen met lid 3 CCM volgt een inspanningsverplichting voor de Staat om met alle staten die geen partij zijn bij het verdrag met wie hij op militair gebied samenwerkt of militaire operaties uitvoert en die mogelijk gebruik maken van clustermunities (of andere verboden activiteiten ondernemen) om zich tot het uiterste in te spannen om die staat ervan te weerhouden om clustermunities te gebruiken (of verboden handelingen te verrichten).

Van belang voor het bepalen van de reikwijdte van de inspanningsverplichting is de formulering van artikel 21 in het Engels die minder hard luidt dan de Nederlandse vertaling:

“shall make its best efforts to discourage”

De woorden ‘tot het uiterste’ en ‘weerhouden van’ hebben mogelijk een dwingendere lading dan de authentieke versie voorschrijft.

⁵⁶ ‘Convention on Cluster Munitions: Q&A on Interoperability and the Prohibition on Assistance’, Human Rights Watch 2010, p. 4.

⁵⁷ S. Casey-Maslen e.a., ‘General obligations and scope of application’, in: G. Nystuen en S. Casey-Maslen, *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 580-587.

Met betrekking tot de specifieke verplichtingen onder artikel 21 lid 2 om te informer over de verplichtingen uit de CCM en de daarin opgenomen normen te bevorderen schrijft Casey-Maslen allereerst:

“States Parties are obliged to notify the governments of States not party to the Convention with which they are engaged in military cooperation or operations about their obligations under the Convention.”⁵⁸

Deze verplichtingen staan dus naast de inspanningsverplichting tot het weerhouden van het gebruik van clustermunitie. Ze zijn er uiteraard wel relevant voor, omdat bij het niet naleven daarvan ook moeilijk volgehouden kan worden dat de Staat zich tot het uiterste heeft ingespannen. Daarover schrijft Casey-Maslen:

“In situations of interoperability, this provision must be understood to impose an obligation on States Parties in all relevant relations with States not party to the Convention actively to promote the norms the Convention establishes. In order to be effective in situations of military cooperation and operations, the obligation to promote the norms of the Conventions must apply to agents of States Parties at all levels, and in particular at the appropriate military level.”⁵⁹

Met betrekking tot de inspanningsverplichting om zich tot het uiterste in te spannen om een niet-verdragsstaat te weerhouden van het gebruik van clustermunitie, bepaalt het commentaar dat verwacht mag worden dat verzocht wordt om clustermunitie niet te gebruiken:

“Finally, paragraph 2 imposes an obligation on States Parties to make their best efforts to discourage States not party from using cluster munitions. [...] The obligation to discourage use is [...] general and not limited to situations of interoperability. In the event of an armed conflict or other situation that could trigger the use of military force, States Parties would be expected to promote the humanitarian norms of the Convention and request that cluster munitions not be used.”⁶⁰

Over de reikwijdte van de inspanningsverplichting overweegt Casey-Maslen ter illustratie dat als bij een gezamenlijke militaire operatie een verdragsstaat het toestaat dat andere staten in hun Rules of Engagement het gebruik van clustermunitie toestaan dit zich slecht verhoudt tot de inspanningsverplichting om andere staten te weerhouden van het gebruik:

“it may be questioned whether the obligation to make their best efforts to discourage the use of cluster munitions can be interpreted as compatible with a State Party’s subsequent participation in developing or deciding on ROE expressly permitting such use”.⁶¹

Hieruit volgt dat het er toe doet welke mate van controle de Staat heeft over het handelen dat steun biedt aan het gebruik van clustermunitie. Als de Staat in dit bovengenoemde voorbeeld kan besluiten om niet bij te dragen aan het formuleren van gezamenlijke RoE waarin het gebruik van clustermunitie wordt toegestaan, vraagt de inspanningsverplichting dat hij zich daarvan onthoudt. Welke RoE een

⁵⁸ S. Casey-Maslen e.a., ‘General obligations and scope of application’, in: G. Nystuen en S. Casey-Maslen, *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 567-568.

⁵⁹ S. Casey-Maslen e.a., ‘General obligations and scope of application’, in: G. Nystuen en S. Casey-Maslen, *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 569.

⁶⁰ S. Casey-Maslen e.a., ‘General obligations and scope of application’, in: G. Nystuen en S. Casey-Maslen, *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 569-570.

⁶¹ S. Casey-Maslen e.a., ‘General obligations and scope of application’, in: G. Nystuen en S. Casey-Maslen, *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 571.

ander land hanteert kan de Staat niet beslissen, maar over de RoE waaraan het gebonden is wel. In die lijn kan ook betoogd worden dat nu de Staat beschikt over welke militaire steun het levert, hij daaraan ook zelfstandig de voorwaarden voor het gebruik daarvan kan verbinden. Het nalaten om voorwaarden te verbinden aan gebruik die het mogelijk maakt dat het gebruikt wordt voor een handeling die voor de Staat zelf verboden is onder de CCM, maakt de Staat zich niet tot het uiterste heeft ingespannen om de andere staat ervan te weerhouden om clustermunities af te werpen.

