



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden? : Opschorting en beperking van mensenrechtenbescherming

Loof, J.P.

Citation

Loof, J. P. (2005, November 10). *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden? : Opschorting en beperking van mensenrechtenbescherming*. Wolf Legal Publishers, Nijmegen. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4467>

Version: Corrected 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/1887/4467>

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

3 | Opschorting van verdragsverplichtingen in het algemene volkenrecht

3.1 AFWIJKEN VAN VOLKENRECHTELIJKE VERPLICHTINGEN IN HET ALGEMEEN: INLEIDING

In § 2.1.1. gaf ik reeds aan dat bijna alle rechtsterreinen en bijna alle rechtssystemen voorzien in een bijzondere regeling op grond waarvan in buitengewone omstandigheden of in een noodsituatie van de normale regels kan worden afgeweken. Het volkenrecht vormt hierop geen uitzondering. Zowel in het algemene volkenrecht en verdragenrecht als in de mensenrechtenverdragen zijn hierover normen opgenomen.

Tot 1969 bestond het verdragenrecht overwegend uit regels van internationaal gewoonterecht. Deze regels werden voor een groot deel gecodificeerd en geherformuleerd in het *Weens Verdrag inzake het Verdragenrecht* van 23 mei 1969,¹ dat op 27 januari 1980 in werking trad.² Naast gecodificeerd recht bevat het WVV ook veel nieuw recht dat de ontwikkelingsrichting van het volkenrecht aangeeft, terwijl een aantal bepalingen het resultaat zijn van een samenvoegen en verzoenen van zeer uiteenlopende opvattingen en praktijken.³

Het WVV is niet bedoeld als een volledige en uitputtende regeling van het verdragenrecht. In de preambule wordt nadrukkelijk aangegeven dat regels van internationaal gewoonterecht in het verdragenrecht van belang blijven op die punten die niet door het verdrag worden geregeld. Ook als het gaat om vragen over de mogelijkheden voor staten om (tijdelijk) af te wijken van volkenrechtelijke verplichtingen – doorgaans verdragsverplichtingen – spelen zowel het gecodificeerde verdragenrecht als de oude gewoonterechtelijke regels een rol. Het gecodificeerde verdragenrecht geeft regels met betrekking tot de beëindiging en opschorting van verdragen. Aan het internationale gewoonterecht zijn beginselen te ontleen die maken dat een staat in sommige gevallen niet aansprakelijk gesteld kan worden voor schending van een verdragsrechtelijke verplichting.

In de hierna volgende paragrafen wordt allereerst – kort – ingegaan op deze algemene regels van verdragenrecht en internationaal gewoonterecht alvorens in hoofdstuk 4 de specifieke regelingen in de internationale mensen-

1 *Trb.* 1972, nr. 51 (Engelse tekst); *Trb.* 1977, nr. 16 (Nederlandse vertaling). Hierna aangehaald als: WVV.

2 Nadat het door 35 staten was geratificeerd (zie art. 84 WVV).

3 *Starke/Shearer* 1994, p. 436.

rechtenverdragen aan een – uitgebreider – onderzoek worden onderworpen. Interessante vraag die hierbij te stellen valt, is hoe de algemene en specifieke regelingen zich tot elkaar verhouden.

3.2 HOOFDREGEL: VERDRAGSTROUW

In het algemeen geldt ten aanzien van zowel privaats- als publiekrechtelijke overeenkomsten de regel *pacta sunt servanda*. Ook in het volkenrecht is dit een algemeen geldend beginsel: internationale overeenkomsten, volkenrechtelijke verdragen, gelden tussen partijen als bindend.⁴ Indien een verdrag in werking is getreden, bindt het alle staten die daarbij partij zijn en moet het verdrag door hen te goeder trouw worden uitgevoerd en nageleefd. Deze beginselen van ‘*pacta servanda*’ en van ‘goede trouw’ mogen wel worden beschouwd als ‘een fundament van elke rechtsorde’.⁵ In 1871 ondertekenden Groot-Brittannië, Frankrijk, Italië, Pruisen, Rusland, Oostenrijk en Turkije op een conferentie in Londen een declaratie die stelde:

‘That the Powers recognise it an essential principle of the Law of Nations that no Power can liberate itself from the engagements of a treaty nor modify the stipulations thereof, unless with the consent of the contracting parties by means of an amicable understanding.’⁶

4 Een volkenrechtelijk verdrag kan worden omschreven als de wilsovereenstemming van twee of meer staten met als doel enig rechtsgevolg onder het internationale recht tot stand te brengen. Zie o.m. Guggenheim & Marek 1962, p. 528; Kelsen & Tucker 1967, p. 454-455; Rousseau 1970, p. 62-63; Schwarzenberger & Brown 1976, p. 24-25; Bernhardt 2000, p. 926-927; Reuter 1995, p. 22-27; Brownlie 1990, p. 616.

Het WVV van 1969 definieert in artikel 2 een verdrag als ‘an international agreement concluded between States in written form, and governed by international law’. Dit verdrag geeft derhalve alleen regels voor verdragen tussen staten. Verdragen tussen staten en internationale organisaties of tussen internationale organisaties onderling zijn echter ook mogelijk. Het op 21 maart 1986 gesloten Tweede Weens Verdrag inzake het Verdragenrecht heeft betrekking op deze categorie verdragen. Zie hierover o.m. Jennings 1991, p. 135-136 en Starke/Shearer 1994, p. 436-439.

5 Roethof 1962, p. 74. Vgl. ook Lachs 1977, p. 47-55.

6 Zie Starke/Shearer 1994, p. 438. Sibert 1956, p. 219, formuleert de algemene aanvaarding van deze beginselen als volgt: ‘The great rule of respect of freely concluded agreements is engraved in human conscience and is at the very basis of international conventions; whatever has been negotiated in a spirit of common understanding and without compulsion cannot be modified otherwise than by mutual agreement of the contracting parties. Old as the world, the rule *pacta sunt servanda* enjoys even today the support of all those who are not dominated by personal interest and whose political and juridical philosophy, projected into the field of international relations, is not reduced to a pure and simple show of force.’

Ook het wvv van 1969 is gebaseerd op de algemene aanvaarding van deze twee beginselen.⁷ De gebondenheid van partijstaten aan een in werking getreden verdrag en de verplichting tot tenuitvoerlegging te goeder trouw wordt in artikel 26 nog eens expliciet vastgelegd.

In de preambule van het VN-Handvest verklaren de VN-volken vastbesloten te zijn om omstandigheden te scheppen waaronder eerbied voor de uit verdragen en andere bronnen van internationaal recht voortvloeiende verplichtingen kan worden gehandhaafd. Zoals Röling echter opmerkt, kan eerbied voor verdragen slechts onder bepaalde omstandigheden aanwezig zijn. Verdragen zullen respect verliezen als zij blijven verplichten om te doen, te laten of te dulden wat ondraaglijk is geworden, als hun handhaving onverenigbaar is met de gerechtigheid.⁸ Het idee dat uitsluitend door een onderlinge overeenkomst tussen de verdragspartijen een einde kan worden gemaakt aan eenmaal aanvaarde verdragsverplichtingen is in absolute zin niet aanvaardbaar. Dit zou immers betekenen dat een van de partijen het in de hand zou hebben om verplichtingen eeuwig te laten voortbestaan.⁹ Een goed ontwikkeld juridisch systeem zal dan ook een mogelijkheid moeten kennen voor een (of meer) van de verdragspartijen om onder omstandigheden af te wijken van het overeengekomene.¹⁰

3.3 BEËINDIGING OF OPSCHORTING VAN VERDRAGSVERPLICHTINGEN IN HET GECODIFICEERDE VERDRAGENRECHT

Het hedendaagse in het wvv gecodificeerde verdragenrecht geeft een aantal mogelijkheden tot beëindiging of opschorting van verdragsverplichtingen. Het wvv beoogt daarmee een regeling te bieden die van toepassing is op alle soorten van tussen staten gesloten verdragen, ongeacht de specifieke inhoud van die verdragen. Desalniettemin vloeit uit de formulering van sommige bepalingen voort dat zij zich niet of nauwelijks lenen voor toepassing op mensenrechtenverdragen, dit is onder meer het geval bij enkele van de bepalingen die relevant zijn in verband met beëindiging of opschorting van verdragsverplichtingen.¹¹

De beëindiging van een verdrag is doorgaans het resultaat van de toepassing van de bepalingen van het verdrag zelf. De meeste verdragen worden gesloten voor een bepaalde vastgestelde termijn, of eindigen door het plaatshebben van een bepaald feit. Ook komt het voor dat staten tot een verdrag toetreden voor opeenvolgende termijnen van jaren met een mogelijkheid om

7 Zie de derde alinea van de preambule van het verdrag.

8 Röling 1972, p. 581-582.

9 François 1949, p. 692.

10 Vgl. Jennings 1991, p. 160.

11 Craven 2000, p. 494.

het verdrag op te zeggen aan het eind van elke termijn.¹² Het wvv legt in artikel 54 en 57 de basisregel neer dat een verdrag mag worden beëindigd of opgeschort overeenkomstig de bepalingen van het verdrag zelf of door overeenstemming tussen alle partijen.¹³

Overeenstemming tussen de verdragspartijen is ook de grondslag van artikel 58 en 59. Artikel 58 maakt het mogelijk dat twee of meer partijen bij een multilateraal verdrag, tijdelijk en uitsluitend tussen hen, de werking van bepalingen van het verdrag onder bepaalde voorwaarden kunnen opschorten. De voorwaarden die artikel 58 daarbij stelt zijn: (a) de mogelijkheid tot zodanige opschorting moet in het verdrag zijn voorzien of althans niet door het verdrag worden verboden, (b) de overige verdragspartijen mogen niet worden aangetast in het genot van de hen op grond van het verdrag toekomende rechten of in het nakomen van hun verplichtingen en (c) de opschorting mag niet onverenigbaar zijn met het voorwerp en doel van het verdrag.¹⁴ Ten

12 Sinclair 1984, p. 181. De *International Law Commission* besprak in haar commentaar bij het huidige artikel 54 van het WVV de aard van de voorkomende verdragsbepalingen inzake beëindiging: 'Many treaties provide that they are to remain in force for a specified period of years or until a particular date or event; others provide for the termination of the treaty through the operation of a resolutive condition. Specific periods fixed by individual treaties may be of very different lengths, periods between one and twelve years being usual, but longer periods up to twenty, fifty and even ninety-nine years being sometimes found. More common in modern practice are treaties which fix a comparatively short initial period for their duration, such as five or ten years, but at the same time provide for their continuance in force after the expiry of the period subject to a right of denunciation or withdrawal. These provisions normally take the form either of an indefinite continuance in force of the treaty subject to a right of denunciation on six or twelve months' notice, or of a renewal of the treaty for successive periods of years subject to a right of denunciation or withdrawal on giving notice to that effect six months before the expiry of each period. Some treaties fix no period for their duration and simply provide for a right to denounce or withdraw from the treaty, either with or without a period of notice. Occasionally, a treaty which fixes a single specific period, such as five years or ten years, for its duration, allows a right of denunciation or withdrawal even during the currency of the period.' *Yearbook ILC* 1966, Vol. II, p. 249.

13 Artikel 54 WVV luidt:

The termination of a treaty or the withdrawal of a party may take place:

(a) in conformity with the provisions of the treaty; or

(b) at any time by consent of all the parties after consultation with the other contracting States.

Artikel 57 luidt:

The operation of a treaty in regard to all the parties or to a particular party may be suspended:

(a) in conformity with the provisions of the treaty; or

(b) at any time by consent of all the parties after consultation with the other contracting States.

14 Artikel 58 WVV luidt:

1. Two or more parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to suspend the operation of provisions of the treaty, temporarily and as between themselves alone, if:

(a) the possibility of such a suspension is provided for by the treaty; or

(b) the suspension in question is not prohibited by the treaty and:

aanzien van deze laatste voorwaarde wordt in de literatuur vrij algemeen betoogd dat het voorwerp en doel van de mensenrechtenverdragen, de verplichting tot bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden van *een ieder* die ressorteert onder de rechtsmacht van de verdragspartijen,¹⁵ uitsluit dat enkele van de verdragspartijen (een gedeelte) van de uit die verdragen voortvloeiende verplichtingen onderling opschorten.¹⁶ Een dergelijke redenering is echter niet eens nodig om reeds in te zien dat artikel 58 weinig praktische relevantie heeft voor de onderlinge opschorting van mensenrechtelijke verdragsverplichtingen tussen enkele staten die partij zijn bij een multilateraal mensenrechtenverdrag. De geringe praktische relevantie vloeit namelijk reeds voort uit de voorwaarde geformuleerd onder (b), zoals Craven opmerkt:

[it] would [not] make much sense for two states to agree that they may suspend or modify a human rights treaty (apart from any other form of treaty) in their relations inter se, as the general standards of treatment would still pertain with respect to all other states. Mutual modification or suspension, in other words, would essentially be ineffective unless, and to the extent that, all other states parties were in agreement.¹⁷

Artikel 59 regelt de beëindiging van een verdrag of opschorting van de werking van een verdrag ten gevolge van een later tussen alle verdragspartijen gesloten verdrag betreffende hetzelfde onderwerp.¹⁸

Artikel 56 WVV betreft opzegging of terugtrekking uit een verdrag dat geen bepalingen terzake bevat. Een strak vasthouden aan de *pacta-servandaregel* zou in deze situatie betekenen dat een staat dit verdrag niet zou kunnen opzeggen of opschorten. Zowel de doctrine als de statenpraktijk geeft echter

(i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations;

(ii) is not incompatible with the object and purpose of the treaty.

2. Unless in a case falling under paragraph 1(a) the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of those provisions of the treaty the operation of which they intend to suspend.

15 Zie o.m. artikel 1 EVRM, artikel 2 lid 1 IVBPR.

16 O.m. Ouguergouz 1994, p. 302: 'C'est là le type même de traité multilatéral qui, en raison de son objet et de son but, ne peut pas être suspendu par accord entre certaines parties seulement; les Etats parties à l'accord spécial ne peuvent pas disposer souverainement de droits qui, conformément à l'accord principal, appartiennent à *toute personne*, donc à l'individu en propre et non pas sur la base d'un lien national particulier.'

17 Craven 2000, p. 494.

18 Zie o.m. Sinclair 1984, p. 184-185 en Jennings 1991, p. 156-157. Aangezien in deze situatie sprake is van het sluiten van een later verdrag dat gedeeltelijk betrekking heeft op hetzelfde onderwerp als een eerder verdrag wordt deze situatie ook bestreken door art. 30 WVV, in het bijzonder het vierde lid hiervan. Vgl. op dit punt Mus 1998, p. 223. Interessant hierbij is de opinie van ILC-rapporteur Fitzmaurice bij een voorloper van deze bepaling (ontwerp-artikel 19). Het achtte een later verdrag ongeldig en nietig indien het zou conflicteren met een multilateraal verdrag dat zogenaamde 'absolute verplichtingen' zou inhouden. Zie hierover nader § 3.5.1 *infra*.

te zien dat bepaalde, strikt gelimiteerde, uitzonderingen op deze regel zijn geaccepteerd.¹⁹ Deze uitzonderingen zijn in artikel 56 lid 1 wvV neergelegd: als vaststaat dat de verdragspartijen de bedoeling hadden de mogelijkheid van opzegging of terugtrekking toe te laten of de mogelijkheid daartoe kan worden afgeleid uit de aard van het verdrag, dan is opzegging of terugtrekking toegestaan.²⁰

Naast deze mogelijkheden tot verdragsbeëindiging of -opschorting op grond van bepalingen opgenomen in het betreffende verdrag zelf of door – expliciete (artikel 54, 57, 58 en 59) dan wel impliciete (artikel 56) – overeenstemming tussen de verdragspartijen, geeft het wvV nog drie gronden voor beëindiging of opschorting die meer voortvloeien uit algemene volkenrechtelijke regels: *a.* wanprestatie (artikel 60), *b.* overmacht (artikel 61) en *c.* wezenlijke verandering van omstandigheden (artikel 62).

Ad a. Wanprestatie

Wanprestatie door de tegenpartij kan een grond opleveren voor beëindiging of opschorting van een verdrag. Het moet dan wel gaan om een substantiële wanprestatie. Artikel 60 spreekt van een 'material breach', die volgens het derde lid van dit artikel bestaat uit een verwerping van het betreffende verdrag die niet door het wvV is toegestaan of de schending van verdragsbepalingen waarvan de naleving essentieel is voor het verwezenlijken van de doelstelling van het verdrag.

Beëindiging of opschorting van een verdrag wegens wanprestatie zal zich voornamelijk voordoen bij bilaterale verdragen, hoewel het ook bij multilaterale verdragen mogelijk is (zie artikel 60, tweede lid, wvV).²¹ Is het multilaterale verdrag een verdrag waarbij een internationale organisatie wordt opgericht, dan zal de verdragsbeëindiging veelal de vorm van uitstoting uit de organisatie aannemen.²² Het vijfde lid van artikel 60 bepaalt dat wanprestatie niet mag worden ingeroepen als grond voor beëindiging of opschorting van een verdrag

¹⁹ Sinclair 1984, p. 186-187.

²⁰ Beëindiging en opzegging van de mensenrechtenverdragen en de vraag of deze verdragen specifieke bepalingen op dit terrein bevatten komen nog nader aan de orde in § 4.8 *infra*.

²¹ Artikel 60 lid 2 wvV luidt:

A material breach of a multilateral treaty by one of the parties entitles:

a) the other parties by unanimous agreement to suspend the operation of the treaty in whole or in part or to terminate it either: (i) in the relations between themselves and the defaulting State, or (ii) as between all the parties;

b) a party specially affected by the breach to invoke it as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part in the relations between itself and the defaulting State;

c) any party other than the defaulting State to invoke the breach as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part with respect to itself if the treaty is of such a character that a material breach of its provisions by one party radically changes the position of every party with respect to the further performance of its obligations under the treaty.

²² Vgl. artikel 6 VN-Handvest, artikel 8 Statuut Raad van Europa.

van humanitaire aard wanneer het gaat om bepalingen die de menselijke persoon beogen te beschermen. Hiermee is beoogd te voorkomen dat de benadeelde partij overgaat tot represailles tegen de onderdanen van de in overtreding zijnde staat. Dit vijfde lid vormt een gedeeltelijke erkenning van het door Fitzmaurice bepleite beginsel dat verdragsbeëindiging of -opschorting op grond van wanprestatie niet is toegestaan in geval van een verdrag dat absolute of onvoorwaardelijke verplichtingen en niet-wederkerige verplichtingen schept.²³

Hoewel de terminologie van artikel 60, vijfde lid, wvV ('verdrag van humanitaire aard' en 'bepalingen ter bescherming van de menselijke persoon')²⁴ niet direct duidelijk maakt of dit artikellid ook beoogt uit te sluiten dat verplichtingen voortvloeiend uit mensenrechtenverdragen worden opgeschort op grond van wanprestatie (verdragsschending) door een andere verdragspartij, meen ik dat aan deze conclusie niet valt te ontkomen. Deze situatie verschilt namelijk voor de burgers die aan het betreffende verdrag rechten kunnen ontleen in geen enkel opzicht van de situatie waarin twee of meer partijstaten bij een multilateraal verdrag onderling overeenkomen om, los van de andere verdragspartijen, ten opzichte van elkaar (een aantal van) de verplichtingen voortvloeiend uit het verdrag op te schorten. Met betrekking hiertoe bepaalt artikel 58 wvV onder meer dat een dergelijke opschorting niet is toegestaan indien deze onverenigbaar is met 'voorwerp' en 'doel' van het betreffende verdrag.²⁵ Hierboven gaf ik reeds aan dat in de literatuur algemeen aanvaard is dat het voorwerp en doel van de mensenrechtenverdragen niet te verenigen zijn met een dergelijke opschorting. Mijns inziens dient analoog daaraan evenzeer te worden aanvaard dat verplichtingen op grond van de mensenrechtenverdragen niet door een verdragspartij mogen worden opgeschort vanwege het feit dat een andere verdragspartij in gebreke blijft om die verdragsverplichtingen na te komen.²⁶ Meron wijst er in dit verband op dat de bewoordingen van het vijfde lid van artikel 60 wvV tijdens de Conferentie van Wenen in een amendement werden voorgesteld door de Zwitserse delegatie. De letterlijke tekst, 'verdrag van humanitaire aard', werd daarbij ongetwijfeld ingegeven door de gedachte aan de Geneefse Conventies, maar de bredere bedoeling van de delegatie was 'to put a curb on the harmful effects which the provisions of Article 57 [thans: Article 60 – JPL] could have on individuals [and to create] a saving clause to protect human beings'.²⁷ Hij leidt hieruit af dat het vijfde lid van artikel 60 wvV een beginsel van

23 Fitzmaurice 1957, p. 125-126. Zie verder hierover § 3.5.1. *infra*.

24 Zie voor twee uiteenlopende visies op de betekenis en interpretatie van deze termen: Schwelb 1974-1975, p. 22-24 en Suy 1983, p. 940-942.

