



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Establishing state responsibility in the absence of effective government
Varga, A.

Citation

Varga, A. (2020, June 16). *Establishing state responsibility in the absence of effective government*. Meijers-reeks. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/121972>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/121972>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/121972> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Varga, A.

Title: Establishing state responsibility in the absence of effective government

Issue Date: 2020-06-16

Samenvatting (Summary in Dutch)

Vestigen van staatsaansprakelijkheid in afwezigheid van een effectieve overheid

Het proefschrift onderzoekt hoe regels over het vestigen van staatsaansprakelijkheid toegepast worden in situaties waarin de overheid effectieve controle over (een deel van) het grondgebied van de staat verliest. Hoewel de relevante regels worden gekenmerkt door een publiek/privaat onderscheid, met een focus op de overheid, worden situaties waarin controle is verloren gekenmerkt door een toenemende rol van private actoren. Vanwege deze discrepantie stelt het proefschrift de volgende vragen: (1) Gegeven de bestaande regels van internationaal recht, onder welke omstandigheden kunnen staten aansprakelijk worden gesteld in relatie tot gedragingen van private actoren in dergelijke situaties? (2) Wanneer staten betrokken zijn bij gedragingen van private actoren, hoe kunnen bestaande *accountability gaps* worden verkleind of weggenomen? In de beantwoording van deze vragen richt het proefschrift zich op drie bases van verantwoordelijkheid, overeenkomstig de mate waarin de staat betrokken is bij de gedragingen van de private actor: schending van verplichtingen om private gedragingen te voorkomen of te herstellen, medeplichtigheid, en toerekening.

Als aanzet voor het onderzoek geeft hoofdstuk 2 een uiteenzetting van de basiskennmerken van het internationale recht omtrent staatsaansprakelijkheid – inclusief de *Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA)* van de *International Law Commission (ILC)* – gevolgd door een algemeen overzicht van inzichten over dit onderwerp vanuit de literatuur over *'failed states'* in het internationaal recht.

Hoofdstuk 3 richt zich vervolgens op schendingen van verplichtingen door staten die zijn getroffen door verlies van controle, om gedragingen van private actoren te voorkomen of te herstellen. Het proefschrift toont aan dat dergelijke verplichtingen wijdverbreid zijn in het internationaal recht – en mogelijk zelfs voortvloeien uit de soevereiniteit van de staat – en dat daarbij een gedeelde standaard ten aanzien van gepaste zorgvuldigheid gehanteerd wordt. De standaard voor gepaste zorgvuldigheid wordt geschonden wanneer de staat (1) wist of had moeten weten van een *catalyst event* uitgevoerd door een private actor, (2) de middelen had om dit tegen te gaan, maar (3) deze middelen niet heeft ingezet. Hoewel het verlies van controle over (een deel van) het grondgebied van de staat de beschikbaarheid van deze middelen beïnvloedt is de staat nog steeds verplicht om de overgebleven middelen waarmee het dergelijke *catalyst events* tegen kan gaan in te zetten. Dit is expliciet bevestigd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in een aantal zaken. Het sluit ook aan bij de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof (IGH) in *Armed Activities*

(DRC *v.* Oeganda), hoewel de formulering van het Hof helaas ruimte laat voor verschillende interpretaties.

In veel gevallen is de praktische relevantie van dergelijke verplichtingen waarschijnlijk beperkt, omdat de staat niet veel kan doen om *catalyst events* op grondgebied waar het geen controle heeft te voorkomen of te herstellen. Dat gezegd hebbende, het voorbeeld van Colombia geeft aan dat verschillende overwegingen van toepassing zijn op vrijwillige, in tegenstelling tot gedwongen, terugtrekkingen, waar waarschijnlijk doeltreffende alternatieve waarborgen voor moeten worden ingesteld. Een ander obstakel voor succesvolle claims is dat de bewijslast bij de eisende partij blijft, die zich wellicht niet in een positie bevindt om te kunnen weten welke middelen beschikbaar waren voor de staat. Deze moeilijkheid zou kunnen worden verminderd door een gedeeltelijke verschuiving van de bewijslast, en het creëren van een vermoeden van verantwoordelijkheid wanneer de eisende partij kan bewijzen dat de gedaagde staat kennis had van het *catalyst event* en geen bewijs levert dat het hiertegen enige maatregelen heeft getroffen. Maar hoewel er historische antecedenten zijn voor deze benadering is deze in hedendaagse gevallen niet gevolgd.