3.4.1 Standpunt Staat

Bij de goedkeuring van het verdrag hebben de ministers erkend dat er op de Staat een inspanningsverplichting rust:

“Bovendien zullen Staten die partij zijn bij het Verdrag trachten om niet-Partijen te ontmoedigen om clustermunities te gebruiken. Met deze inspanningsverplichting als uitgangspunt en ondanks de verbodsbepaling zoals vastgesteld in artikel 1 van het Verdrag, blijft militaire samenwerking met niet-Partijen toegestaan, ook in operaties waarbij de inzet van clustermunities niet kan worden uitgesloten. Hierbij geldt wel een aantal in het Verdrag nader omschreven randvoorwaarden.”⁶²

Met de toevoeging van de zinsnede “ook in operaties waarbij de inzet van clustermunities niet kan worden uitgesloten” geeft de Staat aan waar voor hem de grenzen van artikel 21 lid 3 liggen. Samenwerken mag ook als het gebruik van clustermunities niet uitgesloten kan worden. Dit duidt op een vergaande inspanningsverplichting. Dit ligt ook logischerwijs in het verlengde van de resultaatsverplichting van artikel 1 en bij het doel van het verdrag. Het belang van dit laatste heeft de minister bij goedkeuring van het verdrag ook onderstreept:

“De strekking van het Verdrag is voorts dat staten die partij zijn bij het Verdrag zich ervoor in moeten zetten dat derden zich ook onthouden van activiteiten die indruisen tegen de geest van het Verdrag.”⁶³

Meer recentelijk heeft de Staat in het context van het leveren van militaire goederen aan Oekraïne aangegeven dat artikel 21 CCM verplicht:

“de normen die erin zijn vastgelegd te bevorderen en zich tot het uiterste in te spannen om staten die geen partij zijn bij het verdrag, te weerhouden van het gebruik van clustermunities.”⁶⁴

De Staat stelt dat de CCM niet nader specificeert op welke wijze aan inspanningsverplichting invulling moet worden gegeven en dat hij daarom een aanzienlijke mate van beoordelingsruimte heeft bij het voldoen aan deze inspanningsverplichting.⁶⁵ Vervolgens stelt de Staat dat lid 3 militaire samenwerking toestaat als aan de voorwaarden is voldaan dat een staat die wel partij is zelf geen clustermunities gebruikt of het gebruik ervan nastreeft.⁶⁶ De Staat lijkt hiermee te willen suggereren dat, omdat hij een ruime beoordelingsruimte heeft, en samenwerking is toegestaan, hij geen inspanningsverplichting heeft om een voorwaarde omtrent het gebruik voor clustermunities te stellen. Dit is onjuist nu het de

⁶² Kamerstukken II 2009/10, 32 187, nr. 3, p. 8, te raadplegen via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-32187-3.html>.

⁶³ Kamerstukken II 2009/10, 32 187, nr. 6, p. 2, te raadplegen via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-32187-6.html>.

⁶⁴ Verslag Raad Buitenlandse Zaken 24 juni 2024 (Kamerstukken I 2023/24, 21 501-02), p. 7, te raadplegen via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-21501-02-GM.pdf>.

⁶⁵ Verslag Raad Buitenlandse Zaken 24 juni 2024 (Kamerstukken I 2023/24, 21 501-02), p. 8, te raadplegen via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-21501-02-GM.pdf>.

⁶⁶ Verslag Raad Buitenlandse Zaken 24 juni 2024 (Kamerstukken I 2023/24, 21 501-02), p. 8, te raadplegen via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-21501-02-GM.pdf>.

plicht van de Staat miskent om zich tot het uiterste in te spannen Oekraïne te weerhouden van het gebruik.

4 Beantwoording vragen 1 t/m 4

4.1 Vraag 1 – Verboden steun

De eerste vraag luidt of Nederland door levering van F-16's aan Oekraïne zonder te verbieden dat deze gebruikt worden om clustermunities af te werpen, verboden steun levert aan het gebruik van clustermunities.

Het antwoord op deze eerste vraag is positief. Goed betoogd kan immers worden dat Nederland door het doneren van F-16's aan Oekraïne, met wetenschap dat Oekraïne over clustermunities beschikt, dat het deze wil gebruiken, dat het deze heeft gebruikt met burgerslachtoffers tot gevolg en zeer waarschijnlijk in strijd met het internationaal humanitair recht, en dat de F-16's geschikt zijn om clustermunities mee af te werpen, en daaraan niet de voorwaarde heeft verbonden dat ze niet voor het gebruik van clustermunities mogen worden aangewend, in strijd met zijn resultaatsverplichting van artikel 1 lid 1 sub c CCM heeft gehandeld.

De kern van de verplichtingen die staten aangaan bij het ratificeren van de CCM is om de schade aan burgers die wordt veroorzaakt door clusterbommen te voorkomen en te minimaliseren. De resultaatsverplichting die op de Staat rust om geen steun te verlenen aan landen die clustermunities gebruiken, zoals Oekraïne, verplicht de Staat tot ieder handelen dat binnen zijn macht ligt om dit risico op burgerslachtoffers te voorkomen, dan wel tot het uiterste te beperken. Het stellen van een voorwaarde aan toekomstig gebruik van de F-16 door Oekraïne alvorens deze te doneren, is evident een handeling die binnen het beslissingsdomein van de Staat valt. In de huidige context verplicht de CCM de Staat tot het verbinden van deze voorwaarde aan het gebruik van F-16's.