25 Zie *supra* noot 14.

26 Vgl. Ouguergouz 1994, p. 303.

27 Meron 1989, p. 241, onder verwijzing naar United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records, 2nd Session, 21st plenary meeting, 13 may 1969, VN Doc. A/CONF.39/11/Add.1 (1970), p. 112.

volkenrechtelijk gewoonterecht bevat dat zowel van toepassing is op humanitairrechtelijke als op mensenrechtelijke verdragen.²⁸

Een verder aanknopingspunt voor het standpunt dat verdragsverplichtingen onder de mensenrechtenverdragen niet mogen worden opgeschort in reactie op wanprestatie ten aanzien van die verplichtingen door een andere verdragspartij is te vinden in artikel 60, tweede lid sub b, wv. Deze bepaling beperkt namelijk het recht van een verdragsstaat om in reactie op een verdragsschending door een andere partij de eigen verdragsverplichtingen op te schorten of te beëindigen tot die verdragsstaten die 'specifically affected' worden door de verdragsschending. Het karakter van de verplichtingen onder de mensenrechtenverdragen is zodanig – het gaat veeleer om verplichtingen jegens individuen binnen de nationale rechtsorde, dan om verplichtingen jegens andere verdragsstaten²⁹ – dat andere staten door een niet nakomen van die verplichtingen niet 'specifically affected' kunnen worden.³⁰ Craven stelt zich ook op dit standpunt en noemt dit een kwestie van praktische logica:

'[I]n practical terms, the rationale for this provision is undoubtedly clear: it would be entirely inappropriate to allow states parties to suspend the operation of a human rights treaty simply because one of their number has materially breached its terms.'³¹

Hij geeft aan dat in de internationaal-rechtelijke literatuur de meningen op dit materiële punt niet zozeer verschillen, maar dat de discussie meer gaat over de correcte juridische basis ervoor:

'[W]hether this is because states would not have any specific legal interest in the default, or for some other reason (such as individuals being innocent victims of the illegal act, or because the interests of the community are involved) is less clear.'³²

28 Meron 1989, p. 241.

29 Zie hierover uitvoeriger in § 3.5.1.

30 Provost 1994, p. 401 en 431. Hij stelt dat voor zover de verdragsverplichtingen onder de mensenrechtenverdragen als *erga omnes* verplichtingen, d.w.z. als verplichtingen jegens het geheel van de internationale gemeenschap (zie verder § 3.5.1), kunnen worden beschouwd, andere staten weliswaar geraakt worden door het niet-nakomen van die verplichtingen, maar dat dat dan slechts op een 'indirecte' wijze gebeurt. Bij schending van dergelijke verplichtingen is er dan namelijk een 'universele impact' en wordt niet een bepaalde staat specifiek geraakt. Ik zou daaraan toe willen voegen dat van een specifiek geraakt zijn van een bepaalde verdragspartij wellicht alleen sprake zou kunnen zijn als de verdragsschending door een andere verdragspartij geschiedt jegens een onderdaan van de eerste verdragspartij.

31 Craven 2000, p. 494.

32 *Ibidem.*, onder verwijzing naar Schwelb 1974-1975, p. 4-10 en de opmerkingen van ILC-rapporteur Waldock bij ontwerp-artikel 66, *Yearbook ILC* 1964, vol. II, p. 57.

Deze discussie verder niet uitdiepend, merk ik nog op dat ook in de statenpraktijk zich een acceptatie lijkt af te tekenen dat wanprestatie door een van de verdragspartijen bij een mensenrechtenverdrag geen grond oplevert voor verdragsschending door andere partijstaten. Staten verweren zich ten overstaan van de op naleving van de mensenrechtenverdragen toezicht houdende organen niet met een beroep op verdragsschending door andere verdragsstaten. Dit ligt ook minder voor de hand, omdat het toezicht op naleving van de mensenrechtenverdragen in de eerste plaats geschiedt door onafhankelijke instanties en niet door de (vertegenwoordigers van de) verdragsstaten zelf.

Ad b. Overmacht

Overmacht is ook een grond voor verdragsbeëindiging. Onder overmacht wordt in artikel 61 verstaan het intreden van een situatie die uitvoering van de verdragsverplichtingen *absoluut* onmogelijk maakt, omdat een 'voorwerp onmisbaar voor de uitvoering van het verdrag' definitief is verdwenen of vernietigd. Het intreden van deze situatie mag niet wijten zijn aan de betrokken staat zelf. Tijdelijk onvermogen tot presteren is slechts reden voor opschorting van de verdragsverplichting.

Artikel 61 omschrijft de situatie van overmacht als het resultaat van een zeer specifieke gebeurtenis: de verdwijning of vernietiging van een *fysiek object*.³³ Deze formulering laat naar mijn mening geen ruimte om overmacht in de zin van artikel 61 WVV in te roepen als reden voor het afwijken van verplichtingen die voortvloeien uit mensenrechtenverdragen.³⁴

Ad c. Fundamentele verandering van omstandigheden

Er kunnen in de omstandigheden waaronder partijen verkeren, wijzigingen intreden van zo ingrijpende aard, dat de partijen niet meer aan de bestaande verdragsverplichtingen gebonden kunnen worden geacht. Verdragstrouw is alleen te verwachten als het verdrag slechts tot het redelijke verplicht. De mogelijkheid dat van verdragen kan worden afgeweken, dat zij kunnen vervallen of kunnen worden opgeschort in geval van een drastische verandering in de omstandigheden – zelfs als zich geen absolute onmogelijkheid tot na-

33 ILC-rapporteur Fitzmaurice noemde als voorbeelden: 'the disappearance of an island owing to a subsidence in the seabed; the drying up of the bed of a river permanently, the destruction of a railway by an earthquake; the destruction of plant, installations, a canal, a light-house etc.' *Yearbook ILC* 1980, Vol. II, p. 50, § 97.

34 Hoewel artikel 61 WVV doet denken aan het leerstuk van *force majeure* is met dit artikel nadrukkelijk een beperkter concept bedoeld: het moet gaan om een *materiële en absolute* onmogelijkheid om de verdragsverplichting na te komen. Ouguergouz 1994, p. 307 merkt op: 'Non seulement la notion de force majeure ne se limite pas aux cas – somme toute assez rares – de disparition ou de destruction d'un objet indispensable à l'exécution d'un traité, mais encore elle n'a pas été appréhendée dans tous ses éléments constitutifs – irrésistibilité, extériorité – par l'article en question.' *Force majeure* wordt door de ILC beschouwd als een onderwerp dat niet behoort tot het verdragenrecht, maar tot de regeling inzake staatsaansprakelijkheid. Dit komt in de volgende paragraaf aan de orde.

leving voordoet – is noodzakelijk om de hoofdbeginselen van ‘pacta servanda’ en ‘goede trouw’ te kunnen handhaven.³⁵ Dit betekent echter niet dat een partij-staat van een verdragsverplichting kan afwijken, of deze kan opschorten, zodra zijn belang dat meebrengt.³⁶ Het betekent evenmin dat de doctrine van de *clausula rebus sic stantibus*, die stelt dat verdragen worden gesloten onder de stilzwijgende voorwaarde dat de omstandigheden zoals die bestaan ten tijde van het sluiten van het verdrag niet fundamenteel veranderen, in algemene zin geaccepteerd wordt.³⁷

De *International Law Commission* (ILC) heeft tijdens de voorbereiding van het WVV uitvoerig stilgestaan bij de *rebus sic stantibus*-doctrine en het vraagstuk van verandering van omstandigheden.³⁸ De ILC heeft er de voorkeur aan gegeven, zoals Starke verwoordt, ‘to base the doctrine of fundamental change upon grounds of equity and justice, and even to discard the words “*rebus sic stantibus*”...’.

Het principe dat een verandering van omstandigheden die de basis van een verdrag aantast of een wezenlijke verandering brengt in de verdragsverplichtingen een reden kan zijn om een verdrag op te schorten of daarvan af te wijken is wel geaccepteerd en ook neergelegd in artikel 62 van het WVV.³⁹ Aan de mogelijkheid om dit principe in te roepen zijn echter duidelijke grenzen

35 Vgl. Roethof 1962, p. 78.

36 François 1949, deel 1, p. 693.

37 Zie over de *rebus sic stantibus*-doctrine in het volkenrecht o.m. Haraszty 1975, p. 7-93; Vamvoukos 1985, m.n. p. 3-30 en 152-185; Starke 1989, p. 473-475; Röling 1972, p. 574-601. Verdross 1964, p. 179-181, geeft aan dat nog nooit een internationaal rechterlijk orgaan een beroep op de *clausula rebus sic stantibus* heeft toegekend. Wel werd door nationale (Duitse en Zwitserse) rechters incidenteel een dergelijk beroep gehonoreerd. Zie hierover ook Röling 1972, p. 582-583.

Sinds de totstandkoming van het WVV beperkt de juridische literatuur over dit onderwerp zich tot enkele pagina's in internationaal-rechtelijke handboeken, zie o.m. Harris 1991, p. 799-803, Reuter 1995, p. 188-193, Malanczuk 1997, p. 144-146, Aust 2000, p. 240-244.

38 Zie discussie daarover in de ILC en de ILC-commentaren bij de ontwerp teksten voor het WVV in 1963 en 1966. *Yearbook ILC* 1963, Vol. I, p. 136-157, Vol. II, p. 80-85 en 207-211; *Yearbook ILC* 1966, Vol. I, p. 78-87 en 130-131, Vol. II, p. 256-260.

39 Artikel 62 van het WVV luidt:

1. A fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties, may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from the treaty unless:

(a) the existence of those circumstances constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty; and

(b) the effect of the change is radically to transform the extent of obligations still to be performed under the treaty.

2. A fundamental change of circumstances may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from a treaty:

(a) if the treaty establishes a boundary; or

(b) if the fundamental change is the result of a breach by the party invoking it either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty.

3. If, under the foregoing paragraphs, a party may invoke a fundamental change of circum-

gesteld en bovendien is het betreffende artikel negatief geformuleerd om het exceptionele karakter van de mogelijkheid te onderstrepen.⁴⁰ In zijn commentaar bij de ontwerp teksten voor het WVV formuleerde de ILC vijf vereisten waar aan voldaan moet zijn om een beroep te kunnen doen op 'fundamentele verandering van omstandigheden':

- '1 The change must be of circumstances existing at the time of the conclusion of the treaty;
- 2 that change must be a fundamental one;
- 3 it must also be one not foreseen by the parties;
- 4 the existence of those circumstances must have constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty; and
- 5 the effect of the change must be radically to transform the scope of the obligations still to be performed under the treaty.⁴¹

In aanvulling hierop stelde de ILC nadrukkelijk dat het enkele feit van een gewijzigde houding of gewijzigd beleid van een regering niet zou worden aanvaard als een 'fundamentele verandering van omstandigheden'.

Ten slotte geeft artikel 65 van het WVV nog een aantal procedurele waarborgen die als doel hebben misbruik van de mogelijkheden van artikel 62 te voorkomen. De partij die zich op 'fundamentele verandering van omstandigheden' wil beroepen, moet dit aan de tegenpartij schriftelijk mededelen en deze tegenpartij een periode van minstens drie maanden geven om te antwoorden (behalve in geval van bijzondere noodzaak). Is de tegenpartij het niet eens met de voorgestelde verandering, dan moet het geschil tussen de verdragspartijen op vreedzame wijze worden opgelost volgens de middelen aangegeven in artikel 33 van het VN-Handvest.⁴²

stances as a ground for terminating or withdrawing from a treaty it may also invoke the change as a ground for suspending the operation of the treaty.

40 Jennings 1991, p. 161 stelt: '[T]he Vienna Convention, following the suggestions of the ILC, presents the concept [*rebus sic stantibus* – JPL] (...) as being merely an exception to the superior concept of *pacta sunt servanda*, and in terms of what the State pleading fundamental change of circumstances must do and show in order to establish it.' Roethof 1962, p. 79, meent: 'Een willekeurige uitbreiding van de regel *rebus sic stantibus* ten koste van het beginsel *pacta sunt servanda* zou neerkomen op het erkennen – en dan niet in de zin van het feitelijk constateren, want dat moet men in de internationale samenleving helaas wel eens meer, maar het juridisch erkennen – van het praevaleren van belang boven recht, van het primaat van de machtspolitiek boven de gerechtigheid.' Vagts 2005, p. 471-476, constateert aan de hand van de jurisprudentie sinds 1969 dat een beroep op *rebus sic stantibus* weliswaar niet geheel is uitgesloten, maar dat de hedendaagse internationaal-rechtelijke praktijk slechts zeer weinig ruimte laat voor toepassing van dit beginsel.

41 *Yearbook ILC* 1966, Vol. II, p. 259.

42 Artikel 65 WVV luidt:

Procedure to be followed with respect to invalidity, termination, withdrawal from or suspension of the operation of a treaty

1. A party which, under the provisions of the present Convention, invokes either a defect in its consent to be bound by a treaty or a ground for impeaching the validity of a treaty,

3.4 BEËINDIGING OF OPSCHORTING VAN VERDRAGSVERPLICHTINGEN IN HET VOLKENRECHTELIJK GEWOONTERECHT

Het wvv laat uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat naast de regels in dit verdrag gegeven ook normen van ongeschreven volkenrechtelijk gewoonterecht een rol spelen bij de bepaling van de verdragsverplichtingen van staten. Ook waar het gaat om het opschorten van verdragsverplichtingen kunnen deze normen van belang zijn.

Voorals in de oudere natuurrechtelijke volkenrechtliteratuur werd als ongeschreven beginsel van het volkenrecht wel aanvaard dat ook aan de staat grondrechten of fundamentele rechten zouden toekomen.⁴³ Als een van de voornaamste grondrechten van de staat werd beschouwd: het recht op zelfbehoud.⁴⁴ Over het rechtskarakter van deze ongeschreven 'grondrechten' is veel discussie geweest.⁴⁵ In de loop van de twintigste eeuw raakte de stelling dat een grondrecht op zelfbehoud een staat de bevoegdheid geeft volkenrechtelijke verplichtingen terzijde te stellen en inbreuk te maken op de rechten van andere staten, steeds sterker omstreden.⁴⁶ Lauterpacht stelde: 'if every State

withdrawing from it or suspending its operation, must notify the other parties of its claim. The notification shall indicate the measure proposed to be taken with respect to the treaty and the reasons therefore.

2. If, after the expiry of a period which, except in cases of special urgency, shall not be less than three months after the receipt of the notification, no party has raised any objection, the party making the notification may carry out in the manner provided in article 67 the measure which was proposed.

3. If, however, objection has been raised by any other party, the parties shall seek a solution through the means indicated in Article 33 of the Charter of the United Nations.

Artikel 33 van het VN-Handvest geeft als mogelijkheden voor vreedzame beslechting van geschillen o.m. aan: 'negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement'.

43 Zie François 1949, p. 727. Hij noemt als eigenschappen van deze 'grondrechten' van de staat: 1) absoluutheid – geen andere grenzen zijn aan hun uitoefening gesteld dan die, welke voortvloeien uit de omstandigheid, dat ook aan de andere staten deze grondrechten toekomen; 2) onvervreemdbaarheid – zij kunnen niet worden opgegeven zonder dat de staat zijn karakter als volkenrechtssubject verliest.

44 Barboza 1984, p. 28: 'In most classical writings, necessity was equated with "self-preservation", considered, in natural law doctrine, a fundamental right of States. As such, it allegedly was a paramount right to which all rights of other States were to give precedence. In addition to this already privileged position the conduct of the State acting in "self-preservation" could not be subjected to revision in law.'

45 Zie de door François 1949, p. 727, aangehaalde literatuur en ook Partsch 2000, p. 380-383. Broms 1991, p. 57-58 noemt de doctrine van fundamentele rechten (en plichten) van staten 'from the analytical legal point of view a fiction', vooral vanwege de sterke nadruk die de aanhangers van deze doctrine legden op het onvervreemdbare en onschendbare karakter van deze rechten, dat met zich mee zou brengen dat een beperking van deze rechten immer een inbreuk op de soevereiniteit van de staat zou opleveren. Een dergelijk verband is uit de statenpraktijk niet op te maken.

46 Niet in de laatste plaats vanwege de vele malen dat dit beginsel misbruikt werd. Jiménez de Aréchaga & Tanzi 1991, p. 354.

really had a right of self-preservation, all the States would have the duty to admit, suffer and endure every violation done to another in self-preservation. But such a duty does not exist.⁴⁷

In de volkenrechtelijke doctrine werd de heersende leer dat de grenzen van het 'noodrecht' (zelfbehoud) door het volkenrecht worden bepaald. Een andere opvatting zou het volkenrecht juridisch zinloos maken.⁴⁸ Soms zullen inderdaad regels van volkenrecht opzij gezet kunnen worden; een abstracte regel hierover valt echter niet te geven. Deze bevoegdheid vereist een afweging van de levensbelangen van een staat tegen de belangen van de statengemeenschap bij handhaving van de vrede en rechtszekerheid en die zal altijd van de omstandigheden van de casus afhangen.⁴⁹

Een indicatie voor de rol die in het hedendaagse volkenrechtelijk gewoonterecht aan het 'noodrecht' of 'recht op zelfbehoud' moet worden toegekend,⁵⁰ is te vinden in de ontwerp-bepalingen van de ILC inzake staatsaansprakelijkheid: de *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (hierna: ILC-bepalingen).⁵¹ De ILC houdt zich al sinds de jaren vijftig bezig met dit onderwerp. De ILC-bepalingen, de commentaren daarbij en de rapporten van de speciale rapporteurs van de ILC geven een goed beeld van de ontwikkelingsrichting van het volkenrecht.⁵² De ILC-bepalingen vormen, hoewel ze nog niet door de Algemene Vergadering van de VN zijn aanvaard,

47 Oppenheim/Lauterpacht 1955, p. 297-298.

48 Schwarzenberger 1955, p. 195: 'If self-preservation were an absolute and overriding right, the rest of international law would become optional, and its observance would depend on a self-denying ordinance, revocable at will by each State, not to invoke this formidable superright.' Zie ook François 1949, p. 731.

49 Partsch 2000, p. 380 en 383. François 1949, p. 730, formuleert als vereisten waaraan dan zal moeten zijn voldaan: 1) evenredigheid tussen getroffen belang en de rechtsbelangen van degenen, tegen wie de actie zich richt; 2) geen aantasting van gelijkwaardige belangen van derden, die niets hebben misdaan; 3) geen ander middel om de bedreiging te voorkomen is aanwezig.

50 Ik onderschrijf de opmerking van Barboza dat hieraan een bepaalde rol toegekend *moet* worden. Barboza 1984, p. 31 (voetnoot 10): 'It is our opinion that the existence of a State, as a legally protected right, should be reinstated in the important role it has to play in the functioning of necessity. Not to do so would be unrealistic. But, of course, a State's right of existence is not to be equated with the "right of self-preservation". In order to formulate an acceptable concept of necessity in modern international law, self-preservation must be deprived of two of its most obnoxious traits. The first is that of being an overriding right sweeping whatever obstacle it may find in its way; the second its being above revision in law.'

51 *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* adopted by the International Law Commission (second reading) on 9 august 2001, opgenomen in *ILC Report* 2001, VN Doc. A/56/10, Ch. IV.E.1, p. 43-59, ook gepubliceerd in Crawford 2002, p. 61-73. Eerdere voorlopige versies van de ILC-bepalingen werden gepubliceerd in *Yearbook ILC* 1980, Vol. II, part 2, p. 30-34 (het betrof hier: 'part 1: the origin of international responsibility', toen genummerd als artikel 1-35) en *ILC Report* 1996, VN Doc A/51/10 (1996), Ch. III (first reading; articles 1-60).

52 Zie Meron 1989, p. 137.

belangrijke 'subsidiary means for the determination' van het geldende recht,⁵³ in casu een deel van het volkenrechtelijk gewoonterecht.

De ILC heeft voorgesteld om onderscheid te maken tussen 'primary rules' en 'secondary rules'. 'Primary rules' zijn regels die staten een bepaalde verplichting opleggen en 'secondary rules' zijn die regels die bepalen wat de gevolgen zijn van schending van die verplichtingen.⁵⁴ Schending van een volkenrechtelijke verplichting levert een 'internationally wrongful act' op indien de schending aan de betreffende staat kan worden toegerekend. De term 'staatsaansprakelijkheid' verwijst naar de juridische verhouding tussen staten die het resultaat is van een 'internationally wrongful act'. Deze verhouding brengt met zich dat staten die schade ondervinden van de volkenrechtsschending door een andere staat daartegen op bepaalde wijze in actie kunnen komen. Het is echter niet mijn bedoeling om dit onderwerp hier geheel uit te diepen.⁵⁵

Een aantal van de ILC-bepalingen inzake staatsaansprakelijkheid heeft betrekking op omstandigheden en gronden die aansprakelijkheid van een staat voor een schending van zijn volkenrechtelijke verplichtingen kunnen uitsluiten.⁵⁶ De belangrijkste omstandigheden die staatsaansprakelijkheid kunnen uitsluiten, zijn: *consent* (artikel 20), *self-defence* (artikel 21), *countermeasures* (artikel 22), *force majeure* (artikel 23), *distress* (artikel 24) en *necessity* (artikel 25). Barboza merkt de artikelen 21, 22, 24 en 25 aan als een nadere uitwerking van het 'noodrecht' of 'recht op zelfbehoud' waar een staat een beroep op kan doen om aansprakelijkheid voor volkenrechtsschending uit te sluiten.⁵⁷

Bij artikel 22 (*countermeasures*) en artikel 21 (*self-defence*) gaat het om de reactie van een staat op schendingen van het volkenrecht door een andere staat. Voor wat betreft de *countermeasures* blijkt dit nadrukkelijk uit de tekst van artikel 22 in samenhang met de artikelen 49-54 van de ILC-bepalingen inzake staatsaansprakelijkheid (de artikelen 49-54 regelen de voorwaarden en grenzen die gelden bij het nemen van *countermeasures* door een 'injured state' in reactie op een 'internationally wrongful act').⁵⁸ Voor wat betreft *self-defence* blijkt uit de tekst van artikel 21 minder expliciet dat hierop slechts een beroep kan worden gedaan in reactie op een eerdere volkenrechtsschending door een andere staat. Dat dit echter wel zo is kan worden afgeleid uit het

53 Zie artikel 38 lid 1 sub d van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof.

54 Zie uitgebreider: Conbaceau & Alland 1985, p. 81-109; Duckwitz 1975.

55 Ik verwijs hiervoor naar Crawford 2002, p. 1-60, m.n. p. 14-16.

56 De ILC-artikelen 20 t/m 27. Zie voor een uitgebreide beschrijving en analyse de inhoudelijk nauwelijks verschillende voorlopers hiervan (art. 29-34 zoals gepubliceerd in 1980) Jagota 1985, p. 250-300 en Barboza 1984, p. 27-43.