Hoofdstukken 4 en 5 analyseren de vraag van toerekening van het handelen van private actoren aan de staat (de betrokken staat of een derde staat). Deze analyse is gestructureerd op basis van de verschillende grondslagen waarop toerekening plaatsvindt: feitelijk, functioneel, juridisch, continuïteit of keuze. De analyse van de feitelijke grondslag voor toerekening leidt tot de voor de praktijk meest relevante conclusie van deze studie: hoewel de twee hoven er niet altijd expliciet voor uitkomen, hanteren zowel het Europese als het Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens in feite aanzienlijk lagere standaarden voor toerekening dan de criteria van 'effectieve controle' en 'volledige afhankelijkheid' die worden gebruikt door het IGH. Hierdoor wordt een breder scala aan gedragingen gelinkt aan de staat.

Het identificeren van de inhoud van de toetsen die deze hoven toepassen voor toerekening wordt bemoeilijkt door het feit dat hun argumentatie niet altijd helder is en zij niet altijd adequaat onderscheid maken tussen toerekening en andere aanverwante concepten, zoals beschermingsplichten en extraterritoriale jurisdictie. Toch is het mogelijk de belangrijkste eigenschappen van hun respectievelijke toetsen als volgt samen te vatten: het Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens (IAHRM) bepaalt toerekening op basis van steun en/of collaboratie wat betreft het handelen en baseert zich dus op een grondslag die meer lijkt op medeplichtigheid dan (een strikte opvatting van) *agency*. Het Hof hanteert geen duidelijk minimumvereiste voor toerekening; het lijkt erop dat de vereiste bijdrage van de staat verder dient te gaan dan een omissie, maar dat deze ook weer geen *conditio sine qua non* hoeft te zijn. Daarnaast laat het IAHRM de mogelijkheid open dat collaboratie door statelijke actoren kan worden beschouwd als een schending van de *duty to respect*, in plaats van een basis voor attributie.

Het EHRM, daarentegen, stelt de vraag of de private actor 'overleeft dankzij' de steun van een derde staat. In essentie betreft dit een *sine qua non* toets – de private actor kan niet zonder de steun van de staat – en de relatie tussen steun en controle is niet geheel duidelijk in de jurisprudentie van het EHRM. Aangezien alle zaken voor het EHRM tot nu toe gingen over afscheidingsbewegingen opgericht met steun van een derde staat, is het bovendien nog niet duidelijk of de rol van de staat in het creëren van de private groep danwel de uitoefening van overheidsfuncties door die laatste, invloed hebben op de analyse van het Hof. Net als bij het IAHRM, ligt de door het EHRM gehanteerde standaard voor toerekening dichterbij medeplichtigheid. Maar aangezien medeplichtigheid opereert op het niveau van het handelen, in plaats van de actor zelf, valt de opvatting van het Hof buiten het kader van de ARSIWA. In tegenstelling tot de op steun gebaseerde benadering van de mensenrechtenhoven, vereist de door het IGH gehanteerde test een zodanig sterke controle over ofwel het handelen van de groep, ofwel de groep zelf, dat elke autonomie van de private actor feitelijk is uitgesloten, waardoor wordt gewaarborgd dat de private actor – over het algemeen of juist in een concreet geval – ook inderdaad de wil van de staat uitvoert.

De verschillen tussen deze testen verraden verschillende opvattingen over wat het betekent om te handelen namens de staat, welke worden gedreven door verschillende onderliggende overwegingen: het beschermen van de soevereiniteit van staten en de wens om de verantwoordelijkheid van staten niet te ver op te rekken (IGH) of het beschermen van mensenrechten (IAHRM, EHRM). Maar waar het IAHRM zich op het standpunt stelt dat het Amerikaans Verdrag voor de Rechten van de Mens een bron van *lex specialis* is met betrekking tot toerekening, is het EHRM veel meer ambivalent en lijkt het te ontkennen een eigen toets voor toerekening te hanteren. Hoewel de relevante verdragen geen expliciete *lex specialis* bepalingen bevatten, biedt een breder begrip van *lex specialis*, gebaseerd op het mensenrechtenkarakter van deze verdragen, een sterkere rechtvaardiging voor de benadering van deze hoven. Hoe dan ook lijkt het erop dat deze toetsen een essentieel onderdeel zullen blijven van de jurisprudentie van het IAHRM en het EHRM, maar dat zij de context van deze respectievelijke regimes niet zullen ontstijgen. Dat gezegd hebbende, aangezien er nog altijd nieuwe, vergelijkbare zaken bij zowel het IAHRM als het EHRM aanhangig worden gemaakt zou toekomstige jurisprudentie de parameters van deze toetsen verder kunnen (en moeten) verduidelijken.