Met betrekking tot vraag 1 moet benoemd worden, dat 'steun' in artikel 1 niet duidelijk gedefinieerd is. De Staat heeft een bepaalde beoordelingsruimte om te kwalificeren wat steun is in een concreet geval.⁶⁷ Dit wordt ingekaderd door de duidelijke intentie om artikel 1 lid 1 sub c CCM zo ruim mogelijk te interpreteren. Dit doet immers recht aan de tekst en in het bijzonder de doelstelling van het verdrag. Van belang is dat de Staat zelf al een voorwaarde aan het gebruik heeft verbonden, namelijk dat het enkel mag worden "gebruikt ter zelfverdediging conform artikel 51 van het VN-Handvest en in overeenstemming met het internationaal recht, waaronder het humanitair oorlogsrecht."⁶⁸ Wanneer aangesloten wordt bij de interpretatie die volgt uit het anti-personeel landmijnenverdrag dan dient er sprake te zijn van een nexus tussen het ter beschikking stellen van F-16's aan Oekraïne door Nederland en het afwerpen van clustermunities door F-16's door Oekraïne. Hoewel over de definitie van een nexus kan worden getwist, valt te beargumenteren dat de feiten in deze casus het bestaan van een nexus aantonen.

⁶⁷ Zie over de beoordelingsruimte van de Staat op dit terrein uitvoerig: Parket bij de Hoge Raad 29 november 2024, ECLI:NL:PHR:2024:1279 (Conclusie Procureur-Generaal), te raadplegen via: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:PHR:2024:1279>.

⁶⁸ Verslag Raad Buitenlandse Zaken 24 juni 2024 (*Kamerstukken I* 2023/24, 21 501-02), p. 8, te raadplegen via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-21501-02-GM.pdf>.

4.2 Vraag 2 – Tot het uiterste

De tweede vraag toegespitst op de onderhavige situatie is of de inspanningsverplichting van de Staat hem verplicht om gebruiksbeperkingen te verbinden aan de F-16's die hij doneert aan Oekraïne. De tweede vraag luidt:

“Brengt de verplichting die uit artikel 21, tweede lid voortvloeit om zich “tot het uiterste in te spannen” om Oekraïne te weerhouden van het gebruik van clustermunitie mede dat Nederland, als zij militaire of financiële middelen die kunnen worden ingezet voor het gebruik van clustermunitie ter beschikking stelt aan Oekraïne, daaraan de voorwaarde dient te verbinden dat die middelen niet voor het gebruik van clustermunitie mogen worden aangewend?”

Voor het doel van dit advies wordt aangenomen dat Nederland en Oekraïne samenwerken op militair gebied in de zin van artikel 21 lid 3 door het steunen van Oekraïne in de vorm van onder meer het doneren van F-16's.

Ingevolge artikel 21 lid 2 rust er op de Staat een inspanningsverplichting om zich tot het uiterste in te spannen om Oekraïne ervan te weerhouden om gebruik te maken van clustermunitie. De reikwijdte van de inspanningsverplichting hangt af van de omstandigheden van het geval. Nu ook al op grond van artikel 1 CCM een verplichting rust op de Staat om een voorwaarde te verbinden aan het gebruik van de F-16's geldt dit ook voor de inspanningsverplichting op grond van artikel 21 lid 2. De feiten en omstandigheden die in dat kader zijn aangevoerd nopen ook tot een gebruiksbeperking op grond van artikel 21 lid 2.

In de situatie van een gewapend conflict mag op zijn minst van verdragsstaten worden verwacht dat zij verzoeken om geen clustermunitie te gebruiken. Bekend is de stelling van Nederland dat het Oekraïne heeft ontmoedigd clustermunitie te gebruiken (onder verwijzing naar zijn eigen verplichtingen onder de CCM).⁶⁹ Wat dit concreet inhoudt, wordt niet gesteld. Ontmoedigen gaat hoe dan ook minder ver dan verzoeken.

De Staat kan zelfstandig voorwaarden verbinden aan het gebruik van de steun die het verleent. Dit heeft de Staat ook gedaan door te verplichten dat de F-16's in lijn met het internationaal recht moeten worden gebruikt door Oekraïne. Het nalaten om een meer specifieke voorwaarde te verbinden aan gebruik van de F-16's, inhoudende dat de F-16's niet voor de inzet van clustermunitie worden gebruikt, maakt dat de Staat zich niet tot het uiterste heeft ingespannen om Oekraïne daarvan te weerhouden. Nergens blijkt uit dat de Staat deze voorwaarde niet heeft kunnen stellen of dat dit niet gevegd kon of kan worden van de Staat. Dat aan geleverde goederen andersoortige beperkingen kunnen worden gesteld is een bekende statenpraktijk, ook in het Oekraïne conflict. Zo werden door meerdere landen voorwaarden verbonden aan het gebruik van bepaalde type raketten dat deze niet tegen Russisch territorium mochten worden ingezet.

In de loop van dit advies is ook de vraag opgekomen of de Staat in het kader van het trainen van militairen hen ook traint in het gebruik van clustermunitie. Dit zou ook in strijd kunnen zijn met de inspanningsverplichting van artikel 21 lid 2. Nader onderzoek hiernaar valt buiten het bestek van dit advies.