57 Barboza 1984, p. 41. Hij heeft het dan over de artikelen 30, 32, 33 en 34 zoals gepubliceerd in 1980.

58 Zie Crawford 2002, p. 168-169 en 281-305, die daarbij verwijst naar een extensieve hoeveelheid literatuur, oordelen van het Internationaal Gerechtshof en internationale arbitragezaken die de achtergrond vormen voor de tekst van deze artikelen. Vgl. ook Malanczuk 1987, p. 203-230.

feit dat in artikel 21 gesproken wordt over 'a lawful measure of self-defence taken in conformity with the Charter of the United Nations'. Deze overeenstemming met het VN-Handvest bestaat er volgens de in het volkenrecht overheersende opinie dan uit dat *self-defence*, analoog aan de bewoordingen van artikel 51 van het VN-Handvest, slechts kan worden ingeroepen 'if an armed attack occurs'. Nu moet hierbij echter worden opgemerkt dat dit wel een van de felst bediscussieerde onderwerpen binnen het volkenrecht is, waarbij zowel een 'strikte' als een 'rekkelijke' visie met kracht van argumenten is verdedigd. In de strikte visie wordt, met verwijzing naar het beginsel van *effet utile* en met inachtneming van artikel 1, eerste lid, en §7 van de preambule van het VN-Handvest, aangenomen dat er geen recht op zelfverdediging bestaat, behoudens in het geval van een feitelijk plaatsvindende gewapende aanval, omdat anders het verbod van geweldgebruik van artikel 2, vierde lid, van het Handvest op ontoelaatbare wijze zou worden ondermijnd. Volgens de auteurs die deze visie aanhangen vormt artikel 2, vierde lid, de allesomvattende hoofdregel waarop artikel 51 een strikt gelimiteerde uitzondering vormt.⁵⁹ In deze interpretatie is er geen ruimte voor een beroep op zelfverdediging in reactie op handelingen die weliswaar ook een inbreuk vormen op essentiële rechten of belangen van staten, maar geen militaire aanval inhouden.⁶⁰ Daartegenover staat de rekkelijke interpretatie van artikel 51 VN-Handvest, waarin er vanuit wordt gegaan dat het recht op zelfverdediging niet alleen kan worden ingeroepen in geval van een gewapende aanval, omdat artikel 51 van het Handvest geenszins bedoeld is als een beperking van het van oudsher bestaande gewoonterechtelijke recht op zelfverdediging.⁶¹ In deze rekkelijke visie is ook zogenaamde 'anticipatory self-defence' toegestaan, evenals zelfverdediging tegen niet-gewapende aanvallen en interventie in een andere staat ter bescherming van eigen onderdanen of zwaarwegende economische belangen.⁶² Aansluitend bij deze rekkelijke visie wordt doorgaans ook gewezen op de ineffectiviteit en het disfunctioneren van het collectieve veiligheidssysteem van de VN-

59 Zie voor een uitvoerig overzicht van de literatuur en statenopinies op dit punt het commentaar van de ILC bij ontwerp-artikel 34 zoals gepubliceerd in 1980, *Yearbook ILC* 1980, Vol II (part 2), p. 52-61 en daarnaast o.m. Macdonald 1991, p. 720-723 en Gray 2000, p. 84-119, m.n. p. 86-87.

60 Malanczuk 1987, p. 244.

61 Zie hierover Macdonald 1991, p. 722: 'The proscription there is limited to the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in other manner inconsistent with the purposes of the United Nations. Consequently, so the argument runs, there is nothing in the Charter which prohibits the right of self-defence in customary international law. Thus, Article 51 merely sanctions action which was already permitted prior to the Charter, and does not cut down pre-existing rights. This view is fortified by reference to the travaux préparatoires, which suggest that Article 51, a late addition to accommodate Latin America's demand to maintain the right to collective self-defence, was never intended to limit a state's right to self-defence in customary international law.'

62 Malanczuk 1987, p. 244-252; Macdonald 1991, p. 722.

Veiligheidsraad; een omstandigheid die zou maken dat staten altijd moeten kunnen terugvallen op hun oude gewoonterechtelijke recht op zelfverdediging.⁶³

Hoewel dit laatste zeker een aspect is dat niet geheel veronachtzaamd mag worden,⁶⁴ wordt door veel hedendaagse volkenrechtelijke auteurs de strikte visie met betrekking tot artikel 51 VN-Handvest toch als de juridisch juiste aangemerkt. Een ander standpunt wordt contrair geacht aan de effectieve verwezenlijking van de bedoelingen van het Handvest, laat teveel ruimte voor misbruik en is ook niet in overeenstemming met de praktijk binnen de VN sinds 1945.⁶⁵ Zij wijzen in dit verband onder meer op het oordeel van het Internationaal Gerechtshof in de Nicaragua-zaak, waarin het Hof weliswaar opmerkt dat het VN-Handvest 'testifies [itself] to the existence of the right of (...) self-defence in customary international law', maar tevens aangeeft dat:

'[I]n the view of the Court, under international law in force today – whether international law or that of the United Nations system – States do not have a right of (...) armed response to acts which do not constitute an "armed attack"'.⁶⁶

Vervolg vraag moet dan echter zijn wat nu precies verstaan moet worden onder een 'armed attack' en welke mate van geweld aanwezig moet zijn om van een 'armed attack' te kunnen spreken. Juist deze vraag is in recente jaren het voorwerp van (hernieuwde) intensieve discussie geweest.⁶⁷

Duidelijk is dat de term 'armed attack' niet louter verwijst naar een aanval door de gewapende strijdkrachten van het ene land op een ander land. De term omvat ook een 'indirecte aanval' waarbij een staat geen gebruik maakt van militair geweld, maar van niet-statelijke actoren zoals rebellengroepen of terroristische organisaties.⁶⁸ Diverse auteurs wijzen er in dit verband op dat artikel 51 van het VN-Handvest het recht op zelfverdediging niet beperkt tot situaties van een 'armed attack by a Member state'.⁶⁹ Ook de statenpraktijk, zowel in VN-verband als daarbuiten, wijst echter in die richting. Zo werden de terreuraanslagen van 11 september 2001 door de VN-Veiligheidsraad in

63 Malanczuk 1987, p. 245.

64 Zie Malanczuk 1987, p. 246: '[I]nternational law cannot tolerate a fundamental separation from international reality on the long run. (...) [H]owever disappointing a regressive development may be, there is no barrier to a reassertion of the customary understanding of the right to self-defence if the international system continued [sic] to be ineffective and proves permanently incapable of granting remedies for the infringement of certain essential rights of States by illegal acts short of an "armed attack".'

65 Malanczuk 1987, p. 245; Macdonald 1991, p. 722; Gray 2000, p. 87.

66 Internationaal Gerechtshof 27 juni 1986, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua/USA), *ICJ Reports* 1986, § 193 en 211.

67 Zie o.m. Glennon 2002, p. 541-558; Byers 2002, p. 405-413; Bothe 2003, p. 227-241; Brown 2003, p. 37-46; Sapiro 2003, p. 599-612; Schmitt 2003 p. 528-548; Taft 2004, p. 299-306.

68 AIV/CAVV-advies 'Pre-emptive action', juli 2004, p. 15.

69 Franck 2001, p. 840; Murphy 2002, p. 50.

resolutie 1368, waarin een juridische basis werd verschaft voor militair optreden tegen Afghanistan vanwege de hulp van het Taliban-regime aan de terroristische organisatie die deze aanslagen had uitgevoerd, aangemerkt als 'a situation equivalent to an armed attack'.⁷⁰ Hieruit kan worden afgeleid dat een staat op een beroep kan doen op het recht van zelfverdediging indien militaire actie wordt ondernomen tegen andere een staat die individuen herbergt die ernstige terreurdaden hebben gepleegd. IJkpunt daarbij is dat deze staat niet heeft voldaan aan zijn internationaal-rechtelijke verplichting tot het treffen van de noodzakelijke maatregelen om te voorkomen dat terroristen vanaf zijn grondgebied aanslagen plegen op andere staten.

Minder duidelijk is of ook *de dreiging van* een 'armed attack' de uitoefening van het recht van zelfverdediging in de zin van artikel 51 VN-Handvest kan rechtvaardigen. Uit de bewoordingen van artikel 51 komt naar voren dat het moet gaan om een aanval die reeds plaatsvindt en niet slechts om een dreigende aanval. Desalniettemin wordt op basis van het volkenrechtelijk gewoonterecht – aan de hand van de zogenoemde *Caroline* doctrine – wel aangenomen dat er een zekere ruimte is voor preëemptief militair optreden tegen dreigende aanvallen (en dus voor 'anticipatory self defence'). Dergelijk optreden is volgens deze doctrine namelijk gerechtvaardigd indien er sprake is van 'a necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means and no moment for deliberation' en met proportionele middelen geschiedt.⁷¹ De meningen verschillen over de vraag of deze *Caroline* doctrine nog tot het geldende recht gerekend moet worden na de inwerkingtreding van het VN-Handvest. De statenpraktijk in het kader van de VN laat zien dat sinds de inwerkingtreding van het Handvest een beroep door staten op 'anticipatory self-defence' doorgaans is afgewezen door de internationale gemeenschap, maar dat het optreden van de betreffende staten tegelijkertijd niet altijd scherp

70 Johnstone 2005, p. 370-373, wijst op andere voorbeelden uit de statenpraktijk, niet alleen kort na 9/11, maar ook reeds daarvoor. Cassese 2001, p. 996-997, concludeert n.a.v. de statenpraktijk na 9/11: '[I]t would seem that in a matter of a few days, practically all states (...) have come to assimilate a terrorist attack by a terrorist organization to an armed aggression by a state, entitling the victim state to resort to individual self-defence.'

71 De *Caroline* doctrine ontleent zijn naam aan een incident in 1837. Een schip genaamd *Caroline* bracht versterkingen vanuit de VS naar opstandelingen tegen het Britse gezag in Canada. De *Caroline* voer onder de vlag van de VS. Britse troepen deden daarop een inval op het grondgebied van de VS, overmeesterden de *Caroline* en vernietigden het schip. Hierbij werden twee Amerikaanse opvarenden gedood. De Britse autoriteiten beriepen zich op hun recht op zelfverdediging. De Amerikaanse Minister van Buitenlandse zaken Webster stelde in reactie daarop, dat de Britten dan moesten aantonen dat 'the necessity of self-defence [was] instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation (...) [and that the British forces], even supposing the necessity of the moment authorised them to enter the territories of the United States at all, did nothing unreasonable or excessive; since the act, justified by the necessity of self-defence, must be limited by that necessity, and kept clearly within it.' Zie o.m. AIV/CAVV-advies 'Pre-emptive action', juli 2004, p. 16.

is veroordeeld.⁷² Het is derhalve moeilijk om hieruit scherpe conclusies af te leiden. Er is echter veel voor te zeggen om aan te nemen dat, zo het internationale recht ruimte laat voor preëemptieve maatregelen met een beroep op het recht van zelfverdediging, deze ruimte begrensd wordt door de *Caroline criteria*.⁷³

De recente discussie over de eventuele toelaatbaarheid van preëemptieve maatregelen of 'anticipatory self-defence' lijkt echter niet van grote invloed te zijn geweest op de formulering van artikel 21 van de ILC-bepalingen. ILC-rapporteur Crawford stelt in zijn samenvatting van de discussies binnen de ILC over dit onderwerp dat artikel 21 slechts de mogelijkheid van het invoeren van *self-defence* als uitsluitingsgrond voor staatsaansprakelijkheid aangeeft en dat de verdere voorwaarden waaronder en omstandigheden waarin een staat daarop een beroep kan doen beheerst worden door het VN-Handvest.⁷⁴

Dit alles maakt dat zowel artikel 21 als artikel 22 van de ILC-bepalingen voor de onderhavige studie niet direct van belang is. Daar komt wat betreft artikel 22 trouwens als extra argument nog bij dat artikel 50, eerste lid, van de ILC-bepalingen expliciet stelt dat: 'Countermeasures shall not affect: (...) (b) obligations for the protection of human rights',⁷⁵ waarmee aangesloten

⁷² *Idem*, p. 17-19. Zie ook Beard 2002, p. 562-578.

⁷³ AIV/CAVV-advies 'Pre-emptive action', juli 2004, p. 20. Johnstone 2005, p. 373-374, wijst erop dat bij de beoordeling van acties verdedigd met een beroep op 'anticipatory self-defence' ook de door Schachter ontwikkelde 'accumulation of events theory' bruikbaar zou kunnen zijn. Deze theorie legt de nadruk op de aanwezigheid van patroon van (reeds gepleegde) terroristische aanslagen en de daaruit af te leiden waarschijnlijkheid van nieuwe aanslagen, welke als maatstaf zou moeten gelden bij een beroep op 'anticipatory self-defence' ter voorkoming van die nieuwe aanslagen (zie Schachter 1989, p. 220). Johnstone ziet in het oordeel van het Internationaal Gerechtshof in de *Iran Platforms Case* een impliciete bevestiging van deze theorie.

⁷⁴ Crawford 2002, p. 167.

⁷⁵ Zie Crawford 2002, p. 288-289. Artikel 50 lid 1 staat daarmee mijns inziens in de weg aan de conclusies van Provost uit 1994. Hij stelt nl. dat er wel ruimte is voor staten om mensenrechtelijke verdragsverplichtingen op te schorten bij wijze van *countermeasures*: 'While it is clear that the suspension of human rights at a time when no emergency threatens the life of the nation would be illegal, that illegality itself constitutes the defining characteristic of countermeasures. For non-derogable human rights to be understood as a barrier limiting countermeasures, it would have to be shown that the principle of non-derogation was intended to cover countermeasures as well as states of emergency. (...) Rather, the treaty provisions state that no derogation to these rights is permitted "under this provision". The possibility of suspension through countermeasures is thus not directly covered by non-derogation provisions.' (Provost 1994, p. 441-442). De uiteindelijke concepttekst van artikel 50 lid 1 is overigens wel ruimer dan de concepten waar Provost in 1994 vanuit moest gaan, toen was er binnen de ILC namelijk nog discussie over de vraag of in het betreffende artikel gesproken zou moeten worden van 'fundamental human rights' of van 'conduct which derogates from basic human rights', waarmee geïmpliceerd leek te worden dat alleen bepaalde mensenrechtelijke verplichtingen immuun zouden zijn voor aantasting bij wijze van *countermeasures*. Zie Provost 1994, p. 443-444. Provost noemt overigens als voorbeeld van een *countermeasure* die afwijking van mensenrechtelijke verdragsverplichtingen in zou kunnen houden het bevriezen van financiële tegoeden van de onderdanen van een bepaalde

wordt bij de opinie van ILC-rapporteur Riphagen, die in zijn eerste rapport aan de ILC – in 1980 – reeds opmerkte:

‘There are several obligations the breach of which is not considered an “international crime” by the international community as a whole, but which are nevertheless of such a peremptory character that their breach can never be justified as a countermeasure against an internationally wrongful act. Thus, obviously, a violation of internationally protected human rights in one State cannot justify a violation of those rights in another State.’⁷⁶

In artikel 23 (*force majeure*), artikel 24 (*distress*) en artikel 25 (*necessity*) betreft het omstandigheden en gronden ter uitsluiting van staatsaansprakelijkheid die los staan van volkenrechtsschending door een andere staat. In artikel 24 wordt onder een situatie van *distress* verstaan een situatie waarin de *persoon* die de handeling verricht die maakt dat de staat zijn volkenrechtelijk verplichtingen schendt, dit doet vanwege acuut gevaar voor zijn eigen leven of dat van de personen die aan zijn zorg zijn toevertrouwd.⁷⁷ Het gaat hier dus niet om een situatie waarin de staat de keuze heeft om ofwel de volkenrechtelijke verplichtingen na te komen, ofwel andere gewichtige belangen van de staat te dienen, maar om een imminente rampsituatie waarin het enige belang dat telt het redden van mensenlevens is. *Distress* kan alleen als uitsluitingsgrond voor staatsaansprakelijkheid worden ingeroepen, indien de persoon wiens gedragingen aan de staat worden toegerekend handelde om zijn eigen leven te redden of een bijzondere verhouding tot of verantwoordelijkheid voor de personen die in gevaar verkeerden had.⁷⁸ Het invoeren van deze uitsluitingsgrond geschiedt meestal in gevallen waarin een vliegtuig of schip het territorium van een andere staat heeft geschonden vanwege uitzonderlijk slechte weersomstandigheden, navigatiefouten of mechanische gebreken.⁷⁹

Force majeure wordt in artikel 23 omschreven als ‘the occurrence of an irresistible force or unforeseen event, beyond the control of the State, making it materially impossible in the circumstances to perform the obligation’. *Force*

staat die een internationale onrechtmatige daad heeft verricht (zoals geschiedde door de VS na de gijzeling van het Amerikaanse ambassadepersoneel door Iran en door het VK na de bezetting van de Falkland-eilanden door Argentinië).

⁷⁶ *Yearbook ILC* 1980, Vol. II, part 1, p. 119-120.

⁷⁷ Jagota 1985, p. 264-265, beschrijft hoe de ILC onderscheid maakt tussen *distress*, *force majeure* en *state of necessity*: ‘In the case of *force majeure* and fortuitous event, the conduct of the State in question was “involuntary” because of the situation of “material impossibility” in acting otherwise. In the case of *distress*, a theoretical choice was open to the author of the conduct, but it was not a “real choice”. The choice in *distress* was also restricted to the life of the *person* of the State organ and not to the existence of the State itself or to one of its vital interests, elements which appertain to the “state of necessity” covered in Article 33.’

⁷⁸ Crawford 2002, p. 177.

⁷⁹ Crawford 2002, p. 174.

majeure kan derhalve alleen als uitsluitingsgrond voor staatsaansprakelijkheid worden ingeroepen indien het handelen van de staat onvrijwillig geschiedt, niet het resultaat is van een vrije keuze. Verder moet de ‘irresistible force’ of het ‘unforeseen event’ het nakomen van de volkenrechtelijke verplichting fysiek *onmogelijk* maken. In situaties waarin het nakomen van de volkenrechtelijke verplichtingen ‘slechts’ ernstig bemoeilijkt is vanwege bijvoorbeeld een economische of politieke crisissituatie gaat een beroep op *force majeure* niet op.⁸⁰

Het blijkt derhalve dat zowel *distress* als *force majeure* niet relevant zijn voor de opschorting van mensenrechtelijke verdragsverplichtingen. Dan resteert van de onwerp-bepalingen inzake staatsaansprakelijkheid nog slechts artikel 25 over de (*state of*) *necessity*.⁸¹

Dit artikel was binnen de ILC voorwerp van grote controverse. Het ILC-commentaar bij dit artikel is zeer uitgebreid en bespreekt *in extenso* de geschiedenis, staatspraktijk, verdragsbepalingen, jurisprudentie en doctrine rond deze problematiek.⁸² Uit dit overzicht van statenpraktijk en internationale jurisprudentie blijkt dat *necessity* als uitsluitingsgrond voor staatsaansprakelijkheid is ingeroepen en geaccepteerd in een aanzienlijk aantal gevallen en met betrekking tot zeer diverse volkenrechtelijke verplichtingen, zowel gewoonterechtelijke verplichtingen als verdragsverplichtingen. De belangen ter bescherming waarvan *necessity* werd ingeroepen variëren ook sterk, van de bescherming van het milieu tot het veiligstellen van het daadwerkelijke voortbestaan van de staat en zijn bevolking tijdens een ernstige noodsituatie en het verzekeren van de veiligheid van de burgerbevolking. De ILC beargumenteerde het opnemen van dit artikel uiteindelijk als volgt:

‘The notion of state of necessity is too deeply rooted in general legal thinking for silence on the subject to be considered a sufficient reason for regarding the notion as totally inapplicable in international law, and, in any case, there would be no justification for regarding it as totally so. The fact that abuses are feared – abuses which are avoidable if detailed and carefully worded provisions are adopted – is no reason to bar the legitimate operation of a ground for precluding the wrongfulness of conduct by a State in cases in which the utility of this ground is generally acknowledged. In other words, the great majority of the Commission came to the view that any possibility of the notion of state of necessity being applied where it is really dangerous must certainly be prevented, but that this should not be so in cases where it is and will continue to be a useful “safety valve” by means of which States can escape the inevitably harmful consequences of trying at all costs to comply with the requirements of rules of law.’⁸³

80 Crawford 2002, p. 170-171.

81 In artikel 33 zoals gepubliceerd in 1980 luidde het kopje boven de bepaling nog ‘state of necessity’.

82 *Yearbook ILC* 1980, Vol. II, part 2, p. 34-52. Zie voor een overzicht van de statenpraktijk en de internationale jurisprudentie t.a.v. *necessity* ook Crawford 2002, p. 178-186.