Wat betreft de functionele grondslag voor toerekening, concentreert de analyse zich op artikel 9 ARSIWA, dat gaat over de toerekening aan de staat van het handelen van private actoren die publieke functies uitoefenen 'in afwezigheid van de officiële autoriteiten en onder omstandigheden die vragen om de uitoefening van die onderdelen van gezag'. Hoewel het ernaar uitziet dat deze regel geen codificatie is geweest van een reeds bestaande regel, maar juist het resultaat van de verdere ontwikkeling van het internationaal recht, werd deze naar het schijnt niet als controversieel

gezien door staten. Toch rijzen er, gezien de zeldzaamheid van statenpraktijk op dit punt, vragen met betrekking tot het derde vereiste onder dit artikel: de 'omstandigheden die vragen om de uitoefening van die onderdelen van gezag'. De toegevoegde waarde van dit derde vereiste is niet geheel duidelijk, maar het lijkt te zijn bedoeld om gevallen te selecteren waarin het gebrek aan effectief overheidsgezag de oorzaak is van het feit dat private actoren staatstaken uitvoeren, in plaats van het resultaat daarvan.

In tegenstelling tot wat wel is gesuggereerd in de literatuur, blijft artikel 9 ARSIWA van toepassing wanneer de centrale overheid geheel ophoudt te bestaan. Bovendien kan de strekking van deze regel worden uitgebreid naar lokale *de facto* (rebellent)regeringen, die buiten het blikveld van de ILC vielen. Dit kan worden bereikt door onderscheid te maken tussen 'persoonlijke' en 'onpersoonlijke' handelingen, waarbij de tweede categorie ziet op het enkel vervullen van staatstaken, waarbij niet het doel van de opstand wordt bevorderd. Afhankelijk van de interpretatie die wordt gegeven aan dit derde vereiste van de ILC, zou dit het mogelijk maken dergelijke 'onpersoonlijke' handelingen toe te rekenen aan de staat in ten minste de gevallen waarin de *de facto* regering is getreden in een reeds bestaand machtsvacuüm. Hoewel een dergelijke uitbreiding van artikel 9 ARSIWA naar lokale *de facto* overheden het aantal situaties waarin deze regel van toepassing zou kunnen zijn doet toenemen, wordt dit tegelijkertijd beperkt door de grondslag van functionaliteit. Dit aangezien wandaden door private actoren meestal niet worden gepleegd in de uitoefening van reguliere staatstaken.

De juridische grondslag laat eveneens zien dat het recht van staatsaansprakelijkheid verder reikt dan dat wordt gesuggereerd in de literatuur: het ineensstorten van de centrale overheid maakt niet dat het juridische systeem van de staat ongeldig wordt en, als gevolg hiervan, heeft het geen invloed op toerekening van gedragingen van resterende staatsorganen op een lager niveau. Wat betreft het incorporeren van structuren die zijn opgezet door andere entiteiten en het doorbetalen van ambtenaren van de officiële overheid die werkzaam zijn in gebieden buiten haar controle, is het doorslaggevende element de hoedanigheid waarin de persoon optreedt.

Hoofdstuk 5 eindigt met een analyse van de grondslagen continuïteit en keuze. Hoewel artikel 10 ARSIWA het in theorie mogelijk maakt gedragingen van succesvolle revolutionaire bewegingen toe te rekenen aan de staat, zijn de beperkingen van de regel zodanig dat zij in de praktijk irrelevant zijn voor de hier bestudeerde situaties. In artikel 11 ARSIWA is het doorslaggevende element het op 'duidelijke en ondubbelzinnige' wijze overnemen van particulier gedrag, dat ook met terugwerkende kracht zou kunnen worden toegepast, maar de belangrijkste beperking van de regel is inherent aan het discretionaire karakter ervan.