⁶⁹ Verslag Raad Buitenlandse Zaken 24 juni 2024 (*Kamerstukken I* 2024/25, <https://zoek.officiëlebekendmakingen.nl/kst-21501-02-GM.html>). Zie ook Advies paragraaf 2.4

4.3 Vraag 3 – Definitie ‘niettegenstaande’

De derde vraag luidt:

“Wat betekent de term ‘niettegenstaande’ in het derde lid van artikel 21?”

Zoals hierboven al aan bod is gekomen, wordt met het woord “niettegenstaande” aangegeven dat binnen de absolute formulering van de verboden in artikel 1 er situaties zijn waarbij samenwerking op militair gebied met een niet-verdragsstaat die mogelijk deelneemt aan verboden activiteiten, is toegestaan. Het geeft aan dat artikel 21 lid 3 past binnen de ruimte die uit de hoofdverplichting van artikel 1 lid 1 sub c volgt.

“Where, however, Article 1 is specific with regard to what obligations are incumbent on a State Party, paragraph 3 of Article 21 does not list any specific activities that a State Party may engage in despite its obligations under Article 1. Thus, paragraph 3 modifies the scope of Article 1 where issues of interoperability are at stake without further defining its scope beyond the words ‘may engage in military cooperation and operations’.”⁷⁰

Het betekent niet dat de verplichtingen van artikel 1 niet van toepassing zijn als artikel 21 lid 3 aan de orde is.

4.4 Vraag 4 – Geen voorwaarden mogen stellen

Vraag 4 heeft net als vraag 3 betrekking op artikel 21 lid 3 CCM en luidt:

“Impliceert het recht dat Nederland aan artikel 21, derde lid ontleent om met Oekraïne militair samen te werken, dat Nederland, als zij militaire of financiële middelen die kunnen worden ingezet voor het gebruik van clustermunities ter beschikking stelt aan Oekraïne, daaraan niet de voorwaarde mag verbinden dat die middelen niet voor het gebruik van clustermunities mogen worden aangewend?”

Deze vraag moet ontkennend beantwoord worden. Voorop wordt gesteld dat artikel 21 lid 3 geen recht geeft aan staten om op militair gebied samen te werken. Het biedt hen enkel de mogelijkheid daartoe binnen de reikwijdte van artikel 1 in situaties van interoperabiliteit (militaire samenwerking). Hieruit vloeit dus ook geen verplichting voort dat geen voorwaarden zouden mogen worden verbonden aan de levering van wapensystemen die geschikt zijn voor het afwerpen van clustermunities. Zoals hierboven is toegelicht bestaat die verplichting juist wel.

5 Andere internationaal rechtelijke normen

5.1 Introductie

Naast de CCM zijn er andere internationaalrechtelijke normen die relevant kunnen zijn in het kader van het verbinden van een gebruiksbeperking aan de F-16's die Nederland levert aan Oekraïne.

⁷⁰ S. Casey-Maslen e.a., 'General obligations and scope of application', in: G. Nystuen en S. Casey-Maslen, *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 545.

Hieronder worden eerst de Geneefse Conventies (hierna ook “GC”) behandeld en het verbod op niet-onderscheidende aanvallen en ten tweede het Wapenhandelsverdrag (hierna ook “ATT” naar de Engels afkorting).

5.2 Artikel 1 Geneefse Conventies

Artikel 1 van de Geneefse Conventies (GC) luidt:

“The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances.”⁷¹

Dit artikel kent een interne en externe dimensie. De externe dimensie bepaalt dat derde Staten die niet betrokken zijn bij een bepaald gewapend conflict – evenals regionale en internationale organisaties – de plicht hebben om actie te ondernemen om naleving van de Geneefse Conventies, en mogelijk van het gehele corpus van het internationaal humanitair recht, door de partijen bij het conflict te waarborgen.⁷²

Het commentaar bij de Geneefse Conventies dat gepubliceerd werd door de ICRC in de jaren '50 onderstreept de interpretatie dat artikel 1 een verplichting oplegt aan (ook) niet-conflict partijen om naleving van de Conventies te waarborgen:

“[I]n the event of a Power failing to fulfil its obligations, the other Contracting Parties (neutral, allied or enemy) may, and should, endeavour to bring it back to an attitude of respect for the Convention. The proper working of the system of protection provided by the Convention demands in fact that the Contracting Parties should not be content merely to apply its provisions themselves, but should do everything in their power to ensure that the humanitarian principles underlying the Conventions are applied universally.”⁷³

De ICRC noemt voorts dat de praktijk aantoont dat dit een verplichting betreft. Zo heeft het Internationaal Gerechtshof (hierna ook “IGH”) bij verschillende gelegenheden de dwingende aard van de verplichting om naleving te waarborgen bevestigd. In de Nicaragua-zaak oordeelde het IGH dat, hoewel de VS geen partij was bij het niet-internationaal gewapend conflict, het wel de verplichting had om de naleving van de Geneefse Conventies in alle omstandigheden te waarborgen. Het voegde hieraan toe dat deze verplichting “niet alleen voortvloeit uit de Conventies zelf, maar ook uit de algemene beginselen van het humanitair recht.”⁷⁴ Daarbij benadrukte het IGH in de advisory opinion over ‘Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory’ dat “elke staat die partij is bij [de Vierde Geneefse Conventie], ongeacht of het een partij is bij een specifiek conflict, de verplichting heeft om te waarborgen dat aan de vereisten van de betreffende instrumenten wordt voldaan.”⁷⁵ Ten slotte hebben ook de Veiligheidsraad en de Algemene Vergadering talloze

⁷¹ In hoeverre de GC beogen Oekraïense burgers, al dan niet woonachtig in bezet gebied, te beschermen tegen oorlogshandelingen van Oekraïne, is een complexe vraag waarvoor dit advies geen ruimte biedt.