83 *Yearbook ILC* 1980, Vol. II, part 2, p. 49. VN Doc. A/CN.4/Ser.A/1980, Add. 1 (part 2).

Om misbruik te voorkomen werd artikel 25 in negatieve zin geformuleerd om het restrictieve karakter te benadrukken en werd een aantal waarborgen opgenomen, wat resulteerde in deze tekst:

- '1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:
 - a. is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and
 - b. does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.
2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:
 - a. the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or
 - b. the State has contributed to the situation of necessity.'

Zoals blijkt uit lid 1 sub (a) kan een beroep worden gedaan op *necessity* ter bescherming van een 'essential interest of the State'. Het gaat dus niet alleen om situaties van 'zelfbehoud' en gevallen waarin het voortbestaan van de staat wordt bedreigd. Andere 'essential interests' kunnen zijn:

'its political and economic survival, maintenance of essential services, the keeping of internal peace, the survival of part of its population or the protection of their humanitarian interests, ecological preservation and so forth.'⁸⁴

Het is echter moeilijk om daar in het algemeen uitspraken over te doen, los van een concrete situatie, zo meende de ILC:

'The extent to which a given interest is "essential" naturally depends on all the circumstances in which a State is placed in different specific situations; the extent must herefore be judged in the light of the particular case to which the interest enters, rather than be predetermined in the abstract.'⁸⁵

Noodzakelijk is wel dat geen enkel alternatief voorhanden is om het bedreigde belang te beschermen en dat het normschendend handelen niet verder gaat dan strikt noodzakelijk is: een subsidiariteits- en proportionaliteits eis.⁸⁶ Deze eisen zijn volgens Crawford zo strikt dat zij uitsluiten dat *necessity* wordt ingeroepen indien er andere (wettige) middelen mogelijk zouden zijn om het

⁸⁴ *Yearbook ILC* 1980, Vol. II, part 2, p. 35, § 3.

⁸⁵ *Yearbook ILC* 1980, Vol. II, part 2, p. 49, § 32.

⁸⁶ *Yearbook ILC* 1980, Vol. II, part 2, p. 49, § 35: 'the peril must not have been escapable by any other means, even a more costly one, that could be adopted in compliance with international obligations (....) Any conduct going beyond what was strictly necessary (....) will inevitably constitute a wrongful act *per se*.'

gevaar te bestrijden, ook als die andere middelen duurder of minder makkelijk toepasbaar zouden zijn.⁸⁷ Daarnaast geldt als voorwaarde voor het invoeren van necessity dat het beschermde belang duidelijk zwaarder moet wegen dan de geschonden internationale verplichting.⁸⁸

In het tweede lid wordt een tweetal gevallen opgesomd waarin het invoeren van *necessity* om af te wijken van volkenrechtelijke verplichtingen niet is toegestaan: als de verplichtingen voortvloeien uit verdragen die het afwijken van de daaruit voortvloeiende verplichtingen (expliciet of impliciet) verbieden,⁸⁹ of als de staat zelf heeft bijgedragen (door een doen of een nalaten) aan het ontstaan van de noodsituatie.

3.5 VERHOUDING ALGEMEEN VOLKENRECHT – MENSENRECHTENVERDRAGEN

Uit de bovenstaande paragrafen blijkt dat zowel het algemene verdragenrecht als het (nog slechts in concept gecodificeerde) volkenrechtelijk gewoonterecht regels kent inzake het afwijken van verdragsverplichtingen op grond van uitzonderlijke omstandigheden, noodsituaties of zelfbehoud. Ik heb daarbij echter reeds aangetoond dat van alle ‘rechtvaardigingsgronden’ voor verdragschending die het algemene verdragenrecht biedt enerzijds en van de reeks ‘uitsluitingsgronden’ voor staatsaansprakelijkheid die het volkenrechtelijk gewoonterecht biedt anderzijds, alleen de *fundamentele verandering van omstandigheden* (artikel 62 en 65 WVV) en de (*state of*) *necessity* (het ‘nood-beginsel’ of ‘noodrecht’ zoals geformuleerd in artikel 25 van de ILC-bepalingen inzake staatsaansprakelijkheid) eventueel toepasbaar zijn om van de verdragsverplichtingen voortvloeiend uit mensenrechtenverdragen af te wijken in situaties van nood of zelfbehoud.⁹⁰ De vraag resteert nu welke rol deze regels spelen naast het regime van de mensenrechtenverdragen.

3.5.1 Het specifieke karakter van de verdragsverplichtingen onder de mensenrechtenverdragen

3.5.1.1 *Niet-wederkerigheid*

Over de verhouding tussen het algemene volkenrecht en het rechtsregime dat door de mensenrechtenverdragen wordt geschapen is in de literatuur de nodige

⁸⁷ Crawford 2002, p. 184.

⁸⁸ *Yearbook ILC* 1980, Vol. II, part 2, p. 49, § 35.

⁸⁹ De ILC noemt hierbij in het bijzonder de humanitairrechtelijke conventies die van toepassing zijn tijdens gewapende conflicten. Een impliciet verbod zou kunnen voortvloeien uit de ‘the object and purpose of the rule, and also in some cases from the circumstances in which it was formulated and adopted’. *Yearbook ILC* 1980, Vol. II, part 2, p. 51, § 38.

⁹⁰ Ouguergouz 1994, p. 290-335.

discussie.⁹¹ Daarbij gaat het doorgaans om de vraag in hoeverre het element van reciprociteit, wederkerigheid van rechten en verplichtingen, dat een centraal element vormt binnen het algemene volken- en verdragenrecht,⁹² ook aanwezig is binnen de rechtsbetrekkingen voortvloeiend uit de mensenrechtenverdragen. Door menig auteur wordt gesuggereerd dat de algemene regels van het verdragenrecht niet zonder meer opgaan voor de mensenrechtenverdragen, vanwege het specifieke niet-wederkerige karakter van de verdragsverplichtingen voortvloeiend uit die verdragen: bij de mensenrechtenverdragen gaat het om de bescherming van de rechten en belangen van individuen en niet zozeer om de belangen van staten.

Het onderwerp waarbij argumenten van deze strekking vaak naar voren worden gebracht betreft de toelaatbaarheid van voorbehouden. Een vroege en invloedrijke uitdrukking hiervan is te vinden in de *Advisory Opinion* van het Internationaal Gerechtshof in de zaak over de voorbehouden bij het Genocide-verdrag uit 1951. In die zaak benadrukte het Hof de 'special nature' van het Genocide-verdrag:

'In such a Convention the contracting States do not have any interests of their own: they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention. Consequently in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties.'⁹³

Gezien die omstandigheid meende het Hof dat ten aanzien van de toelaatbaarheid van voorbehouden bij het Genocide-verdrag niet de algemene regel van unanieme aanvaarding diende te gelden, maar een andere regel, waaronder het toegestaan was dat staten toch partij werden bij het verdrag, ook indien bepaalde andere staten bezwaar hadden gemaakt tegen het door hen gemaakte voorbehoud. De ratio hiervan was volgens het Hof:

'The object and purpose of the Genocide Convention imply that it was the intention of the General Assembly and of States which adopted it that as many States as possible should participate. The complete exclusion from the Convention of one or more States would not only restrict the scope of its application, but would detract from the authority of the moral and humanitarian principles which are its basis.'⁹⁴

91 Zie in het algemeen daarover: Ramcharan 1988, p. 242-261; Meron 1989, p. 79-135; Vierdag 1994, p. 123-145; Provost 1994, p. 383-454; Simma 1995, p. 155-191 en Craven 2000, p. 489-519.

92 Provost 1994, p. 385.

93 Internationaal Gerechtshof 28 mei 1951, *ICJ Reports* 1951 (Reservations to the Convention on Genocide – Advisory Opinion), p. 23.

94 *Idem*, p. 15.

Een bij deze benadering aansluitende opvatting is terug te vinden in *General Comment* No. 24 van het VN-Mensenrechtencomité uit 1994. In dit commentaar stelt het Comité dat de algemene regels inzake voorbehouden zoals neergelegd in het WVV 'inappropriate' en 'inadequate' zijn als het gaat om voorbehouden met betrekking tot het IVBPR en dat het aan het Comité is om over de toelaatbaarheid van voorbehouden bij het IVBPR te oordelen.⁹⁵

Ook in de *separate opinion* van rechter Weeramantry bij de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof over de toepassing van het Genocide-verdrag in het conflict tussen Bosnië-Herzegovina en de Federale Republiek Joegoslavië wordt nadrukkelijk stilgestaan bij de bijzondere karakteristieken van de verdragsverplichtingen onder dit verdrag. Weeramantry stelt dat de vraag of beide staten gebonden waren aan de verplichtingen voortvloeiend uit dit verdrag niet alleen beantwoord moet worden aan de hand van de gegevens met betrekking tot de toetreding tot of ratificatie van het verdrag, maar ook aan de hand van het bijzondere karakter van het verdrag: zoals alle humanitaire verdragen vertegenwoordigt het Genocide-verdrag geen uitwisseling van belangen of voordelen tussen de verdragsstaten, maar veeleer 'a commitment of the participating States to certain norms and values recognized by the international community'.⁹⁶

In de discussies binnen de ILC tijdens de voorbereidingen van de codificatie van het verdragenrecht kende rapporteur Fitzmaurice een bijzondere status toe aan verdragen die zogenaamde 'absolute verplichtingen' zouden bevatten. Hij definieerde die absolute verplichtingen als verplichtingen waarvan de niet-nakoming door een bepaalde verdragspartij schade zou opleveren voor alle andere verdragspartijen. De absolute verplichtingen konden volgens hem onderverdeeld worden in twee categorieën, namelijk:

- 1 de 'interdependent obligations', verplichtingen waarvan bij niet-nakoming door een van de verdragspartijen ook de andere verdragspartijen ontheven zouden zijn (zoals verdragen inzake wapenbeheersing) en
- 2 de 'integral obligations', die hij omschreef als verplichtingen waarvan de andere verdragspartijen juist niet ontheven zouden zijn indien een van de verdragspartijen die verplichtingen niet zou nakomen.

Als voorbeeld van de laatste categorie noemde hij het Genocide-verdrag, de mensenrechtenverdragen en de Geneefse conventies van 1949.⁹⁷

95 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment* No. 24, § 17, opgenomen in VN Doc. HRI/GEN/1/Rev.6, p. 166.

96 Internationaal Gerechtshof 11 juli 1996, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina/Federal Republic of Yugoslavia), *ICJ Reports* 1996, p. 645.

97 Derde rapport inzake de codificatie van het verdragenrecht, *Yearbook ILC* 1958, vol. II, p. 44.

3.5.1.2 Verplichtingen erga omnes

Het vraagstuk van de bijzondere, niet-wederkerige, karakteristieken van de mensenrechtenverdragen staat in nauwe relatie met een ander veel besproken discussiepunt binnen het internationale recht, namelijk de vraag of de verdragsverplichtingen op grond van de mensenrechtenverdragen zijn aan te merken als zogenaamde verplichtingen *erga omnes*. Het concept van de verplichtingen *erga omnes* werd door het Internationaal Gerechtshof geformuleerd in een *obiter dictum* in de *Barcelona Traction*-zaak in 1970.⁹⁸ Het Hof stelde in deze zaak dat:

'[A]n essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature, the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection, they are obligations *erga omnes*.

(...) Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (...); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.'⁹⁹

Bij *erga omnes*-verplichtingen gaat het derhalve om verplichtingen jegens het geheel van de internationale gemeenschap, waaruit voortvloeit dat alle staten een wettig belang hebben bij het afdwingen van de naleving van die verplichtingen.

De notie van de *erga omnes*-verplichtingen is van vele zijden met instemming begroet en is sinds 1970 breed geaccepteerd binnen de internationale rechtspraktijk, de jurisprudentie en de literatuur.¹⁰⁰ Bij verplichtingen *erga omnes* speelt reciprociteit geen enkele rol aangezien de verplichtingen niet

⁹⁸ Meron 1989, p. 188-190, wijst echter op eerdere uitingen die hebben bijgedragen aan de ontwikkeling van het concept van de *erga omnes* verplichtingen, te beginnen met Hugo de Groot's *De jure belli et pacis*, Boek II, Hoofdstuk XXV, VIII, § 1 en 2. Hij meent dat het Internationaal Gerechtshof reeds in zijn *advisory opinion* over voorbehouden bij het Genocide-verdrag de fundamentele voor het concept van de *erga omnes* verplichtingen heeft gelegd, door te benadrukken dat de beginselen van het Genocide-verdrag door alle beschaaftde staten als bindend zijn erkend ook los van enige verdragsverplichting en dat deze beginselen bedoeld waren om een universele strekking te hebben (Internationaal Gerechtshof 28 mei 1951, *ICJ Reports* 1951 (Reservations to the Convention on Genocide – Advisory Opinion), p. 15 en 23).

⁹⁹ Internationaal Gerechtshof 5 februari 1970, *ICJ Reports* 1970 (Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd. (Belgium/Spain)), p. 32, § 33-34.

¹⁰⁰ Zie voor een beknopt overzicht met uitvoerige verwijzingen naar verdere literatuur Simonen 1999, p. 192-193 en ook Ragazzi 1997, p. 5-17.

gebaseerd zijn op een uitwisseling van rechten en verplichtingen tussen staten, maar op het deel uitmaken van een normatief systeem.¹⁰¹ Als staten derhalve maatregelen treffen om de naleving van een niet-nagekomen *erga omnes*-verplichting af te dwingen, gebeurt dit niet ter verdediging van bepaalde statelijke belangen, maar uit naam van de (internationale) gemeenschap als geheel. Overigens is het ook mogelijk dat het normatieve systeem voorziet in een handhavings- of toezichtmechanisme waarin een internationale organisatie optreedt (of kan optreden) in naam van de gemeenschap.

De breed geaccepteerde opvatting dat aan *erga omnes*-verplichtingen een bijzondere status binnen het internationale recht toekomt,¹⁰² geeft echter nog geen afdoende antwoord op de vraag of bepaalde algemene volkenrechtelijke beginselen eventueel een basis kunnen bieden voor het afwijken van die verplichtingen. Bovendien is in de internationaal-rechtelijke discussie nog veel minder uitgekristalliseerd welke verplichtingen nu precies dit *erga omnes*-karakter hebben. Komt dit *erga omnes*-karakter toe aan alle verplichtingen voortvloeiend uit de mensenrechtenverdragen of slechts aan een beperkte categorie van mensenrechtennormen?¹⁰³ In de *Barcelona Traction*-zaak verwees het Internationaal Gerechtshof, naast het agressieverbod en het genocideverbod, naar de verplichtingen voortvloeiend uit mensenrechtennormen – althans ‘principles and rules concerning the basic rights of the human person’ – waaronder het slavernijverbod en het verbod van rassendiscriminatie. Nu worden deze laatste twee normen doorgaans aangemerkt als onderdeel van het volkenrechtelijk gewoonterecht en als normen van *ius cogens*.¹⁰⁴ Het Hof gaf echter tevens aan dat dergelijke verplichtingen zouden (kunnen) voortvloeien uit mensenrechtenverdragen die een groot aantal verdragspartijen kennen. Of aan álle in die mensenrechtenverdragen opgenomen normen echter dit *erga omnes*-effect toekomt, liet het Hof onbeantwoord en binnen de internationaal-rechtelijke literatuur lopen de meningen daarover sterk uiteen. ILC-rapporteur Riphagen karakteriseerde in zijn tweede rapport inzake de regels inzake staatsaansprakelijkheid in 1981 álle in de mensenrechtennormen tot uitdrukking gebrachte belangen als ‘extra-state’, daarmee benadrukkend dat de bescherming geboden door deze normen ‘goes beyond that required by an aggregate of State interests’. Dit zou een ruime categorie van mensenrechtennormen met

¹⁰¹ Provost 1994, p. 386.

¹⁰² Er zijn ook nog auteurs die het concept van *erga omnes*-verplichtingen überhaupt niet overtuigend vinden, zoals de ILC-leden Sinclair en Simma. Sinclair ‘personally remained unconvinced that the materials at the Commission’s disposal were sufficient to justify the confident assertion that the concept of the injured State could be dispensed with in the case of a breach of an obligation erga omnes and that every State without exception could be regarded as having an equal legal interest in the matter’ (*Yearbook ILC* 1983, p. 130). Zie voor de opvatting van Simma de tekst behorend bij voetnoot 129 (*infra*).

¹⁰³ Vgl. Meron 1989, p. 192.

¹⁰⁴ Simonen 1999, p. 194; Ragazze 1997, p. 132-134. Zie ook de opmerkingen hierover in § 1.1.2 *supra*, voetnoot 24.

erga omnes-effect impliceren. Andere auteurs beperken deze echter tot een kleinere groep van fundamentele mensenrechtennormen, namelijk die normen die zo fundamenteel zijn dat ze tot het volkenrechtelijk gewoonterecht of de algemene volkenrechtelijke beginselen gerekend kunnen worden. Hiertoe rekent men dan doorgaans, naast de door het Internationaal Gerechtshof genoemde normen, ook het recht op leven, het verbod van foltering en van onmenselijke of vernederende bestraffing en het verbod van de toepassing van strafwetgeving met terugwerkende kracht. Het internationale recht blijft zich op dit punt echter uitbreiden en verder ontwikkelen:

'The determination of the exact contents of obligations *erga omnes* pertaining to human rights is an ongoing process. The core of basic human rights is an open-ended concept, under enlargement and expansion.'¹⁰⁵

De internationale *erga omnes*-discussie overziend, neig ik er met Meron toe om de categorie normen met *erga omnes*-effect ruim af te bakenen. Ik neem daarbij in het bijzonder in ogenschouw dat (a) in de ILC-bepalingen inzake staatsaansprakelijkheid op geen enkele wijze geïndiceerd wordt dat er een verschil zou bestaan tussen het niet-nakomen van de ene (fundamentele) mensenrechtelijke verdragsverplichting en de andere (minder fundamentele) mensenrechtelijke verdragsverplichting¹⁰⁶ en (b) doorgaans binnen de mensenrechtennormen sowieso geen 'automatische hiërarchie' wordt aangenomen. Ik beschouw de vraag of niet-rechtstreeks geraakte staten op grond van dit *erga omnes*-karakter gerechtigd zijn om de normschendende staat in rechte (op basis van het algemene volkenrecht) aan te spreken vooral als een kwestie die afhankelijk is van de ernst van de schending: is die eenmalig of is er sprake van ernstige en structurele schendingen van bepaalde mensenrechtennormen? In de woorden van Meron:

'In sum, both international practice and scholarly opinion seem to have moved well beyond the *erga omnes* dictum of *Barcelona Traction*. The distinction between basic human rights and human rights *tout court*, as regards their *erga omnes* character, can no longer be regarded as settled law. The emerging desuetude of the confusing distinction in *Barcelona Traction* between basic rights and other human rights, and the growing recognition of the *erga omnes* character of all human rights, greatly enhance the prospects of acceptance of complaints brought by any state to protect such rights. In my opinion, contemporary international law permits states, whether or not directly affected, to bring at least some actions involving human rights violations before competent international judicial or quasi-judicial organs.

¹⁰⁵ Simonen 1999, p. 196.

¹⁰⁶ Meron 1989, p. 197-198.

It is, however, less clear whether this right of states not directly affected is limited to gross and systematic violations. Because of the scarcity of practice, the customary law on this point is not yet settled.¹⁰⁷

Overigens is de hele *erga omnes*-discussie voor de mensenrechtenverdragen die voor deze studie het meest relevant zijn slechts van een gering belang. Uiteindelijk draait het bij de *erga omnes*-verplichtingen om de vraag welke staat of staten bevoegd zijn om actie in rechte – bijvoorbeeld bij het Internationaal Gerechtshof – te ondernemen in geval van niet-naleving van bepaalde volkenrechtelijke verplichtingen door een andere staat.¹⁰⁸ Er mag wellicht onduidelijkheid zijn over deze bevoegdheid in het algemene volkenrecht of het volkenrechtelijke gewoonterecht, in de ‘klassieke’ mensenrechtenverdragen als EVRM en IVBPR, is deze bevoegdheid voor alle verdragsstaten (specifiek getroffen door de niet-naleving¹⁰⁹ of niet) gecreëerd door middel van het statenklachtrecht. De verdragen voorzien hier dus zelf in het *erga omnes*-effect.¹¹⁰

107 Meron 1989, p. 199.

108 Meron 1989, p. 191-192: ‘When an obligation *erga omnes*, in whose fulfillment all states have a “legal interest”, is breached, the breaching state’s responsibility is engaged *vis-à-vis* all of the other members of the international community. Therefore “every State must be considered justified in invoking – probably through judicial channels – the responsibility of the State committing the internationally wrongful act”. Claims brought before the ICJ [International Court of Justice – JPL] under Article 36(1) or 36(2) of the ICJ’s Statute by states not directly affected by breaches are therefore based on the “legal interest” or “legal right” of all states in the observance of certain fundamental norms of international law.’ Het citaat in deze passage is ontleend aan *Yearbook ILC* 1976, part 2, p. 76.