Ten slotte, in hoofdstuk 6, stelt het proefschrift voor dat in het internationaal recht een regel zou moeten worden ontwikkeld die medeplichtigheid van de staat aan de gedragingen van particuliere actoren verbiedt. In het bijzonder zou een dergelijke regel van medeplichtigheid van een staat/

niet-statelijke actor kunnen worden gelezen in de artikelen over algemene verplichtingen in verdragen over mensenrechten en internationaal humanitair recht. Het hoofdstuk gaat kort in op (1) hoe een dergelijke regel kan worden afgebakend van schendingen van beschermingsverplichtingen en van het toerekenen van privé-handelingen aan de staat; en (2) of, in de afwezigheid van een dergelijke regel, medeplichtigheid als basis kan dienen voor toerekening. Wat de afbakening van verwante categorieën betreft, kan medeplichtigheid worden onderscheiden van inbreuken op de beschermingsverplichtingen (die worden geschonden door een omissie) wanneer dit gebeurt door actief handelen, en door opzet, wanneer dit gebeurt door een omissie; en medeplichtigheid kan worden onderscheiden van toerekening door de aard van de relatie tussen de particuliere actor en de staat: bijstand of *agency*. Toch blijft het zo dat de problemen bij het vaststellen van een norm over medeplichtigheid van de staat aan gedragingen van particuliere actoren resulteren in een *accountability gap*. Om die kloof te verkleinen wordt in het proefschrift voorgesteld dat – tenzij en totdat er een regel van medeplichtigheid van de staat/niet-statelijke actor tot stand komt – medeplichtigheid zou moeten dienen als basis voor toerekening wanneer de rol van de staat een *conditio sine qua non* is. Een *sine qua non* betrokkenheid gaat verder dan wat nodig is om medeplichtigheid in de interstatelijke context vast te stellen en zal waarschijnlijk de grens van hulp en bijstand naar gedeeld ouderschap overschrijden. In dergelijke gevallen wordt, zoals het commentaar van de ILC op artikel 16 ARSIWA reeds opmerkt, de daaruit volgende schade tegelijkertijd aan beide verantwoordelijke staten toegeschreven. Door deze redenering naar analogie toe te passen wordt de basis gelegd voor de voorgestelde op medeplichtigheid gebaseerde toerekeningsregel.

De voornaamste conclusie van het proefschrift is dat ondanks de (vaak inherente) beperkingen van het internationale recht van de staatsaansprakelijkheid, het mogelijk is om staten op vele manieren aansprakelijk te stellen voor hun betrokkenheid bij handelingen van private actoren, zelfs in situaties die worden gekenmerkt door het ontbreken van een effectieve overheid. Wat de bestaande regels betreft: de verplichtingen om te beschermen blijven van toepassing, ook al zijn de middelen van de staat beperkt; de artikelen 4, 5 en 9 van de ARSIWA kunnen worden toegepast, zelfs wanneer de centrale overheid volledig ineensloot; incorporeren van structuren en doorbetaling van ambtenaren maken toerekening mogelijk als de persoon in een officiële hoedanigheid handelt; en het gedrag kan met terugwerkende kracht worden erkend en aangenomen wanneer er een nieuwe regering is geïnstalleerd. Bovendien hebben het IAHRM en het EHRM, onder de feitelijke grondslag van toerekening, staten verantwoordelijk gehouden voor een breder scala aan gedragingen dan wat binnen de toets van het IGH zou vallen. Deze afwijking van het IGH is echter niet onbetwist. Zowel reacties in de literatuur, als – wat nog belangrijker is – de reacties van staten, maken dat de status van de toerekeningstoetsen van de mensenrechtshoven enigszins onzeker is. Om de bestaande regels te versterken en aan te vullen

en de *accountability gap* te helpen dichten, stelt het proefschrift voor om de bewijslast gedeeltelijk te verschuiven in zaken die betrekking hebben op beschermingsplichten; dat een regel zou moeten worden ontwikkeld die medeplichtigheid van de staat aan de gedragingen van particuliere actoren verbiedt; en dat totdat een dergelijke regel ontwikkeld is, de medeplichtigheid van de staat aan het gedrag van niet-statelijke actoren een basis zou moeten vormen voor toerekening wanneer de bijdrage van de staat een *conditio sine qua non* is. Verder zou een regel van medeplichtigheid van een staat/niet-statelijke actor kunnen worden gelezen in de artikelen over algemene verplichtingen in verdragen over mensenrechten en internationaal humanitair recht; en/of het IAHRM en het EHRM kunnen wellicht een beroep op *lex specialis* doen op basis van het mensenrechtenkarakter van deze verdragen.