⁷² K. Dörmann and J. Serralvo, ‘Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations’, *International Review of the Red Cross* 2014, 96 (895/896), p. 709.

⁷³ K. Dörmann and J. Serralvo, ‘Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations’, *International Review of the Red Cross* 2014, 96 (895/896), p. 715.

⁷⁴ IGH, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*), Judgment (Merits), 27 juni 1986, rov. 220.

⁷⁵ IGH, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 9 juli 2004, rov. 158

resoluties uitgevaardigd waarin zij het bestaan van een juridische verplichting voor derde staten bevestigen om de naleving van het internationaal humanitair recht te waarborgen in conflicten waarbij zij geen partij zijn.⁷⁶

In *Nicaragua t. Duitsland* oordeelde het IGH in 2024 dat de verplichting van artikel 1 GC om naleving van de Geneefse Conventies te waarborgen “does not derive only from the Conventions themselves, but from the general principles of humanitarian law to which the Conventions merely give specific expression”.⁷⁷ Vervolgens legde het IGH uit wat deze verplichting inhoudt in de context van het Genocideverdrag:

“(…) that the obligation to prevent the commission of the crime of genocide, pursuant to Article I, requires States parties that are aware, or that should normally have been aware, of the serious risk that acts of genocide would have been committed, to employ all means reasonably available to them to prevent genocide so far as possible.”⁷⁸

Daarbij herinnert het IGH Staten aan hun IHR-verplichtingen bij het leveren van wapens aan landen die partij zijn bij een gewapend conflict:

“Moreover, the Court considers it particularly important to remind all States of their international obligations relating to the transfer of arms to parties to an armed conflict, in order to avoid the risk that such arms might be used to violate the above-mentioned Conventions. All these obligations are incumbent upon Germany as a State party to the said Conventions in its supply of arms to Israel.”⁷⁹

Ook de Advocaat Generaal bij de Hoge Raad concludeerde in zijn conclusie bij de F-35 zaak dat artikel 1 GC de conclusie rechtvaardigde dat de Staat verplicht was om een verleende vergunning opnieuw te toetsen wanneer er sprake is van nieuwe, relevante informatie die erin bestaat dat er een duidelijk risico is dat de F35-onderdelen door Israël worden gebruikt voor ernstige schendingen van internationaal humanitair recht.⁸⁰

5.2.1 Concrete inhoud van de verplichting van artikel 1 GC

De woorden "ensure respect" impliceren een actieve plicht, en de term "undertake" duidt op een daadwerkelijke verplichting, wat geldt voor alle aspecten van artikel 1 – zowel de interne als de externe

⁷⁶ K. Dörmann and J. Serravallo, 'Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations', *International Review of the Red Cross* 2014, 96 (895/896), p. 717.

⁷⁷ IGH 30 april 2024, *Alleged breaches of certain international obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany)*, rov. 23.

⁷⁸ IGH 30 april 2024, *Alleged breaches of certain international obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany)*, rov. 23.

⁷⁹ IGH 30 april 2024, *Alleged breaches of certain international obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany)*, rov. 24.

⁸⁰ Parket bij de Hoge Raad 29 november 2024, ECLI:NL:PHR:2024:1279 (Conclusie Procureur-Generaal), rov. 5.21 en 5.41, te raadplegen via: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:PHR:2024:1279>.

component.⁸¹ Volgens K. Dörnermann en J. Serralvo bevat dit altijd een inspanningsverplichting in plaats van een resultaatsverplichting:

“On the contrary, third States can only be under an obligation to exercise due diligence in choosing appropriate measures to induce belligerents to comply with the law. This does not turn the duty to ensure respect into a vacuous norm, since States are under the obligation, depending on the influence they may exert, to take all possible steps, as well as any lawful means at their disposal, to safeguard respect for IHL rules by all other States.⁹⁰ If they fail to do so, they might incur international responsibility.”⁸²

Wanneer deze verplichting geschonden is, hangt af van het geval:

“Thus, only a case-by-case analysis can reveal whether a State has actually violated CA 1. For that purpose, together with the capacity to influence the parties to the conflict, it is important to take into consideration the seriousness of the potential violation.⁹⁸ For instance, a non-belligerent State C could hardly justify its passiveness vis-à-vis grave breaches of the Geneva Conventions committed by State A against State B, in particular if State C has a “special relationship” with State A.⁹⁹ Such a special relationship is even more pronounced if third States provide support, directly or indirectly, to a party to an ongoing armed conflict.”⁸³

Bij te nemen maatregelen kan worden gedacht aan “protest, criticism, retorsions or even non-military reprisals”.⁸⁴

Het nalaten van het nemen van maatregelen zal alleen leiden tot de internationale aansprakelijkheid van de derde Staat wanneer zijn gedrag niet als rechtmatig kan worden beschouwd. Wat moet worden aangetoond, is de inconsistentie tussen het daadwerkelijke gedrag van de Staat en het gedrag dat vereist wordt volgens de norm.⁸⁵