109 Omdat de schending van de verdragsnormen geschiedt ten aanzien van een eigen onderdaan.

110 Meron 1989, p. 194, noemt dit ‘conventional *erga omnes*’. Vgl. ook Craven 2000, p. 510. In dit licht is de opmerking van het Internationaal Gerechtshof in *Barcelona Traction* die lijkt te impliceren dat het *erga omnes*-karakter niet aan alle mensenrechten toekomt ook enigszins achterhaald, aangezien het Hof hierbij verwijst naar het feit dat het EVRM dat ‘entitles each State which is a party to the Convention to lodge a complaint against any other contracting State for violation of the Convention, irrespective of the nationality of the victim’ terwijl dit bij de universele mensenrechtenverdragen niet het geval is. Ten tijde van *Barcelona Traction* (1970) was dit inderdaad grotendeels juist. Alleen het IVRD uit 1965 (in werking getreden op 4 januari 1969) kende een vorm van statenklachtrecht (art. 11). Het IVBPR uit 1966 was nog niet in werking getreden en kende slechts een optioneel statenklachtrecht (art. 41) dat nog nauwelijks door staten (via het afleggen van een afzonderlijke verklaring) was erkend. Sindsdien is het aantal staten dat het klachtrecht van art. 41 IVBPR heeft erkend drastisch toegenomen (van de 154 staten die d.d. 1 februari 2005 partij zijn bij het IVBPR hebben er 49 het statenklachtrecht geaccepteerd en 104 het individueel klachtrecht) en zijn nieuwe universele mensenrechtenverdragen tot stand gebracht met daarin een mandatorisch statenklachtrecht (dus niet meer afhankelijk van het afleggen van een afzonderlijke verklaring), bijvoorbeeld het VN-verdrag tegen foltering (uit 1984; zie art. 21 van dit verdrag).

3.5.1.3 Opvatting toezichhoudende organen

Min of meer los van de *erga omnes*-discussie in de algemene volkenrechtelijke doctrine, stellen de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECieRM), het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), het VN-Mensenrechtencomité en het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens (IAHRM) het bijzondere, niet-wederkerige, karakter van de verdragsverplichtingen op grond van de mensenrechtenverdragen zonder meer op de voorgrond.

Reeds in haar vroege jurisprudentie maakte de ECieRM duidelijk dat de verplichtingen van de verdragsstaten onder het EVRM niet afhankelijk zijn van het wel of niet nakomen daarvan door de andere verdragsstaten zodat toepassing van sancties en maatregelen gebaseerd op reciprociteit niet in de rede ligt.

‘[T]he purpose of the High Contracting Parties in concluding the Convention was not to concede to each other reciprocal rights and obligations in pursuance of their individual national interests but to realise the aims and ideals of the Council of Europe (...) and to establish a common public order of the free democracies of Europe with the object of safeguarding their common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law’

en

‘The obligations undertaken by the High Contracting Parties in the Convention are essentially of an objective character, being designed rather to protect the fundamental rights of individual human beings from infringement by any of the High Contracting Parties than to create subjective and reciprocal rights for the High Contracting Parties themselves; (...)’

the objective character of the engagements undertaken by the High Contracting Parties similarly appears in the machinery provided in the Convention to guarantee their observance; (...)’

the High Contracting Parties have empowered any one of their number to bring before the Commission [tegenwoordig: the Court – JPL] any alleged breach of the Convention, regardless of whether the victims of the alleged breach are nationals of the applicant State or whether the alleged breach otherwise particularly affects the interests of the applicant State (...)’

It [thus] follows that a High Contracting Party, when it refers an alleged breach of the Convention to the Commission under Article 24 [thans: to the Court under Article 33 – JPL], is not to be regarded as exercising a right of action for the purpose of enforcing its own rights, but rather as bringing before the Commission an alleged violation of the public order of Europe.’

zo stelde de ECieRM in de zaak *Austria/Italy* uit 1961.¹¹¹ Ook het EHRM benadrukte in zijn jurisprudentie al snel de bijzondere karaktertrekken van het EVRM-systeem:

‘Given that it is a law-making treaty, it is also necessary to seek the interpretation that is most appropriate in order to realise the aim and achieve the object of the treaty, not that which would restrict to the greatest possible degree the obligations undertaken by the Parties.’¹¹²

Hiermee zette het Hof de toon voor een teleologische interpretatie (gericht op voorwerp en doel van het verdrag) van de EVRM-bepalingen en de daaruit voortvloeiende verdragsverplichtingen. Dit overigens in lijn met de algemene volkenrechtelijke interpretatieregels zoals neergelegd in artikel 31 WvV.¹¹³ Het normstellende karakter van het EVRM onderscheidt dit verdrag, volgens het Hof, van andere soorten verdragen die meer een contractuele inslag hebben. Zo bleek uit het arrest *Ireland/UK*:

‘Unlike international treaties of the classic kind, the Convention comprises more than mere reciprocal engagements between Contracting States. It creates over and above a network of mutual bilateral undertakings, objective obligations which, in the words of the Preamble, benefit from a “collective enforcement”. By virtue of Article 24 [thans 33 – JPL], the Convention allows Contracting States to require the observance of those obligations without having to justify an interest deriving, for example, from the fact that a measure they complain of has prejudiced one of their own nationals.’¹¹⁴

Wat het IVBPR betreft heeft het VN-Mensenrechtencomité in zijn *General Comment* No. 15, over de positie van vreemdelingen onder het verdrag, opgemerkt

111 ECieRM 11 januari 1961, Appl. No. 788/60 (*Austria/Italy* (Pfunders)), *Yearbook ECHR* 1961, p. 138 en 140. In deze zaak had Oostenrijk bij de Commissie geklaagd over de strafrechtelijke vervolging van een zestal Duitstalige mannen in Alto Adige (Süd Tirol). Oostenrijk betoogde dat diverse aspecten van het proces de toets aan artikel 6 EVRM niet konden doorstaan. Italië voerde als preliminair verweer aan dat de Commissie geen rechtsmacht in deze kwestie had, omdat Italië ten tijde van de strafprocedures het EVRM wel geratificeerd had, maar Oostenrijk nog niet, zodat er op het moment van de procedures nog geen sprake zou zijn geweest van verplichtingen van Italië jegens Oostenrijk. Rozakis 1999, p. 502-503 merkt op dat de Straatsburgse organen nooit exact hebben aangegeven wat zij met de term ‘objective obligations’ beoogden aan te duiden, maar gaat ervan uit dat daarmee eigenlijk hetzelfde bedoeld wordt als *erga omnes*-verplichtingen. In de volgende paragraaf ga ik overigens nog in op een element van wederkerigheid dat ten tijde van de zaak *Austria/Italy* in de statenklachtprocedure onder het EVRM wel degelijk aanwezig was.

112 EHRM 27 juni 1968, *Series A* Vol. 7 (Wemhoff/FRG), § 8.

113 Art. 31 lid 1 WvV luidt: ‘A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.’

114 EHRM 18 januari 1978, *Series A* Vol. 25 (*Ireland/UK*), p. 90, § 239.

dat '[i]n general, the rights set forth in the Covenant apply to everyone *irrespective of reciprocity* [curs. JPL], and irrespective of his or her nationality or statelessness.'¹¹⁵ En in zijn hierboven reeds aangehaalde *General Comment* No. 24, over voorbehouden, zegt het Comité dat de mensenrechtenverdragen

'are not a web of inter-state exchanges of mutual obligations. They concern the endowment of individuals with rights. The principle of inter-state reciprocity has no place save perhaps in the limited context of reservations to declarations on the Committee's competence under Article 41.'¹¹⁶

Het IAHRM nam in zijn *Advisory Opinion* over het effect van voorbehouden op de inwerkingtreding van het AVRМ uit 1982 eveneens het voorwerp en doel van het verdrag als uitgangspunt bij de beoordeling. Het Hof moest een uitspraak doen over de vraag of een staat die toetreedt tot het AVRМ (of tot ratificatie van het AVRМ overgaat) met een of meer voorbehouden als partij bij het verdrag beschouwd dient te worden vanaf het moment van de overhandiging van de akte van ratificatie aan de depositaris, of vanaf het einde van de periode genoemd in artikel 20 WVV.¹¹⁷ De bepaling over voorbehouden in het AVRМ, artikel 75, geeft aan dat het verdrag 'shall be subject to reserva-

115 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment* No. 15, § 1, opgenomen in VN Doc. HRI/GEN/1/Rev.6, p. 140.

116 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment* No. 24, § 17, opgenomen in VN Doc. HRI/GEN/1/Rev.6, p. 166.

117 Artikel 20 WVV luidt:

1. A reservation expressly authorized by a treaty does not require any subsequent acceptance by the other contracting States unless the treaty so provides.
2. When it appears from the limited number of the negotiating States and the object and purpose of a treaty that the application of the treaty in its entirety between all the parties is an essential condition of the consent of each one to be bound by the treaty, a reservation requires acceptance by all the parties.
3. When a treaty is a constituent instrument of an international organization and unless it otherwise provides, a reservation requires the acceptance of the competent organ of that organization.
4. In cases not falling under the preceding paragraphs and unless the treaty otherwise provides:
 - (a) acceptance by another contracting State of a reservation constitutes the reserving State a party to the treaty in relation to that other State if or when the treaty is in force for those States;
 - (b) an objection by another contracting State to a reservation does not preclude the entry into force of the treaty as between the objecting and reserving States unless a contrary intention is definitely expressed by the objecting State;
 - (c) an act expressing a State's consent to be bound by the treaty and containing a reservation is effective as soon as at least one other contracting State has accepted the reservation.
5. For the purposes of paragraphs 2 and 4 and unless the treaty otherwise provides, a reservation is considered to have been accepted by a State if it shall have raised no objection to the reservation by the end of a period of twelve months after it was notified of the reservation or by the date on which it expressed its consent to be bound by the treaty, whichever is later.

tions only in conformity with the provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties'. Het IAHRM moest duidelijk maken of artikel 75 AVRМ nu bedoelde te verwijzen naar artikel 20, vierde lid, wvV, dat stelt dat de inwerkingtreding van een ratificatie afhankelijk is van de aanvaarding van de aan die ratificatie verbonden voorbehouden door een andere verdragspartij, of naar het eerste lid van artikel 20 wvV, dat geen aanvaarding van het voorbehoud door enige andere verdragspartij verlangt. Het Hof meende dat dit laatste het geval is, mits het betreffende voorbehoud niet strijdig is met het voorwerp en doel van het verdrag:

'the reference in Article 75 to the Vienna Convention makes sense only if it is understood as an express authorization designed to enable States to make whatever reservations they deem appropriate, provided the reservations are not incompatible with the object and purpose of the treaty.'¹¹⁸

Het Hof zag derhalve binnen het kader van het AVRМ geen grote rol weggelegd voor het beginsel van reciprociteit, in het licht van het voorwerp en doel van het AVRМ als mensenrechtenverdrag:

'[M]odern human rights treaties in general, and the American Convention in particular, are not multilateral treaties of the traditional type concluded to accomplish the reciprocal exchange of rights for the mutual benefit of the contracting States. Their object and purpose is the protection of the basic rights of individual human beings irrespective of their nationality, both against the State of their nationality and all other contracting States. In concluding these human rights treaties, the States can be deemed to submit themselves to a legal order within which they, for the common good, assume various obligations, not in relation to other States, but towards all individuals within their jurisdiction.'¹¹⁹

Het Hof verwees naar artikel 60, vijfde lid, wvV, dat humanitairrechtelijke verdragen betreft, en concludeerde dat:

'the Convention must be seen for what in reality it is: a multilateral legal instrument or framework enabling States to make binding unilateral commitments not to violate the human rights of individuals within their jurisdiction. A treaty which attaches such great importance to the protection of the individual that it makes the right of individual petition mandatory as of the moment of ratification, can hardly be deemed to have intended to delay the treaty's entry into force until at least one other State is prepared to accept the reserving State as a

118 IAHRМ 24 september 1982, Advisory Opinion OC-2/82, *Series A*, No. 2 (The effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (Articles 74 and 75)), § 35.

119 *Idem*, § 30.

party. Given the institutional and normative framework of the Convention, no useful purpose would be served by such a delay.¹²⁰

Het VN-Mensenrechtencomité houdt in *General Comment No. 24* dezelfde lijn aan. Zoals hierboven reeds werd opgemerkt, geeft het Comité hierin aan dat 'it necessarily falls to the Committee to determine whether a specific reservation is compatible with the object and purpose of the Covenant'. De belangrijkste reden hiervoor is het bijzondere karakter van de verdragsverplichtingen:

'Because of the special character of a human rights treaty, the compatibility of a reservation with the object and purpose of the Covenant must be established objectively, by reference to legal principles, and the Committee is particularly well placed to perform this task. The normal consequence of an unacceptable reservation is not that the Covenant will not be in effect at all for a reserving party. Rather, such a reservation will generally be severable, in the sense that the Covenant will be operative for the reserving party without benefit of the reservation.'¹²¹

Met betrekking tot de regels rondom voorbehouden is er volgens het Comité derhalve reden om af te wijken van het stramien uit het algemene verdragenrecht waarin reciprociteit een rol speelt.

3.5.1.4 Recapitulatie: niet-wederkerigheid op twee niveaus

De bovenstaande uitspraken van diverse toezichthoudende organen maken duidelijk dat het niet-wederkerige karakter van de verdragsverplichtingen voortvloeiend uit de mensenrechtenverdragen als het ware op twee niveaus een rol speelt. In de eerste plaats met betrekking tot de toepasselijkheid van de verdragsnormen *an sich* – zie vooral de uitspraken over voorbehouden – en ten tweede met betrekking tot het geldende toezicht- of handavingsmechanisme.¹²²

Als het gaat om het eerste niveau, dat van de toepasselijkheid van de verdragsnormen, moet, de hierboven weergegeven zeer algemeen gestelde opmerking van het IAHRM ten spijt, worden opgemerkt dat het niet-wederkerige karakter van de verdragsverplichtingen niet zonder meer aanwezig is bij 'de' mensenrechtenverdragen in zijn algemeenheid (als die categorie verdragen al heel strikt te definiëren zou zijn). Bij sommige mensenrechtenverdragen, zoals het Europees Sociaal Handvest (ESH) en enkele verdragen met betrekking tot de positie van werknemers die gesloten zijn in het kader van de *International Labour Organisation* (ILO) is de bescherming van bepaalde in

120 *Idem*, § 33-34.

121 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 24*, § 18, opgenomen in VN Doc. HRI/GEN/1/Rev.6, p. 166-167.

122 Vgl. Rozakis 1999, p. 498-499. Hij gaat ook nadrukkelijk in op het non-reciproque karakter van het EVRM vanuit het perspectief van de bedoelingen van de verdragsopstellers.

het verdrag genoemde rechten gekoppeld aan het bezit van de nationaliteit van een van de verdragspartijen, waardoor het element van reciprociteit in die verdragen weer een nadrukkelijker rol speelt. Ditzelfde geldt voor meer humanitairrechtelijke verdragen als de Geneefse Conventies van 1949 en de Protocolen daarbij uit 1979.¹²³ Gemeenschappelijk artikel 2 van de Geneefse Conventies stelt namelijk:

‘Although one of the Powers in conflict may not be a party to the present Convention, the Powers who are parties thereto shall remain bound by it *in their mutual relations* [curs. JPL]. They shall furthermore be bound by the Convention in relation to said Power, if the latter accepts and applies the provisions thereof.’

Dit lijkt een uitdrukking te zijn van de wederkerigheid van de verdragsverplichtingen. Tegelijkertijd worden de verdragsverplichtingen voortvloeiend uit de Geneefse Conventies in de literatuur echter ook aangeduid als *erga omnes*-verplichtingen.

‘International humanitarian law also imposes many obligations *erga omnes*, all States having not merely an interest but rather a duty to “ensure respect” of the Geneva Conventions (common Article 1) and to repress grave breaches regardless of the nationality of the perpetrator and victim (Articles 49/50/129/146). The fact that parties cannot absolve each other of responsibility for grave breaches of the 1949 Geneva Conventions (Articles 51/52/131/148) also underscores the non-bilateral, *erga omnes* character of obligations under humanitarian law,’

zo geeft Provost aan.¹²⁴ Naast de door Provost aangehaalde artikelen kan in dit verband ook gewezen worden op gemeenschappelijk artikel 3 van de Geneefse conventies, waarin een gedragsstandaard is neergelegd waaraan alle partijen moeten voldoen, ongeacht het gedrag van de vijandelijke strijders. Het Internationaal Gerechtshof heeft in de *Nicaragua*-zaak de standaard van dit gemeenschappelijk artikel 3 aangemerkt als ‘a customary minimum regime applicable in all circumstances’,¹²⁵ waaruit derhalve absolute verplichtingen voortvloeien voor alle partijen bij een gewapend conflict, zonder dat reciprociteit een rol speelt.

Het is dus veeleer zo dat de rol en betekenis van het element van reciprociteit binnen de mensenrechtelijke en humanitairrechtelijke verdragen niet geheel eenduidig is, het hangt er enigszins vanaf welke bepaling men als aanknopingspunt neemt: er is sprake van ‘gradaties’ in reciprociteit.¹²⁶ Ik meen

¹²³ Craven 2000, p. 499.

¹²⁴ Provost 1994, p. 388. Ook Meron 1989, p. 190, noemt gemeenschappelijk artikel 1 van de Geneefse Conventies ‘clearly a precursor of the concept of obligations *erga omnes*’.

¹²⁵ Internationaal Gerechtshof 11 juli 1996, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua/USA), *ICJ Reports* 1986, p. 114.

¹²⁶ Vgl. Provost 1994, p. 389.

echter dat de mensenrechtenverdragen waarop de volgende hoofdstukken van deze studie zich concentreren, het EVRM en het IVBPR, wel in de categorie verdragen vallen waarbij juist het niet-wederkerige karakter van de verdragsverplichtingen kenmerkend, zo niet bepalend, is.¹²⁷

Craven heeft in een in 2000 gepubliceerd artikel de verschillende visies met betrekking tot de 'identiteit' van de mensenrechtenverdragen geanalyseerd en onderscheidt daarbij drie benaderingen: de formele benadering, de teleologische benadering en de constitutieve benadering.¹²⁸ In de formele benadering wordt vooral de vorm van de verdragen in het oog gehouden en wordt gesteld dat mensenrechtenverdragen, net als andere verdragen, in de sfeer van de normstelling wederkerige rechten en verplichtingen voor de verdragsstaten creëren, waarbij het enige verschil is dat de rechten van de verdragsstaten niet gericht zijn op de behartiging van een eigen materieel statelijk belang. Simma verwoordt dit als volgt:

'Whereas in cases of agreements regulating genuine inter-State relations treaty obligations have to be accepted and carried out as the *conditio sine qua non* for the enjoyment of the advantages accruing from the other parties' performance, the standards prescribed by the conventions of the novel type [de mensenrechtenverdragen – JPL] could also be realized unilaterally. That States assume such social or humanitarian obligations in treaty form in spite of this fact can be explained by the interest each contracting party has in every other party keeping step by accepting identical obligations.'¹²⁹

Volgens Simma kan van de mensenrechtenverdragen gezegd worden dat zij in materieel en sociologisch opzicht weliswaar niet gericht zijn op een wederkerige uitwisseling tussen de verdragsstaten, maar in juridisch opzicht wel gewoon gebaseerd zijn op reciprociteit.

Min of meer tegenover de formele benadering staat de teleologische benadering, waarin meer oog is voor de functie die de mensenrechtenverdragen

127 Hetzelfde geldt overigens voor het IVESCR en het AVR. Zo ook Craven 2000, p. 499. Hij noemt als overige verdragen behorend tot deze categorie het IVRK, het IVDV en het VN-Verdrag tegen foltering. Provost 1994, p. 389-390, stelt echter weer dat non-reciprociteit karakteristiek is voor alle mensenrechtenverdragen: 'In human rights law, obligations pertaining to substantive norms are absolute or, in other words, unconditional and *erga omnes*. Human rights are liberally construed to apply always everywhere and to everyone. There are, in fact, limitations to the applicability of human rights based on, for example, nationality or membership in a minority group. These limitations, however, incorporate no element of reciprocity based on the behaviour of the benefited person or group. That the latter may lose the right to exercise fully some human rights because of the adverse effect on the rights of others is a question conceptually distinct from initial applicability of these rights to the individual or group. It raises not so much elements of reciprocity but rather limitations on the content and effect of human rights. Reciprocity has no significant impact on that level.' Vgl. Rozakis 1999, p. 500-501.