5.2.2 Positieve verplichtingen

Staten hebben de plicht om hun invloed uit te oefenen en passende maatregelen te nemen om een einde te maken aan voortdurende schendingen van het internationaal humanitair recht. Dit aspect van artikel 1 GC vormt de basis voor Regel 144, zoals geïdentificeerd in de ICRC Customary Law Study, die onder andere bepaalt dat Staten “hun invloed moeten uitoefenen, voor zover mogelijk, om schendingen van het internationaal humanitair recht te stoppen.”⁸⁶

⁸¹ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment (Merits), 27 juni 1986, rov. 220; K. Dörnermann and J. Serralvo, ‘Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations’, *International Review of the Red Cross* 2014, 96 (895/896), p. 723.

⁸² K. Dörnermann and J. Serralvo, ‘Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations’, *International Review of the Red Cross* 2014, 96 (895/896), p. 724.

⁸³ K. Dörnermann and J. Serralvo, ‘Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations’, *International Review of the Red Cross* 2014, 96 (895/896), p. 725.

⁸⁴ B. Kessler, ‘The Duty to ‘Ensure Respect’ under Common Article 1 of the Geneva Conventions: Its Implications on International and Non-International Armed Conflicts’, *German Yearbook of International Law* 2001, vol. 44, p. 506.

⁸⁵ K. Dörnermann and J. Serralvo, ‘Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations’, *International Review of the Red Cross* 2014, 96 (895/896), p. 726.

⁸⁶ J. Henckaerts en L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law - volume 1: Rules*, Cambridge University Press 2005, reprint 2009 (ICRC Customary Law Study), p. 509.

De externe dimensie van artikel 1 bevat daarnaast ook een preventieve component. Dit betekent dat derde Staten niet alleen de verplichting hebben om in te grijpen wanneer andere Staten het oorlogsrecht schenden, maar dat deze derde Staten ook de verplichting hebben om maatregelen te treffen om dergelijke schendingen van partijen in een conflict te voorkomen.⁸⁷ Zo stelt A. Devillard dat, hoewel het reageren op onrechtmatig gedrag, oftewel het stoppen van voortdurende schendingen van een regel, de “kern” vormt van artikel 1, de rol van preventie niet mag worden verwaarloosd. Hij voegt eraan toe dat de gevolgen van IHR-schendingen vaak te ernstig zijn om simpelweg “interventies achteraf” te accepteren. Volgens Devillard kan een algemene preventieplicht voor derde Staten worden uitgesloten, maar een verplichting om IHR-schendingen te voorkomen zou wel ontstaan in situaties waarin het risico op dergelijke schendingen redelijkerwijs kan worden voorzien.⁸⁸

Dörmann en Serralvo zijn het hiermee eens:

“It is not possible in abstract to elucidate the criteria under which nonbelligerent States could incur international responsibility for their failure to prevent the violation of IHL rules. At any rate, it is clear that this obligation, being one of due diligence, only arises in cases in which the prospective inobservance of IHL is marked by a certain degree of predictability. (...) Indeed, under international law, due diligence obligations involving the need to prevent a particular event can only be triggered if the event in question is actually foreseeable.”⁸⁹

Dörmann en Serralvo concluderen dat artikel 1 GC op zichzelf moet worden ingeroepen telkens wanneer dit bijdraagt aan het waarborgen van respect voor de Geneefse Conventies, en mogelijk voor het gehele corpus van het internationaal humanitair recht, ook wanneer het gaat om de verplichting om schendingen van de regels te voorkomen.

5.2.3 *Verbod op wapens die geen onderscheid maken tussen civiele en militaire doelen*

Ook los van de CCM kan het gebruik van clustermunitie verboden zijn. HRW benadrukt daarbij dat, hoewel Oekraïne geen partij is bij de CCM, het gebruik van clustermunitie in gebieden met burgers geen onderscheid maakt en daarom in strijd is met het IHR.⁹⁰ Zo schrijft HRW dat aanvallen met clustermunitie het potentieel hebben om ‘indiscriminate’ te zijn en dus geen onderscheid maken tussen burgers of burgerdoelen en militaire doelen, omdat de wapens niet nauwkeurig kunnen worden

⁸⁷ K. Dörmann and J. Serralvo, ‘Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations’, *International Review of the Red Cross* 2014, 96 (895/896), p. 728-729.

⁸⁸ K. Dörmann and J. Serralvo, ‘Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations’, *International Review of the Red Cross* 2014, 96 (895/896), p. 729; A. Devillard, ‘L’obligation de faire respecter le droit international humanitaire: l’article 1 commun aux Conventions de Genève et à leur Premier Protocole Additionnel, fondement d’un droit international humanitaire de coopération?’, *Revue Québécoise de Droit International* 2007, vol. 75, p. 96.

⁸⁹ K. Dörmann and J. Serralvo, ‘Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations’, *International Review of the Red Cross* 2014, 96 (895/896), p. 729-730.

⁹⁰ ‘Ukraine: Civilian Deaths from Cluster Munitions - New Research Details Ukrainian Use of Widely Banned Weapon’, hrw.org, 6 juli 2023, te raadplegen via: <https://www.hrw.org/news/2023/07/06/ukraine-civilian-deaths-cluster-munitions>.

gericht.⁹¹ Ook de Nederlandse Staat benadrukt dit.⁹² Art. 51 lid 4 sub b van het eerste Aanvullend Protocol bij de Geneefse Conventies (AP I) verbiedt dergelijke aanvallen:

“indiscriminate attacks (...) which employ a method or means of combat which cannot be directed at a specific military objective (...) and consequently, in each such case, are of a nature to strike military objectives and civilians or civilian objects without distinction.”

In een advies van de Raad van State merkt het met betrekking tot het inzetten van clustermunitie middels bepaalde wapensystemen op dat: “ieder gebruik van wapensystemen [dient] binnen de grenzen van het oorlogsrecht te blijven”.⁹³ Ook art. 21 lid 3 schrijft voor dat militaire samenwerking met een niet-verdragsstaat binnen de grenzen van het internationaal recht moet blijven, waaronder dus ook het internationaal humanitair recht.

Nederland heeft de voorwaarde verbonden dat het oorlogsrecht moet worden gerespecteerd bij het gebruik van F-16's door Oekraïne.

Als het risico op schendingen van internationaal humanitair recht redelijkerwijs kan worden voorzien, brengt dit een verplichting met zich mee onder artikel 1 GC voor de Staat tot het treffen van maatregelen om dergelijke schendingen te voorkomen. Een dergelijke maatregel kan zijn het verbinden van een voorwaarde aan het gebruik, of zelfs staking van de levering.

5.3 Wapenhandelsverdrag

Op grond van het Wapenhandelsverdrag artikel 6 lid 3 is een export onrechtmatig als:

“[The State Party] has knowledge at the time of authorization that the arms or items would be used in the commission of genocide, crimes against humanity, grave breaches of the Geneva Conventions of 1949, attacks directed against civilian objects or civilians protected as such, or other war crimes as defined by international agreements to which it is a Party.”⁹⁴

Wanneer de export op grond van dit artikel niet verboden is, dan schrijft artikel 7 lid 1 sub b Wapenhandelsverdrag voor dat de Staat voorafgaand aan de toestemming voor de export de mogelijkheid beoordeelt dat de wapens gebruikt zouden kunnen worden, “to: (i) commit or facilitate a serious violation of international humanitarian law; (ii) commit or facilitate a serious violation of international human rights law;”. Wanneer er inderdaad een “overriding risk” is van een van deze consequenties, dan mag de exportvergunning niet worden verleend op grond van lid 3.

⁹¹ ‘Existing International Humanitarian Law’, hrw.org, juli 2004, te raadplegen via: <https://www.hrw.org/legacy/backgrounders/arms/clusters0704/2.htm>.

⁹² ‘Verdragen tegen conventionele wapens’, rijksoverheid.nl, te raadplegen via: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/internationale-vrede-en-veiligheid/internationaal-beleid-wapenbeheersing/verdragen-tegen-conventionele-wapens#:~:text=Clustermunitie%20is%20een%20door%20een,tussen%20burger%2D%20en%20militaire%20doelen>, zie onderaan: “Gebruik van clustermunitie is omstreden, omdat het veel menselijk leed kan veroorzaken. Daarnaast maakt het geen onderscheid tussen burger- en militaire doelen.”

⁹³ RvS 1 juni 2007, No.W07.07.0100/II, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 30 999, nr. 4, p. 1, te raadplegen via: <https://www.raadvanstate.nl/adviezen/@64744/w07-07-0100-ii/>.

⁹⁴ Art. 6 lid 3 Wapenhandelsverdrag 2014, te raadplegen via: <https://wetten.overheid.nl/BWBV0006233/2014-12-24>.

Ook uit het eerdergenoemde arrest van het IGH in de zaak Nicaragua t. Duitsland volgt dat Staten verplicht zijn bij wapenoverdracht om het risico te vermijden dat de wapens gebruikt worden voor een schending van de Geneefse Conventies.⁹⁵

Lid 2 van artikel 7 Wapenhandelsverdrag schrijft daarbij nog voor dat een Staat ook moet overwegen of er bepaalde maatregelen zijn die hij zou kunnen nemen om de geïdentificeerde risico's zoals genoemd in lid 1 sub b te mitigeren, zoals vertrouwen bevorderende maatregelen. Het ligt dus voor de hand dat Nederland in het kader van artikel 7 lid 2 Wapenhandelsverdrag de voorwaarde aan de levering van de wapensystemen zou stellen, dat deze niet gebruikt mogen worden voor het afwerpen van clustermunitie.

In 'Arms transfer decisions – Applying international humanitarian law criteria' schrijft de ICRC dat Staten bij wapenoverdrachten altijd moeten overwegen of het waarschijnlijk is dat de ontvangende partij deze wapens zal gebruiken voor schendingen van het IHR:

“[A]ll national and international standards for arms transfers should include a requirement to assess the recipient’s likely respect for international humanitarian law and to not authorize transfers if there is a clear risk that the arms will be used to commit serious violations of this law.”⁹⁶

De ICRC benadrukt dat verschillende internationale verdragen en nationaal beleid de verplichting hebben opgenomen om het oorlogsrecht te respecteren bij de uitvoering van de verplichtingen van dat verdrag. Hoewel de CCM niet een dergelijke expliciete bepaling betreft zoals bijvoorbeeld artikel 6 lid 3 van het Wapenhandelsverdrag,⁹⁷ verwijst het wel naar het IHR in de preambule:

“Basing themselves on the principles and rules of international humanitarian law, in particular the principle that the right of parties to an armed conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited, and the rules that the parties to a conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly direct their operations against military objectives only, that in the conduct of military operations constant care shall be taken to spare the civilian population, civilians and civilian objects and that the civilian population and individual civilians enjoy general protection against dangers arising from military operations, (...)”