128 Craven 2000, p. 513-517.

129 Simma 1994, p. 401.

vervullen. In deze benadering worden mensenrechtenverdragen gezien als verdragen die in de eerste plaats tot doel hebben de bescherming van de wettige belangen van individuen of groepen en niet die van de verdragsstaten. Dergelijke verdragen moeten in deze benadering dan ook beschouwd worden als een optelsom van unilaterale verplichtingen van de verdragsstaten jegens die individuen of groepen of als geïnternationaliseerde constitutionele overeenkomsten die een afdwingbare rechtsverhouding bewerkstelligen tussen de overheid en de betreffende individuen (dus niet of niet alleen verplichtingen tussen de verdragsstaten onderling, maar juist – of: in het bijzonder ook – tussen de verdragsstaten en de zich onder hun jurisdictie bevindende burgers.¹³⁰ De verdragsstaten hebben op grond van de mensenrechtenverdragen wel bepaalde procedurele rechten om op te treden tegen niet-naleving van de verdragsnormen – statenklachtrecht – maar die rechten zijn niet gericht op de bescherming van eigen specifieke statelijke belangen, want die zijn in casu geheel niet aanwezig of niet relevant.¹³¹

Craven wijst erop dat voor beide benaderingen het nodige te zeggen valt en dat de aanvaarding van één van beide benaderingen als de correcte ook te maken heeft met de wijze waarop men tegen de mensenrechten op zichzelf aankijkt: zijn dit 'bij verdrag gecreëerde' rechten of vormen de verdragen slechts een bevestiging of erkenning van 'pre-existerende' rechten?:

'Each of these two understandings, however, works against the other: human rights treaties cannot simply be 'constitutional' insofar as they are constructed in the form of agreements between states (they do not in that sense precede those agreements, and exist only in relation to them). Third parties remain third parties, and states are bound only to the extent that they have formally registered their consent. By the same token, human rights treaties cannot simply be "ordinary treaties", as they seem to be premised upon the idea that the rights pre-exist not only the treaties themselves, but also explain or justify the competence of governments in relation to them. We seem to be faced, then, with a problem of semantics when we speak about this species of "human rights treaties": are we, at any moment, referring to the fact that they are treaties, or to the fact that they instantiate human rights?'¹³²

De tekst van de mensenrechtenverdragen zelf wijst op dit punt mijns inziens onmiskenbaar in de richting van 'pre-existerende' rechten.¹³³ Reeds de preambule van de UVRM spreekt over '*erkenning*' van de inherente waardigheid en van de gelijke en onvervreembare rechten van alle leden van de wereld-

130 Craven 2000, p. 514; Meron 1989, p. 100.

131 Vgl. ILC-rapporteur Fitzmaurice in zijn vierde rapport m.b.t. de codificatie van het verdragenrecht, Yearbook ILC 1959, p. 54.

132 Craven 2000, p. 493.

133 Zie ook het verslag van de discussie over de tekst van de IVBPR-preambule in VN-doc. A/2929, Ch. III, § 6.

gemeenschap [curs. JPL]' en deze term keert terug in de preambules van alle algemene mensenrechtenverdragen.¹³⁴ De preambules van IVBPR en IVESCR voegen daar expliciet aan toe dat de in de verdragen genoemde rechten 'voortvloeien uit de inherente waardigheid van de menselijke persoon'. Een en ander zou dan aanleiding kunnen zijn om de teleologische benadering van de mensenrechtenverdragen als de meest aanvaardbare te beschouwen. Daar komt bij dat, zoals hierboven is gebleken, de toezichthoudende organen die op grond van de mensenrechtenverdragen zijn gecreëerd om de naleving van de verdragsverplichtingen te controleren en de verdragsnormen te interpreteren zonder uitzondering in hun uitspraken de teleologische benadering op de voorgrond plaatsen.

De vraag is echter of het bijzondere karakter van de mensenrechtenverdragen daarmee voldoende bepaald is en de toepasselijkheid van algemene volkenrechtelijke regels met betrekking tot de al dan niet naleving van verdragsverplichtingen voor wat betreft de mensenrechtenverdragen geheel kan worden uitgesloten. Het feit dat de mensenrechtenverdragen een objectieve (niet op reciprociteit gerichte) doelstelling hebben, maakt deze verdragen namelijk niet uniek. Onder meer Vierdag stelt dat het niet-wederkerige karakter van de verdragsverplichtingen geen 'special feature' van alleen de mensenrechtenverdragen is: '... many other treaties have been made that contain rules of a general character and that are not directed at creating reciprocal rights and obligations for the parties'. Hij denkt daarbij bijvoorbeeld aan de verdragen over diplomatieke of consulaire bescherming en bepaalde verdragen in de sfeer van de milieubescherming.¹³⁵

Voor een nog preciezer aanduiding van het bijzondere karakter van de mensenrechtenverdragen is het noodzakelijk om ook te kijken naar 'het systeem van het verdrag', vooral waar het betreft het toezicht- of handhavingsmechanisme. Daarmee komen we dan bij het aan het begin van deze paragraaf onderscheiden 'tweede niveau' waarop niet-wederkerigheid aan de orde is en ook bij de derde door Craven onderscheiden benadering: de constitutieve benadering. Deze benadering vormt als het ware een aanvulling op de teleologische benadering. Hij omschrijft deze als volgt:

'The third approach, and that which draws more obviously upon the constitutive nature of legal "regimes", is to view human rights treaties as embodying certain "collective values" (...) which both define and transcend individual states' legal interests. Since the treaty, according to this view, is the product of coordinated action by states acting in concert, the substantive values and protected legal interests

134 EVRM, IVBPR, IVESCR, AVRМ en bijvoorbeeld ook het Grondrechtenhandvest van de Europese Unie. Het ESH spreekt in de preambule van het 'veiligstellen' en 'verwezenlijken' van de sociale rechten, hetgeen ook eerder in de richting van pre-existerende rechten dan van wat anders wijst.

135 Bijvoorbeeld het Weens verdrag inzake consulaire betrekkingen uit 1963. Zie Vierdag 1994, p. 122-123 Evenzo Craven 2000, p. 497.

embodied also partake of this character. In ratifying the treaty, therefore, states assume obligations not in relation to each other *ut singuli*, but to all other participating states as a collective. Each state, therefore, may be seen to have a legal interest in the performance of the obligations concerned, and it is to that end that inter-state petition mechanisms are directed. This may seem to indicate a return to the type of relational structure that is expressive of the idea of reciprocity, but the important factor is that the legal interest possessed by states is a derivative, and not exclusively personal, one. The regime, in other words, is seen in “constructivist” terms, as being constitutive of the nature and identity of those state interests rather than simply being a product of mutual exchange between individual states. Individual state interests, in other words, are entirely bounded by (and constituted within) the interests of the regime as a whole, and exist only insofar as they correspond with that of the collective.¹³⁶

Craven meent dat deze constitutieve benadering het meest duidelijk tot uiting komt in de uitspraak van de ECieRM in de zaak *Austria/Italy* en in het EHRM-arrest *Ireland/UK*.

Commissie en Hof geven in beide zaken aan dat het EVRM-statenklachtrecht simpelweg een manier is om de nakoming van verdragsverplichtingen te verzekeren en niet bedoeld is als een bewijs van het bestaan van bepaalde statelijke ‘rechten’. Staten kunnen onder het EVRM weliswaar een klachtrecht uitoefenen (artikel 33), maar als zij dat doen is dat niet om bepaalde subjectieve rechten van zichzelf veilig te stellen, maar om het algemene, publieke, belang onder het verdrag te dienen en de collectieve waarden die daarin besloten liggen te bevorderen. Hoewel artikel 55 EVRM de statenklachtprocedure onder het verdrag aanduidt als ‘geschillenbeslechting’ heeft deze eigenlijk meer het karakter van de mogelijkheid tot het instellen van een *actio popularis* ter bescherming van de in het verdrag opgesomde rechten.¹³⁷

Nu past bij deze benadering de kanttekening dat het EVRM-toezichtmechanisme in de tijd van de zaken *Austria/Italy* en *Ireland/UK* toch wel degelijk een element van reciprociteit bevatte. Op grond van artikel 46, tweede lid, EVRM-oud kon de erkenning door een verdragsstaat van de rechtsmacht van het Hof afhankelijk worden gesteld van eenzelfde erkenning door een of meer andere

¹³⁶ Craven 2000, p. 515-516.

¹³⁷ Craven 2000, p. 512. De beide genoemde uitspraken van de Straatsburgse instanties zijn voor Rozakis, vice-president van het EHRM, reden om zonder meer te spreken van het EVRM als een verdrag *sui generis*: ‘It is a common place that the European Convention on Human Rights does not belong to the stereotyped category of multilateral treaties which produce rights and obligations for the States-parties to them and which operate solely or predominantly in the international legal order. It is a *sui generis* international treaty of a manifold character which had revolutionized interstate legal relations at the time of its adoption and coming into force.’ (Rozakis 1999, p. 497 en 501-502).

verdragspartijen.¹³⁸ Dit element van reciprociteit doet echter geen afbreuk aan de bovenstaande opmerkingen over het inhoudelijke karakter van de statenklachtprocedure. Bovendien is door de inwerkingtreding van het Elfde Protocol in 1998 de rechtsmacht van het EHRM mandatoir geworden, waardoor het ook het element van reciprociteit in de rechtsmachterkenning is komen te vervallen.¹³⁹

Indien de structuur van het toezichtmechanisme op de voorgrond wordt geplaatst, ter aanvulling en verduidelijking van het karakter van de verdragsverplichtingen onder dat verdrag, is het logisch dat de toezichthoudende organen die door dat verdrag worden gecreëerd de absolute hoofdrol spelen bij de interpretatie van het verdrag en de bepaling van het toepassingsbereik daarvan. Vanuit dat perspectief is het mijns inziens voor de hand liggend dat bijvoorbeeld aanvaardbaarheid van gemaakte voorbehouden bij uitsluiting of in ieder geval in hoogste instantie wordt beoordeeld door de verdragsorganen, die immers constitutief zijn voor het karakter van het verdragsregime, en niet door de individuele verdragsstaten. Met dit standpunt sluit ik mij (gedeeltelijk) aan bij de 'permissibility school' in het debat over de beoordeling van voorbehouden. Dit debat werd recentelijk door Fitzmaurice als volgt samengevat:

'How are those reservations which are incompatible with the object and purpose of a treaty distinguished from those which are not? There are two schools of thought: the permissibility school and the opposability school. The permissibility school is based on a two-stage assessment procedure: first, the reservation must be objectively assessed for compatibility with the object and purpose of the treaty. If it is not compatible, acceptance by other states cannot validate it. If, however, the reservation is compatible with the object and purpose of the treaty, the parties may decide whether to accept or object to the reservation on whatever grounds they wish, such as for political reasons. The opposability school bases the validity of the reservation entirely upon whether it has been accepted by other parties and

138 Een hiermee verband houdende situatie kwam aan de orde in de statenklachtprocedure van Frankrijk, Noorwegen, Denemarken, Zweden en Nederland tegen Turkije, die in 1982 werd aangespannen en in 1985 uitmondde in een minnelijke schikking. Deze procedure had o.m. betrekking op door de Turkse regering getroffen maatregelen in het kader van een noodtoestand en de verenigbaarheid daarvan met art. 15 EVRM (m.n. de bescherming van enkele *notstands*rechten). Turkije stelde in deze procedure dat het feit dat Frankrijk zelf een voorbehoud gemaakt had bij art. 15 eraan in de weg zou staan dat deze staat zich in een procedure tegen een andere staat op dit artikel zou beroepen. De ECieRM wees dit echter van de hand, onder verwijzing naar 'the objective nature of the obligation under the Convention'. ECieRM 6 december 1983 (rapport), appl.no. 9940-9944/82 (France, Norway, Denmark, Sweden and the Netherlands/Turkey), *D&R* Vol. 35, p. 168-169.

139 De regeling betreffende het statenklachtrecht in het IVBPR bevat wel nog altijd dit element van reciprociteit. Art. 41 lid 1 IVBPR schrijft voor dat statenklachten alleen door het Mensenrechtencomité in ontvangst worden genomen en worden behandeld indien zij zijn ingezonden door een staat die zelf d.m.v. een verklaring de rechtsmacht van het Comité om kennis te nemen van tegen die staat gerichte statenklachten heeft erkend.

sees the compatibility test as merely a guiding principle for the parties to contemplate when considering whether to accept or object to the reservation.¹⁴⁰

Het komt mij voor dat een bij de 'permissibility school' aansluitende benadering heel duidelijk te herkennen is in de jurisprudentie van zowel ECieRM en EHRM, als AHRM en VN-Mensenrechtencomité: indien de toezichthoudende organen een bepaald voorbehoud ontoelaatbaar achten, kan een andersluidend oordeel van verdragspartijen hieraan geen afbreuk doen.¹⁴¹ Ik acht dat ook zeer terecht, vooral omdat de klassieke mensenrechtenverdragen waarop deze instanties toezicht houden niet alleen grenzen aangeven van de overheidsbevoegdheden, maar tevens een onderdeel vormen van de grondslag ter rechtvaardiging van die overheidsbevoegdheden.

Wel moet worden opgemerkt dat de mensenrechtenverdragen niet voorzien in specifieke procedures voor de verdragsorganen om voorbehouden te beoordelen. Het EHRM en het VN-Mensenrechtencomité kunnen de reikwijdte van een gemaakt voorbehoud beoordelen en toetsen op verenigbaarheid met het voorwerp en doel van EVRM respectievelijk IVBPR in het kader van een individuele klachtprocedure (maar het wachten is dan op een klacht waarin dat voorbehoud eventueel een rol speelt). Bij de mensenrechtenverdragen die alleen voorzien in een rapportageprocedure is het voor de verdragsorganen al veel lastiger om een (bindende) uitspraak te doen over een gemaakt voorbehoud.

140 Fitzmaurice 2003, p. 193. Zie hierover ook: *Yearbook ILC* 1995, Vol. II, part 2, p. 101, § 102 en Goodman 2002.

141 Zie daarvoor de eerder in deze paragraaf aangehaalde uitspraken, opinies en *general comments* van deze instanties. Zo concludeert Van der Velde in zijn studie naar de grenzen aan het toezicht op de naleving van het EVRM bijvoorbeeld ook dat de algemene volkenrechtelijke regels m.b.t. voorbehouden uit het WVV, die voorzien in een rol voor de overige verdragspartijen, voor de EVRM-organen slechts een tamelijk marginale rol spelen als 'aanvullende criteria' (Van der Velde 1997, p. 289, 303-311 en 341-346). Vgl. ook Simma 2000, p. 85. E.e.a. betekent overigens niet dat bijv. onder het EVRM bezwaren van andere verdragspartijen tegen een door enige staat gemaakt voorbehoud helemaal niet voorkomen. Zij komen wel degelijk voor, zij het slechts sporadisch. In 1987 maakte de Griekse regering bezwaar tegen de inhoud van de Turkse verklaring waarmee het individueel klachtrecht onder het EVRM werd erkend, omdat deze volgens haar illegale en ontoelaatbare voorbehouden bevatte. Ook vijf andere staten, Zweden, Luxemburg, Denemarken, Noorwegen en België meldden bij de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa vraagtekens te plaatsen bij de inhoud en strekking van de Turkse verklaring, zonder evenwel een oordeel uit te spreken over de aanvaardbaarheid van de verklaring (zie Van der Velde 1997, p. 255-256). Daarnaast vormde het Portugese voorbehoud bij art. 1 Eerste Protocol EVRM, dat erop gericht was om o.m. grootgrondbezitters en grote ondernemers zonder enige schadevergoeding te kunnen onteigenen (*Yearbook ECHR* 1978, p. 16-18), aanleiding tot verklaringen van de Britse, Franse en Duitse regeringen. Deze verklaringen strekten ertoe de toepassing van de internationale minimumstandaarden voor nationalisatie van eigendom van buitenlanders veilig te stellen (*Yearbook ECHR* 1979, p. 16, 18 en 20). Of deze verklaringen als een formeel bezwaar tegen het Portugese voorbehoud moesten worden aangemerkt, werd niet geheel duidelijk. De Secretaris-Generaal van de Raad van Europa meende, zoals blijkt uit zijn reactie als depositaris aan de afzenders van de verklaringen, van niet (*Yearbook ECHR* 1979, p. 18, 20 en 22). Uitvoeriger hierover: Van der Velde 1997, p. 293.

De constructieve dialoog tussen het toezichthoudende comité en de verdragsstaat in het kader van de rapportageprocedure kan dan hoogstens gericht zijn op het achterhalen van de redenen voor het maken van het voorbehoud en het zoeken van oplossingen om intrekking van het betreffende voorbehoud te bewerkstelligen.¹⁴² De beste mogelijkheid tot een combinatie van een 'objectieve' test op verenigbaarheid van een gemaakt voorbehoud met voorwerp en doel van het verdrag en een rol voor de andere verdragsstaten in de beoordeling van een voorbehoud wordt mijns inziens gevormd door statenklachtprocedures. Een dergelijke procedure biedt staten die menen dat een bepaald voorbehoud van een andere verdragsstaat in strijd komt met voorwerp en doel van het verdrag de mogelijkheid hierover een oordeel te vragen van de toezichthoudende instantie. De op multilaterale mensenrechtenverdragen moeilijk toepasbare WVV-regels over voorbehouden worden dan omzeild en er kan door het desbetreffende toezichthoudende orgaan een oordeel over het voorbehoud worden uitgesproken zonder dat gewacht hoeft te worden op een individuele klachtprocedure waarin het betreffende voorbehoud een rol speelt (wat lang kan duren en in de tussentijd een situatie van rechtsonzekerheid kan laten bestaan). Tot dusverre maken politieke overwegingen echter dat het instrument van de statenklacht door verdragspartijen zelden wordt gehanteerd.

Met het bovenstaande moge het bijzondere karakter van de mensenrechtenverdragen, zowel wat betreft de (niet-)wederkerigheid van de verdragsverplichtingen voor de partijstaten als wat betreft de constructie van het toezichtmechanisme voldoende zijn beargumenteerd. Dit bijzondere karakter heeft consequenties voor de toepasselijkheid van algemene volkenrechtelijke regels en leerstukken ten aanzien van de mensenrechtenverdragen. Het is echter hiermee nog niet geheel duidelijk of aan die algemene volkenrechtelijke regels en leerstukken mogelijkerwijs argumenten te ontlelen zijn die afwijken of opschorten van de verdragsverplichtingen onder de mensenrechtenverdragen zouden kunnen rechtvaardigen (buiten de mogelijkheden die die verdragen daartoe zelf reeds bieden). Wellicht kan een nadere bestudering van een discussie die in de internationaal-rechtelijke doctrine rondom de mensenrechtenverdragen wel gevoerd wordt, en waarbij het ook draait om het karakter van het toezichtmechanisme onder die verdragen, hierover verdere verduidelijking bieden: zijn de mensenrechtenverdragen aan te merken als *self-contained regimes*?

142 Vgl. Lijnzaad 1994, p. 415.

3.5.2 Self-contained regimes

In beginsel schept elk verdrag zijn eigen recht of wellicht zelfs zijn eigen rechtsorde.¹⁴³ Punt van discussie is echter of sommige verdragsregimes de toepassing van het algemene volkenrecht geheel of gedeeltelijk kunnen uitsluiten en zo ja, voor welke verdragsregimes dit opgaat. De term die in dit verband dikwijls gehanteerd wordt, is: *self-contained regime*. Het concept van *self-contained regimes* kwam reeds naar voren in het allereerste arrest van het Permanente Hof van Internationale Justitie in 1923.¹⁴⁴ Het werd echter nadrukkelijker geformuleerd door het Internationaal Gerechtshof in de zaak van de Verenigde Staten tegen Iran inzake de gijzeling van Amerikaans ambassadepersoneel in Teheran in 1979. In de paragrafen 80-88 van zijn arrest van 24 mei 1980 reageert het Hof op het Iranese verweer dat het Amerikaanse ambassadepersoneel zich in en tegenover Iran met criminele en ondermijnende activiteiten zou hebben bezig gehouden waardoor de gijzeling gerechtvaardigd was:

‘diplomatic law itself provides the necessary means of defence against, and sanction for, illicit activities by members of diplomatic or consular missions. (...) [T]he rules of diplomatic law, in short, constitute a *self-contained regime* [curs. JPL] which, on the one hand, lays down the receiving State’s obligations regarding the facilities, privileges and immunities to be accorded to diplomatic missions and, on the other, foresees their possible abuse by members of the mission and specifies the means at the disposal of the receiving State to counter any such abuse. These means are by their nature, entirely efficacious.’¹⁴⁵

ILC-rapporteur Riphagen heeft in zijn werk ter voorbereiding van het tweede deel van de ILC-bepalingen inzake staatsaansprakelijkheid nauw aansluiting gezocht bij dit concept van *self-contained regimes*.¹⁴⁶ Hij meent dat het volkenrecht niet gemodelleerd is als één systeem, maar bestaat uit verschillende ‘subsystemen’ met eigen nauw samenhangende primaire en secundaire regels die niet los van elkaar gezien kunnen worden. Een verdrag kan een volkenrechtelijk ‘substelsysteem’ creëren met eigen secundaire regels (regels inzake toezichtmechanisme/sancties) verbonden aan de primaire regels (de normen). Dit betekent echter niet dat het bestaan van een substelsysteem de toepassing van algemene regels van volkenrecht geheel en voor altijd uitsluit (als het gaat om de consequenties van normoverschrijdend gedrag). Maar een ‘substelsysteem’

143 Zie de opmerkingen van Meuwissen n.a.v. het preadvies van Alkema bij de Staatsrechtconferentie 1990. *40 jaar Europese Conventie voor de Rechten van de Mens en de Nederlandse Rechtsorde*, Staatsrechtconferentie 1990, Leiden, p. 11-13 en p. 41-42.

144 S.S. Wimbledon-case, *PCIJ Series A*, no. 1, 1923, p. 23-24.

145 *ICJ Reports* 1980, p. 38 en 40.