Daarbij wordt er ook naar het internationaal recht verwezen in artikel 21 lid 3 CCM:

“Notwithstanding the provisions of Article 1 of this Convention and in accordance with international law, States Parties, their military personnel or nationals, may engage in military cooperation and operations with States not party to this Convention that might engage in activities prohibited to a State Party.”

Wat betreft de criteria die Staten kunnen gebruiken om het risico van het overdragen van wapens of militaire uitrusting te beoordelen, heeft de ICRC een reeks indicatoren opgesteld. Deze omvatten het

⁹⁵ IGH 30 april 2024, *Alleged breaches of certain international obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany)*, rov. 24.

⁹⁶ ICRC, *Arms Transfer Decisions: Applying International Law Criteria*, Geneva, 2007, p. 3.

⁹⁷ Hier staat “A State Party shall not authorize any transfer of conventional arms (...) if it has knowledge at the time of authorization that the arms or items would be used in the commission of (...) grave breaches of the Geneva Conventions of 1949, attacks directed against civilian objects or civilians protected as such, or other war crimes as defined by international agreements to which it is a Party”.

nalevingsgedrag (zowel in verleden als heden) van de ontvanger met betrekking tot het IHR, de vermeende intenties van de ontvanger zoals uitgedrukt in zijn eigen toezeggingen en het vermogen van de ontvanger om ervoor te zorgen dat de betreffende wapens niet worden gebruikt op een manier die in strijd is met het IHR.⁹⁸

Volgens de ICRC zou artikel 1 GC en overigens ook het Wapenhandlesverdrag in de context van wapenoverdracht dus zijn geschonden wanneer een Staat wapens overdraagt terwijl er uit zijn beoordeling naar voren komt dat er een substantieel of duidelijk risico bestaat dat deze wapens zullen worden gebruikt om het IHR te schenden, en de Staat nalaat passende maatregelen te nemen om dit te voorkomen.⁹⁹

6 Beantwoording vraag 5 – Andere internationaal rechtelijke normen

Vraag 5 heeft niet betrekking op de CCM en richt zich kort gezegd op andere internationale grondslagen om een gebruiksbepanking op te nemen. De vraag luidt:

“Zijn er andere internationaalrechtelijke voorschriften dan die welke vervat zijn in het Verdrag inzake clustermunitie die Nederland verbieden om Oekraïne direct of indirect te steunen wat betreft het gebruik van clustermunitie of haar verplichten om uitsluitend militaire of financiële middelen ter beschikking te stellen onder de voorwaarde dat die niet voor het gebruik van clustermunitie mogen worden aangewend?”

Betoogd kan worden dat Nederland op grond van artikel 1 GC verplicht is om Oekraïne ertoe te bewegen om het internationaal recht te respecteren. Als het risico op schendingen van internationaal humanitair recht redelijkerwijs kan worden voorzien, brengt dit een verplichting met zich mee onder artikel 1 GC voor de Staat tot het treffen van maatregelen om dergelijke schendingen in een conflict te voorkomen. Nu Nederland een dergelijke voorwaarde heeft verbonden aan het gebruik van de F-16's namelijk dat ze in lijn met het internationaal recht (waaronder het oorlogsrecht) moeten worden gebruikt, kan worden betoogd dat aan deze verplichting is voldaan.

Of in deze situatie er een verdergaande verplichting bestaat om ook een afzonderlijke voorwaarde te stellen die ziet op het gebruik van clustermunitie moet worden beantwoord op grond van de specifieke regels neergelegd in zowel het CCM als het Wapenhandelsverdrag.

Op grond van het Wapenhandelsverdrag moet Nederland voorafgaand aan de toestemming voor de export beoordelen of de wapens mogelijk gebruikt worden voor een schending van IHR (zoals artikel 51 lid 4 sub b AP I). Gesteld kan worden dat als er een duidelijk risico is dat Oekraïne de F-16's zal gebruiken om clustermunitie in te zetten zonder dat onderscheid wordt gemaakt tussen burgers of burgerdoelen en militaire doelen dan is de export op grond van het Wapenhandelsverdrag verboden. Als dit zo is, dan mag de export niet uitgevoerd worden. Artikel 7 lid 2 Wapenhandelsverdrag biedt wel de ruimte om als er een gebruiksvoorwaarde is gesteld dat de geleverde F-16's niet gebruikt mogen worden voor clustermunitie, de F-16's dan wel te exporteren.

⁹⁸ ICRC, *Arms Transfer Decisions: Applying International Law Criteria*, Geneva, 2007, p. 9.

⁹⁹ K. Dörmann and J. Serralvo, 'Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations', *International Review of the Red Cross* 2014, 96 (895/896), p. 734.