146 Zie o.m. *Yearbook ILC* 1982, Vol. I, p. 202, § 16. Simma 1985, p. 112-117, geeft een goed overzicht van Riphagen’s rapporten.

is in beginsel weer wel *self-contained* in die zin dat het ene 'substelsysteem' niet overruled kan worden door situaties en overwegingen die thuishoren in een ander 'substelsysteem'.

Simma stelt dat in het kader van staatsaansprakelijkheid slechts dan van *self-contained regimes* gesproken kan worden indien het gaat om een (sub)systeem

'which is intended to exclude more or less totally the application of the general legal consequences of wrongful acts, in particular the application of the counter-measures normally at the disposal of an injured party.'¹⁴⁷

Deze woorden geven aan wat het centrale discussiepunt is als het gaat om het *self-contained*-karakter van de mensenrechtenverdragen, namelijk: de reacties waartoe de partijstaten bij een mensenrechtenverdrag gerechtigd zijn indien een andere staat het betreffende verdrag schendt. Vele auteurs menen in dat verband dat de mogelijkheden die de mensenrechtenverdragen zelf bieden om verdragsconform gedrag af te dwingen (rapportageverplichtingen en in sommige gevallen statenklachtrecht en/of individueel klachtrecht) niet als *exclusief* beschouwd moeten worden aangezien de toezichthoudende organen lang niet in alle gevallen de bevoegdheid hebben om een bindende uitspraak te doen en de rechtsmacht van die toezichthoudende organen in veel gevallen optioneel is. Zij verdedigen dat op grond van het algemeen volkenrecht een staat gerechtigd is om een internationale vordering in te stellen tegen een andere staat als die andere staat een volkenrechtelijke verplichting op het gebied van de mensenrechten heeft, terwijl de directe belangen van de klagen-de staat of van zijn onderdanen niet in het geding zijn.¹⁴⁸

Andere auteurs merken de mensenrechtenverdragen echter wel aan als *self-contained regimes*.¹⁴⁹ Angst dat het toestaan van *countermeasures* van individuele partijstaten zou leiden tot wanorde, omdat de internationale consensus inzake mensenrechten beperkt is en verwijten inzake mensenrechtenschendingen makkelijk open staan voor politiek misbruik, speelt hierbij een belangrijke rol.¹⁵⁰ Daarnaast wordt – ook in dit verband – dikwijls aangevoerd dat verplichtingen voortvloeiend uit mensenrechtenverdragen meer te beschouwen zijn als 'objectieve' of 'absolute' verplichtingen dan als 'wederzijdse' verplichtingen tussen de partijstaten.

147 Simma 1985, p. 117. Hij voegt daaraan toe dat de meerderheid van de volkenrechtelijke (sub)systemen, inclusief de meeste mensenrechtenverdragen, niet aan deze definitie voldoen.

148 Zie o.m. Simma 1985, p. 129-136; Ramcharan 1988, p. 242-261; Kamminga 1990, p. 127-195.

149 Zie o.m. Frowein 1983, p. 242-260; Geck 1984, p. 354-361; Sachariew 1988, p. 285-286.

150 Weil 1983, p. 432-433; Dupuy 1983, p. 544-548. Deze angst werd vooral ingegeven door bezwaren die in het voormalige Oostblok bestonden tegen internationale sancties vanwege mensenrechtenschendingen. Het lijkt mij dat gezien de ontwikkelingen sinds 1989 dit argument minder zwaarwegend is geworden.

In de voorgaande paragraaf ben ik reeds ingegaan op dit ‘afwijkende’ karakter van de mensenrechtenverdragen en heb ik aangegeven dat dit mijns inziens inderdaad een belangrijk punt is. Mij aansluitend bij de hierboven aangehaalde definitie van Simma ben ik echter van mening dat dit niet voldoende is om alle mensenrechtenverdragen aan te merken als *self-contained regimes*, die toepassing van algemene volkenrechtelijke beginselen bij verdrags-schending uitsluiten.

Met betrekking tot de Europese bescherming van mensenrechten door het EVRM lopen de meningen in de volkenrechtelijke literatuur op dit punt minder uiteen. Er is duidelijke overeenstemming dat de specifieke door de mensenrechtenverdragen in het leven geroepen toezichtmechanismen en klachtenprocedures voorrang verdienen.¹⁵¹ Pas als die geen bevredigend resultaat opleveren kan gedacht worden aan terugvallen op algemene volkenrechtelijke dwangmiddelen, bijvoorbeeld het gebruik van *countermeasures*. Hoe effectiever het mensenrechtenverdragsmechanisme, hoe minder snel dit dus nodig zal zijn. Indien een verdrag voorziet in een min of meer gecentraliseerd systeem van controle op de naleving van de verdragsverplichtingen – met een onafhankelijke toezichthoudende autoriteit die zowel de verdragsnormen kan uitleggen als de naleving ervan kan afdwingen door bindende uitspraken, zodat daarbij niet of nauwelijks een rol is weggelegd voor de overige verdragsstaten – kan met grotere stelligheid van een *self-contained regime* worden gesproken dan wanneer dat niet het geval is.¹⁵²

Simma ziet bij het EVRM weinig noodzaak voor een terugvallen op algemene volkenrechtelijke dwangmiddelen, als het gaat om de mondiale mensenrechtenmechanismen acht hij de mogelijkheid daartoe echter zelfs noodzakelijk om mensenrechten serieus genomen te laten worden, aangezien deze mondiale verdragen een veel minder dwingend toezichtmechanisme kennen.¹⁵³ Ook Kamminga is geneigd om het EVRM een bijzondere positie toe te kennen. Vooral omdat dit verdrag een expliciete bepaling bevat die de gebruikmaking van niet in het verdrag voorziene rechtsmiddelen om naleving af te dwingen afwijst (artikel 55) en bovendien een toezichtmechanisme kent met de mogelijkheid van een juridisch *bindende* beslissing door het EHRM.¹⁵⁴ Artikel 55 EVRM bepaalt dat de verdragsstaten geschillen over de interpretatie en toepassing van

151 Simma 1985, p. 135: ‘the adoption of “self-contained regimes” is to be welcomed if these *leges speciales* increase the effectiveness of the primary rules concerned and introduce orderly procedures and collective decisions.’

152 Vgl. Provost 1994, p. 385 en Meron 1989, p. 230-231.

153 Simma 1985, p. 115 en 117.

154 Kamminga 1990, p. 181. Daarbij moet dan wel worden opgemerkt dat de rechtsmacht van het EHRM op het moment dat Kamminga dit schreef nog optioneel was, nl. afhankelijk van een verklaring van de partijstaten waarin die rechtsmacht uitdrukkelijk wordt aanvaard (art. 46 EVRM-oud). Bij inwerkingtreding van het Elfde Protocol bij het EVRM op 1 november 1998 is de rechtsmacht van het EHRM echter mandatoir worden. Zie daarover Loof 1997, p. 826-830 en de daar vermelde literatuur. Door deze mandatoire rechtsmacht van het Hof is het *self-contained* karakter van het EHRM alleen maar versterkt.

het verdrag alleen zullen beslechten op de wijze voorzien in het verdrag zelf en niet via andere geschillenbeslechtingmethodes.¹⁵⁵ Meron leidt uit het bestaan van deze bepaling enerzijds af dat het EVRM nadrukkelijk wel bedoeld is als een *self-contained regime* en anderzijds dat de opstellers van het verdrag klaarblijkelijk van mening waren dat zonder een dergelijke bepaling de verdragspartijen wel gerechtigd zouden zijn om andere methoden van geschillenbeslechting dan de in het EVRM geregelde te hanteren.¹⁵⁶ Dit zou dan ook een reden zijn om andere mensenrechtenverdragen, die een bepaling analoog aan artikel 55 EVRM ontberen, niet aan te merken als *self-contained regimes*.

Geconcludeerd moet worden dat de *self-contained regimes*-discussie, evenmin als de discussie over het bijzondere niet-wederkerige karakter van de verdragsverplichtingen onder de mensenrechtenverdragen, een sluitend antwoord geeft op de vraag of een staat eventueel een beroep kan doen op algemene volkenrechtelijke mogelijkheden om afwijking of opschorting van de verdragsverplichtingen onder de mensenrechtenverdragen te rechtvaardigen. Dat is ook niet zo gek, want bij *self-contained regimes* gaat het om een wat andere vraag, namelijk de exclusiviteit van het in het verdrag neergelegde handhavingsmechanisme ten opzichte van de hantering van algemene volkenrechtelijke dwangmiddelen om verdragsconform gedrag af te dwingen. De 'self contained'-discussie staat daarmee min of meer los van (a) de mogelijkheid voor staten om in het kader van een ander verdrag vergelijkbare verdragsverplichtingen aan te gaan, met een apart (in dat andere verdrag geregeld) handhavingsmechanisme (zoals het geval is voor staten die partij zijn bij zowel het EVRM als het IVBPR) en (b) de mogelijkheid dat in het kader van een andere internationale organisatie (met zijn eigen toezichthoudende organen) binding van de instellingen van die organisatie aan de in een mensenrechtenverdrag opgenomen normen wordt afgesproken (zoals in art. 6 en 7 EU-Verdrag).

Het belang van deze discussie over *self-contained regimes* is voor mensenrechtenverdragen als het EVRM en IVBPR ook zeer relatief. In wezen is de discussie over *self-contained regimes* namelijk op een heel 'klassieke' volkenrechtelijke leest geschoeid, het gaat immers om de vraag welke mogelijkheden

155 Dit artikel luidt: 'De Hoge Verdragssluitende Partijen komen overeen dat zij, behoudens bijzondere overeenkomsten, zich niet zullen beroepen op tussen haar van kracht zijnde verdragen, overeenkomsten of verklaringen om door middel van een verzoekschrift een geschil, hetwelk is ontstaan uit de interpretatie of toepassing van dit Verdrag te onderwerpen aan een andere wijze van regeling dan die bij dit Verdrag zijn voorzien.'

156 Meron 1989, p. 233. Op 15 mei 1970 aanvaardde het Comité van Ministers van de Raad van Europa resolutie (70) 17. Daarin staat dat de staten die partij zijn bij zowel het EVRM als het IVBPR en die het klachtrecht onder artikel 41 IVBPR hebben aanvaard, normaliter alleen de EVRM-statenklachtprocedure zullen gebruiken in geval van een vermeende schending van enig recht dat zowel door het EVRM (of een van de daarbij behorende Protocollen) als het IVBPR beschermd wordt. Het Comité gaf aan dat de statenklachtprocedure onder het IVBPR eventueel alleen gehanteerd zou kunnen worden bij rechten die niet in het EVRM zijn opgenomen of m.b.t. staten die geen partij zijn bij het EVRM (*Yearbook ECHR* 1970, p. 72-74).

staten hebben om normconform gedrag van elkaar af te dwingen. Onder het EVRM en het IVBPR – en trouwens ook onder het IVRD en het VN-verdrag tegen foltering – speelt het statenklachtrecht een relatief ondergeschikte rol (statenklachten komen zelden of nooit voor) en vindt de verdragshandhaving veeleer plaats via het individuele klachtrecht.¹⁵⁷ Niet voor niets heeft er bij diverse mensenrechtenverdragen die een lichter toezichtmechanisme (rapportageverplichting) kennen – IVESCR, IVDV, IVRK – het afgelopen decennium een roep geklonken om invoering van een individueel klachtrecht.¹⁵⁸ Van alle ‘speciale’ karakteristieken van de diverse mensenrechtenverdragen is het bestaan van de mogelijkheid voor individuen om een procedure te starten bij een internationale (rechterlijke) instantie in geval van vermeende schending van de verdragsverplichtingen door een partijstaat zonder twijfel de meest bijzondere en karakterbepalende, want juist dit individuele klachtrecht is ook medebepalend voor de aard van de verdragsverplichtingen van de partijstaten (vooral als het gaat om de vraag jegens wie die verdragsverplichtingen gelden).¹⁵⁹ Rozakis merkt hierover op:

‘At this point we should briefly deal with a question pertaining to the legal nature of the Convention [het EVRM – JPL] (...). It seems that there is no clear-cut answer to this question. The Convention itself contains two indications in this respect. The one is to be found in Article 1 which provides that the parties shall secure to

157 Opgemerkt zij dat de hoeveelheid statenklachten weliswaar zeer gering is (zodat in die zin het statenklachtrecht een ondergeschikte rol speelt binnen de internationale toezicht-mechanismen), maar dat in de zaken waarin statenklachten werden ingediend wel sprake was van relatief ernstige en wijdverbreide schendingen van bepaalde mensenrechten, veelal in situaties gerelateerd aan een (intern) gewapend conflict. Zie o.m. EHRM 18 januari 1978, *Series A* Vol. 25 (Ireland/UK); ECieRM 10 juli 1976 (rapport), appl.nos. 6780/74 en 6950/75 (Cyprus/Turkey), *Yearbook ECHR* 1975, p. 82 e.v.; EHRM 10 mei 2001, *RJ&D* 2001-IV (Cyprus/Turkey).

158 Bij het IVDV is dit individuele klachtrecht inmiddels opgenomen in een facultief aanvullend protocol, dat op 22 december 2000 in werking is getreden.

159 Rozakis 1999, p. 505-506; In het arrest *Cruz Varas* (EHRM 20 maart 1991, *Series A* Vol. 201 (Cruz Varas e.a./Sweden), § 99) stelde het Hof: ‘In its ordinary meaning, Article 25 para. 1 imposes an obligation not to interfere with the right of the individual effectively to present and pursue his complaint with the Commission. Such an obligation confers upon an applicant a right of a procedural nature distinguishable from the substantive rights set out under Section I of the Convention or its Protocols. However it flows from the very essence of this procedural right that it must be open to individuals to complain of alleged infringements of it in Convention proceedings. In this respect also the Convention must be interpreted as guaranteeing rights which are practical and effective as opposed to theoretical and illusory.’ Rozakis leidt uit deze zaak af dat er binnen het EVRM geen strikt onderscheid is tussen bepalingen die ingeroepen kunnen worden door de verdragsstaten en bepalingen die ingeroepen kunnen worden door individuele klagers. Overigens is het oordeel van het Hof over de bindendheid van zogenaamde interim-maatregelen uit het arrest *Cruz Varas* inmiddels achterhaald door EHRM 4 februari 2005 [GC], appl.nos. 46827/99 en 46951/99 (Mamatkulov and Abdurasulovic/Turkey), § 92-129: niet-naleving van een door het EHRM verzochte interim-maatregel levert naar de huidige maatstaven van het Hof schending van art. 34 EVRM op.

everyone (in other words to individuals as subjects of international law) the rights and freedoms defined in Section 1 of the Convention; the other is contained in Article 25 [thans art. 34 – JPL] which refers to the competence of the Commission [thans het Hof – JPL] to receive petitions from individuals – it must be assumed: concerning the rights of individuals – set forth in the Convention. If one relies on these two provisions – as well as on plain common sense which cannot but indicate that what matters for individuals is the protection of their rights contained in the substantive provisions – then the clauses which create direct rights to individuals, by and large, the ones containing human rights. Yet it is arguable whether the protection of individuals is limited to the substantive provisions since both the Commission and the Court in the *Cruz Varas v. Sweden* case found that the part of Article 25 referring to a prohibition of hindrance of the effective exercise of the right of petition falls within the ambit of an individual right invocable before the organs.¹⁶⁰

Niettegenstaande het relatief geringe belang ervan, meen ik dat uit de discussie over *self-contained regimes* een soort *a-contrario*argument kan worden afgeleid met betrekking tot de vraag naar de toelaatbaarheid van gebruikmaking van algemene volkenrechtelijke ontsnappingsclausules om aan nakoming van verdragsverplichtingen onder de mensenrechtenverdragen te ontkomen. De auteurs die, buiten het EVRM, het *self-contained* karakter van de mensenrechtenverdragen bestrijden, doen dit omdat zij bevreesd zijn dat de handhavingsmechanismen die die mensenrechtenverdragen kennen te weinig dwingend zijn. Zij achten het noodzakelijk dat verdragspartijen van andere volkenrechtelijke handhavingsmethoden gebruik kunnen maken om naleving van de mensenrechtelijke verdragsnormen af te dwingen en de effectiviteit van het verdrag te waarborgen. Het niet-aanmerken van de mensenrechtenverdragen als *self-contained regime* en het openlaten van de mogelijkheid van gebruikmaking van algemene volkenrechtelijke mogelijkheden geschiedt dus juist met het oog op de versterking van de mensenrechtenbescherming en niet met de bedoeling om staten extra mogelijkheden te geven aan hun verdragsverplichtingen te ontkomen.¹⁶¹

Een andere voor dit onderzoek relevante conclusie die uit de *self-contained* discussie getrokken kan worden is mijns inziens de volgende. Indien een mensenrechtenverdrag wordt aangemerkt als een *self-contained regime* (de meeste auteurs zijn geneigd dit alleen te doen bij het EVRM) is het gebruik van de algemene volkenrechtelijke rechtsmiddelen om te reageren op schending van dat verdrag uitgesloten. De 'rechtvaardigingsgronden' die het algemene volkenrecht biedt voor verdragsschending – de gronden die een situatie van

¹⁶⁰ Rozakis 1999, p. 505.

¹⁶¹ Vgl. Meron 1989, p. 248: 'By clarifying the relationship of human rights and humanitarian norms to state responsibility we can contribute to their effectiveness, create remedies for their violations, more effectively protect human dignity, and generally enhance their import and standing in the international community.'

staatsaansprakelijkheid uitsluiten (art. 20-25 ILC-bepalingen inzake staatsaansprakelijkheid) – zijn slechts gericht op voorkómen van toepassing van die algemene volkenrechtelijke rechtsmiddelen. Deze ‘rechtvaardigingsgronden’ kunnen nimmer de toepassing van de rechtsmiddelen die wel in het verdrag zelf zijn voorzien, uitsluiten.

3.5.3 Wel of geen speciale opschortingsbepaling

Wat betreft de vraag of de mogelijkheden voor het afwijken van verdragsverplichtingen in het algemene verdragenrecht en het volkenrechtelijk gewoonterecht nog een rol kunnen spelen naast het regime van de mensenrechtenverdragen zelf, brengt de discussie over *self-contained regimes* ons dus wel een aardig stuk verder, zonder dat zij echter een geheel sluitend antwoord oplevert. Bij de *self-contained* discussie gaat het om de vraag of de ‘secondary rules’ van een verdragsregime – de regels inzake toezichtmechanisme en rechtsmiddelen in geval van verdragsschending – als uitputtend (dat wil zeggen: geen ruimte latend voor het gebruik van algemene volkenrechtelijke rechtsmiddelen) dienen te worden aangemerkt. De vraag naar mogelijkheden om af te wijken van de verdragsverplichtingen betreft echter niet de ‘secondary rules’ van een verdragsregime, maar de ‘primary rules’: de normen zelf. In dit verband is het belangrijkste punt: bevat het verdrag zelf een speciale afwijkings- of opschortingsbepaling of niet?

In de voorgaande paragrafen heb ik aangetoond dat van alle ‘rechtvaardigingsgronden’ voor verdragsschending die het algemene verdragenrecht en het volkenrechtelijk gewoonterecht bieden, alleen de *fundamentele verandering van omstandigheden* (artikel 62 en 65 WVV) en de (*state of*) *necessity* (het ‘noodbeginsel’ of ‘noodrecht’ zoals geformuleerd in artikel 25 ILC-bepalingen inzake staatsaansprakelijkheid) eventueel toepasbaar zijn om van de verdragsverplichtingen voortvloeiend uit mensenrechtenverdragen af te wijken in situaties van nood of zelfbehoud.¹⁶²

Kunnen partijstaten bij een mensenrechtenverdrag een beroep doen op *fundamentele verandering van omstandigheden* als rechtvaardiging voor het afwijken van de verdragsverplichtingen? Ik ga hier niet in op alle door de ILC geformuleerde en in de artikelen 62 en 65 van het WVV neergelegde voorwaarden en waarborgen.¹⁶³ De in het kader van dit onderzoek belangrijkste voorwaarde is dat de verandering van omstandigheden *onvoorzien* moet zijn: de partijen moeten bij de sluiting van het verdrag de verandering van omstandigheden niet hebben voorzien, niet hebben verwacht en er geen rekening

¹⁶² Ouguergouz 1994, p. 290-335.

¹⁶³ Zie hierover uitgebreider Ouguergouz 1994, p. 310-325. Zie ook de bespreking van deze WVV-artikelen in § 3.3 *supra*.

mee hebben gehouden.¹⁶⁴ Nu is over de betekenis die aan de term 'onvoorzien' moet worden toegekend, binnen de ILC de nodige discussie geweest. Het ging hierbij vooral om de vraag of bedoeld werd dat de verandering van omstandigheden *niet door de verdragspartijen was voorzien* of dat de verandering van omstandigheden meer *objectief onvoorzienbaar* was. Onafhankelijk van het standpunt dat in deze kwestie zou worden ingenomen, is duidelijk dat de voorwaarde van onvoorzienbaarheid in ieder geval uitsluit dat ten aanzien van een mensenrechtenverdrag waarin wel een bepaling is opgenomen met betrekking tot het afwijken van of opschorten van verdragsverplichtingen in verband met een bepaalde verandering van de omstandigheden (het ontstaan van een noodsituatie) artikel 62 WVV kan worden ingeroepen. Slechts ten aanzien van verdragen waarin een dergelijke bepaling niet is opgenomen,¹⁶⁵ kan artikel 62 nog een rol spelen.¹⁶⁶ Daarbij moet overigens worden opgemerkt dat een beroep op dit artikel, gezien de procedurele vereisten die worden gesteld in artikel 65 WVV (schriftelijke mededeling aan tegenpartij(en) en in beginsel drie maanden 'antwoordtijd') zich praktisch gezien nauwelijks leent voor toepassing in noodsituaties waar een snel handelen geboden is.

Meer in het algemeen kan de vraag gesteld worden hoe de mogelijkheid van een beroep op fundamentele verandering van omstandigheden zich verhoudt tot de zogenaamde 'dynamische interpretatie' door de Straatsburgse toezichthoudende organen van de grondrechten gegarandeerd door het EVRM, welk verdrag in dit verband doorgaans wordt aangemerkt als een 'living instrument' (zie hierover § 4.5 *infra*). Maakt deze interpretatiewijze niet dat de exacte reikwijdte van de door het EVRM gegarandeerde rechten per definitie niet voorzienbaar was voor de verdragssluitende partijen, zodat deze interpretatiewijze een reden kan vormen voor het inroepen van het beginsel zoals neergelegd in artikel 62 WVV? Er zijn mijns inziens diverse redenen om deze vraag in negatieve zin te beantwoorden.

- 1 Hoewel de totstandkomingsgeschiedenis van art. 62 WVV hierover geen expliciet uitsluitel geeft, wijst die geschiedenis er toch vooral op dat bij gewijzigde omstandigheden gedacht wordt aan min of meer 'feitelijke' of 'fysieke' omstandigheden en niet aan een gewijzigde interpretatie van rechtsregels.
- 2 Uit de (beperkte) internationale jurisprudentie over art. 62 WVV (die vrijwel letterlijk aansluit bij de overwegingen van de ILC in de totstandkomingsgeschiedenis van het artikel) komt naar voren dat van een fundamentele verandering van omstandigheden slechts sprake is in geval van omstandigheden die hebben geresulteerd in een 'radical transformation of the extent

164 Jennings 1991, p. 161.

165 Het IVESCR en het African Charter on Human and Peoples Rights.

166 Ougergouz 1994, p. 325 en 333.

the obligation to be performed under the treaty'¹⁶⁷ Het Internationaal Gerechtshof stelt in dit verband dat de verandering van omstandigheden 'must have been unforeseen' en dat 'the existence of the circumstances at the time of the Treaty's conclusion must have constituted an essential basis of consent of the parties to be bound by the Treaty', omdat 'the stability of treaty relations requires that the plea of fundamental change of circumstances be applied only in exceptional cases'.¹⁶⁸ Reuter¹⁶⁹ geeft aan dat 'the change must be sufficiently far-ranging to alter completely the conditions of the agreement and affect its *raison d'être*'. In het licht van deze jurisprudentie en doctrine is het niet waarschijnlijk dat een zich ontwikkelende interpretatie van de reikwijdte van de verdragsverplichtingen door de bij dat verdrag aangewezen toezichthoudende organen (aan welke jurisdictie is toegekend met betrekking tot alle zaken ten aanzien van de interpretatie en toepassing van het verdrag, zie artikel 32, eerste lid, EVRM), beschouwd zal worden als een 'onvoorziene' omstandigheid die tot 'radicale' wijziging van de verdragsverplichtingen leidt en daardoor de bestaansreden van het verdrag aantast. Uitbreiding van de reikwijdte van bepaalde verdragsverplichtingen zal niet als een 'radicale' omvorming van de verdragsverplichtingen gezien worden, maar als inherent aan het feit dat in een verdrag als het EVRM bepaalde vage termen voorkomen die in de jurisprudentie van de door het verdrag daartoe aangewezen organen nader uitgelegd moeten worden.

- 3 Een beroep op fundamentele verandering van omstandigheden vanwege de zich ontwikkelende jurisprudentie m.b.t. de reikwijdte van de gegarandeerde rechten en de daarop toegestane beperkingen van de door het verdrag aangewezen toezichthoudende organen staat haaks op de constitutionele systematiek (of, zo men wil, het *effet utile*) van het verdrag. Indien op deze wijze de bindende interpretatie van de rechten (verdragsverplichtingen) door het EHRM zou kunnen worden ontdoken, zou het in het verdrag neergelegde toezichtmechanisme geheel van zijn zin en waarde worden ontdaan. Juist dat toezichtmechanisme vertegenwoordigt in mijn ogen de belangrijkste (toegevoegde) waarde van het verdrag.¹⁷⁰

Voor een antwoord op de vraag of op grond van een beroep op het 'noodrecht' of de (*state of*) *necessity* (artikel 25 ILC-bepalingen inzake staatsaansprakelijkheid)¹⁷¹ kan worden afgeweken van de verplichtingen voortvloeiend uit mensenrechtenverdragen, is eveneens de aanwezigheid van een speciale opschor-

167 Fisheries Jurisdiction (United Kingdom/Iceland), *ICJ Reports* 1973, p. 3, § 36; Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), *ICJ Reports* 1997, p. 7, § 95.

168 Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), *ICJ Reports* 1997, p. 7, § 95.

169 Reuter 1995, p. 189.

170 Zie in het algemeen over het effectiviteitsbeginsel bij de interpretatie van verdragen: Fitzmaurice 2003, p. 189-190.

171 Zie de bespreking van dit artikel in § 3.3 *supra*.

tingsbepaling van belang. Een aantal auteurs wijst op de overeenkomsten die bestaan tussen de opschortingsbepalingen in de mensenrechtenverdragen en het 'noodrecht' uit het volkenrechtelijk gewoonterecht.¹⁷² Er is echter een belangrijk karakterverschil. Gebruikmaking van de opschortingsbepaling onder de mensenrechtenverdragen is een 'actie vooraf' om eventuele staatsaansprakelijkheid onder die verdragen bij voorbaat uit te sluiten en het invoeren van *necessity* om zich tegen staatsaansprakelijkheid te verweren, is een 'actie achteraf'.¹⁷³ Het beroep op *necessity* wordt pas gedaan als een staat (in een juridische procedure) wordt aangesproken op vermeende schending van zijn volkenrechtelijke verplichtingen.

De voorwaarde voor het invoeren van *necessity* die centraal staat, is die van artikel 25 lid 1 sub a: het noodrecht mag niet worden ingeroepen als grond voor het afwijken van de verdragsverplichtingen 'indien het betreffende verdrag dit uitsluit'. Vraag is derhalve: sluiten de mensenrechtenverdragen, expliciet of impliciet,¹⁷⁴ het invoeren van het 'noodrecht' uit het algemene volkenrecht uit?

Reeds na de Eerste Wereldoorlog is de vraag of met een beroep op 'nood' ook kon worden afgeweken van het oorlogsrecht in negatieve zin beantwoord. François noemt het oorlogsrecht en het humanitaire recht normen waarin met het 'noodelement' en het 'recht op zelfbehoud' reeds rekening is gehouden. Deze normen kunnen dientengevolge *niet* met een beroep op nood of zelfbehoud terzijde worden geschoven:

'Het huidige oorlogsrecht berust op de wilsovereenstemming der staten om in de oorlog, dat wil zeggen dan, wanneer de hoogste rechtsgoederen van de staat op het spel staan, zich niettemin wederkerig van zekere gedragingen te onthouden. Een beroep op het noodelement heeft degene die een oorlogsrecht aanvaardt, of deel uitmaakt van een rechtsgemeenschap, waarin zodanig recht wordt aanvaard, bij voorbaat verwerkt.'¹⁷⁵

172 O.m. Hartman 1981, p. 12-13 en Ergec 1987, p. 39-54

173 Ouguergouz 1994, p. 327: 'Les circonstances excluant l'illicéité font naître par leur présence une limitation de la portée de l'obligation internationale dont la violation serait en cause, agissant en quelque sorte sur ladite obligation par une action *a posteriori*, alors que la dérogation vise au contraire à limiter le champ des obligations d'un Etat, celle-ci par une action *a priori*. En d'autres termes, la dérogation neutralise momentanément l'obligation – celle-ci n'a plus à être observée – alors que le jeu des circonstances excluant l'illicéité laisse intacte l'obligation mais débarrasse le comportement de l'Etat de son caractère illicite et, par voie de conséquence, exonère ce dernier de toute responsabilité ...'

174 Uit de discussies in de ILC over concept-artikel 33 (de voorloper van het huidige artikel 25) wordt duidelijk dat de ILC het oog had op een uitdrukkelijk of een impliciet verbod. *Yearbook ILC* 1980, part 2, p. 47: '[T]he Commission took the view that a State cannot invoke a state of necessity if that is expressly or implicitly prohibited by a conventional instrument.'

175 François 1949, p. 730. Zie ook: Erades 1938, p. 324 en Meron 1989, p. 216-217.

Vandaag de dag is het algemeen geaccepteerd dat de humanitairrechtelijke verdragen – die juist bedoeld zijn om in noodsituaties, namelijk tijdens gewapende conflicten, te gelden – alleen de mogelijkheid bieden om van de verdragsverplichtingen af te wijken voor zover de bepalingen van die verdragen zelf daartoe de (zeer beperkte) ruimte geven.¹⁷⁶ Eventuele uitzonderingen op het regime van deze verdragen, voortvloeiend uit de ‘nood’- of ‘zelfbehoud’-beginselen in het algemene volkenrecht zouden in strijd komen met de bedoeling en effectiviteit van het humanitaire recht.¹⁷⁷ Deze opvatting over het humanitaire recht wordt ondersteund door de formulering van het in § 3.4 weergegeven artikel 25 lid 2 sub a van de ILC-bepalingen inzake staatsaansprakelijkheid en het commentaar daarbij.¹⁷⁸ Meron geeft de belangrijkste argumenten van de ILC voor het standpunt dat ‘nood’ of ‘zelfbehoud’ geen reden kan opleveren voor het afwijken van regels van humanitair recht:

‘First, some humanitarian law rules constitute norms of *jus cogens* and are thus non-derogable. Second, even in regard to non-peremptory humanitarian law obligations, invoking a state of necessity to justify precluding the wrongfulness of state conduct conflicts directly with the purpose of humanitarian treaties, which seek to subordinate the immediate military objectives of belligerents to higher, humanitarian interests. Humanitarian law principles already reflect a certain equilibrium between military necessity and consideration of humanity. As such, they cannot yield to additional unilaterally perceived requirements of military necessity. Third, clauses which permit states to invoke such exceptions as urgent military necessity “apply only to the cases expressly provided for. Apart from these cases, it follows implicitly from the text of the conventions that they do not admit the possibility of invoking military necessity as a justification for State conduct not in conformity with the obligations they impose”...’¹⁷⁹

In de laatste zinnen haalt hij hier de exacte woorden aan van het ILC-commentaar op concept-artikel 33 van de ILC-bepalingen (de voorloper van het huidige artikel 25).¹⁸⁰ De ILC acht het duidelijk dat de opstellers van de Geneefse Conventies nimmer de bedoeling hebben gehad om staten toe te staan het ‘noodrecht’ uit het volkenrechtelijk gewoonterecht in te roepen ter rechtvaardiging van het schenden van de verdragsverplichtingen.

176 Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War van 12 augustus 1949, (Geneva Convention No. IV), artikel 5 en Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts van 12 december 1977 (Additional Protocol No. I), artikel 45 lid 3.

177 Meron 1989, p. 216: ‘The principles both of effectiveness and of *expressio unius est exclusio alterius* preclude any other interpretation.’

178 Althans het commentaar op de voorloper van dit artikel, nl. art. 33 lid 2 sub b. *Yearbook ILC* 1980, Vol. 2, part 2, p. 46-47.

179 Meron 1989, p. 217.

180 *Yearbook ILC* 1980, Vol. II, part 2, p. 46-47.

Voor de mensenrechtenverdragen die eigen bepalingen kennen inzake het opschorten van verdragsverplichtingen voor tijden van nood geldt de bovenstaande redenering mijns inziens (of men ze nu als *self-contained* aanmerkt of niet) evenzeer. Deze speciale opschortingsbepalingen zijn evenzeer normstellend (en dus aan te merken als 'primary rules') als de bepalingen die de burgers rechtstreeks bepaalde rechten en vrijheden toekennen. Met toepassing van het adagium *lex specialis derogat lege generali* moet gesteld worden dat deze speciale opschortingsbepalingen voorrang hebben op algemene volkenrechtelijke beginselen. Door partij te worden bij het betreffende verdrag hebben de staten afstand gedaan van beleidsvrijheid op een aantal punten. Eén daarvan is de maatregelen die men mag uitvaardigen en de handelingen die men mag verrichten in geval van een noodsituatie die de staat in gevaar brengt. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de opschortingsbepalingen blijkt dat het niet de bedoeling van de verdragsopstellers is geweest dat buiten die bepalingen om nog op andere wijze van de verdragsverplichtingen zou kunnen worden afgeweken.¹⁸¹ In artikel 17 EVRM en artikel 5 lid 1 IVBPR is dit zelfs uitdrukkelijk geformuleerd.¹⁸²

De conclusie moet dan ook zijn dat de mensenrechtenverdragen met eigen bepalingen inzake opschorting of afwijking van de verdragsverplichtingen niet toestaan dat een partijstaat teruggrijpt op het 'noodrecht', de (*state of necessity*), uit het (algemene) volkenrechtelijk gewoonterecht. De artikelen 17 EVRM en 5 lid 1 IVBPR bevatten een expliciet verbod, voor de andere mensenrechtenverdragen met speciale opschortingsbepalingen kan uit het bestaan van die bepalingen en de bedoeling van de verdragsopstellers tenminste een impliciet verbod worden afgeleid.¹⁸³ Alleen bij die mensenrechtenverdragen die zelf geen opschortingsbepalingen bevatten, kan het algemene volkenrecht

181 Zie o.m. de *travaux préparatoires* bij artikel 4 van het IVBPR. VN Doc. A/2929, Ch. V, § 39: 'The main concern was to provide for a qualification of the kind of public emergency in which a State would be entitled to make derogations from the rights contained in the covenant which would not be open to abuse'. De VN-Commissie voor de rechten van de mens achtte het van essentieel belang: 'to prevent States from derogating arbitrarily from their obligations where such an action was not warranted by events.' VN Doc. A/2929, Ch. V, § 41.

182 Artikel 17 EVRM luidt: Geen der bepalingen van dit Verdrag mag worden uitgelegd als zou zij voor een Staat, een groep of een persoon een recht inhouden enige activiteit aan de dag te leggen of enige daad te verrichten met als doel de rechten of vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld te niet te doen of deze verdergaand te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien. Het eerste lid van art. 5 IVBPR is vrijwel gelijklopend.

183 Zie ook Principle 1 van de *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights*, een reeks van 76 beginselen opgesteld door een groep van 31 experts in het internationale recht bijeengebracht door onder meer de International Commission of Jurists tijdens een conferentie in Siracusa (Sicilië) in het voorjaar van 1984, gepubliceerd in *Human Rights Quarterly* 1985 p. 3-15. Principle 1 luidt: 'No limitations or grounds for applying them to rights guaranteed by the Covenant [het IVBPR – JPL] are permitted other than those contained in the terms of the Covenant itself'.

– in de vorm van een beroep op *fundamentele verandering van omstandigheden* of *necessity* – eventueel voorzien in mogelijkheden om van de verdragsverplichtingen af te wijken in tijden van nood.¹⁸⁴

Deze conclusie wordt denk ik nog versterkt, indien wordt stilgestaan bij de mogelijke redenen die een verdragsstaat zou kunnen hebben om zijn verdragsverplichtingen onder de mensenrechtenverdragen op te schorten, buiten de mogelijkheden die die verdragen daartoe zelf reeds bieden om, door middel van een beroep op bijvoorbeeld *necessity*. De meest voor de hand liggende redenen zijn: (a) de staat denkt daarmee de mogelijkheid te creëren om bepaalde verdragsverplichtingen op te schorten die op grond van de mensenrechtenverdragen zelf niet opgeschort mogen worden (de zogenaamde *notstandsfeite* rechten) en (b) de staat wil bepaalde verdragsverplichtingen reeds opschorten in een situatie die niet voldoende ernstig of bedreigend is om te kunnen gelden als een noodsituatie zoals bedoeld in de opschortingsbepalingen uit de mensenrechtenverdragen.

Met betrekking tot de reden onder (a) is er de nodige internationale jurisprudentie en internationaal-rechtelijke doctrine waaruit af te leiden valt dat opschorten van de zogenaamde *notstandsfeite* verdragsverplichtingen onder de mensenrechtenverdragen door middel van het invoeren van de algemene volkenrechtelijke *necessity* of een andere volkenrechtelijke ‘ontsnappingsclausule’ in ieder geval is uitgesloten. In 1983 merkte het IAHRM in dit verband op dat voorbehouden ten aanzien van niet-opschortbare verdragsverplichtingen niet toegelaten zijn. Het Hof stelde dat:

‘the first question which arises when interpreting a reservation is whether it is compatible with the object and purpose of the treaty. Article 27 of the Convention allows States parties to suspend, in time of war, public danger, or other emergency that threatens their independence or security, the obligations they assumed by ratifying the Convention, provided that in doing so they do not suspend or derogate from certain basic or essential rights, among them the right to life (...). It would follow therefrom that a reservation which was designed to enable a State to suspend any of the non-derogable fundamental rights must be deemed to be incompatible with the object and purpose of the Convention and consequently, not permitted by it. The situation would be different if the reservation sought merely to restrict certain aspects of a non-derogable right without depriving the right as a whole of its basic purpose. [Such a reservation would not be] incompatible with the object and purpose of the Convention.’¹⁸⁵

184 Zo betoogt ook Ouguergouz 1994, p. 333. Waarbij nogmaals opgemerkt zij dat de mogelijkheid van een beroep op fundamentele verandering van omstandigheden eigenlijk een louter theoretische is, aangezien de procedurevoorschriften van art. 65 WVV niet zijn toegesneden op noodsituaties.

185 IAHRM 8 september 1983, Advisory Opinion OC-3/83, *Series A*, No. 3 (Restrictions to the Death Penalty (Articles 4(2) and 4(4))), § 83-84.

Als voorbehouden niet zijn toegestaan om aan niet-opschortbare verdragsverplichtingen te ontsnappen, vanwege strijdigheid met voorwerp en doel van de mensenrechtenverdragen, ligt het voor de hand om analoog daaraan ook andere ontsnappingsmethoden, zoals een beroep op *necessity*, ontoelaatbaar te achten. Hieraan kan nog worden toegevoegd dat de niet-opschortbare verdragsverplichtingen, de *notstandsfeste* rechten, veelal worden aangemerkt als normen van *ius cogens*, zodat er sowieso onder geen enkele omstandigheid van afgeweken mag worden.¹⁸⁶

Overigens geeft Perry in zijn rechtstheoretische studie naar het karakter van de mensenrechten een aantal interessante rechtstheoretische maar tegelijkertijd ook praktische argumenten voor het vasthouden aan het absolute karakter van de niet-opschortbare rechten (en daarmee ook – al komt dat in zijn boek helemaal niet aan de orde – voor het uitsluiten van andere volkenrechtelijke wegen om aan het absolute karakter van die rechten te ontsnappen). Hij stelt allereerst vast dat in moreel opzicht geen van de mensenrechten volstrekt absoluut is, ook de niet-opschortbare rechten als het recht op leven en het verbod van foltering niet (hij doet dit onder meer aan de hand van het bekende voorbeeld van de opgepakte terrorist die een atoombom verstopt heeft in een wereldstad en alleen door foltering of door bedreiging met de dood of foltering van zijn vrouw en kind gedwongen kan worden om de locatie van de bom prijs te geven, zodat miljoenen levens kunnen worden gered). Dat neemt echter volgens hem niet weg dat de niet-opschortbare rechten in juridisch opzicht heel goed wél absoluut kunnen zijn; ook op andere terreinen komt het voor dat normen die in moreel opzicht niet absoluut zijn, in juridische termen wel absoluut worden geformuleerd. Hij acht het in juridische zin absolute karakter van de niet-opschortbare rechten zelfs zeer wenselijk en geeft daarvoor drie pragmatische argumenten:

- 1 Als er al omstandigheden voorstelbaar zijn onder welke het moreel niet-verwerpelijk zou zijn om de niet-opschortbare mensenrechten te schenden – bijvoorbeeld indien het niet-schenden van die rechten de vernietiging van een belangrijk deel van de mensheid zou betekenen – dan is de kans dat die omstandigheden zich voor zullen doen vrijwel verwaarloosbaar, zodat daar in juridisch opzicht niet per se rekening hoeft te worden gehouden.
- 2 Als de mensenrechtenverdragen, anticiperend op dergelijke wellicht-voorstelbare-maar-extreem-onwaarschijnlijke omstandigheden, de niet-opschortbare rechten hadden gepresenteerd als ‘gewone’ (voorwaardelijke) mensenrechten, zou dit allicht leiden tot meer moreel ongerechtvaardigde inbreuken op de aan die juridische rechten ten grondslag liggende morele rechten.

186 Het karakter van de *notstandsfeste* rechten komt nader aan de orde in hoofdstuk 8.

Met andere woorden er dreigt dan een sneller gevaar van misbruik van de mogelijkheid om die rechten in te perken.

- 3 Als er dan toch sprake is van een zodanige extreem onwaarschijnlijke situatie waarin de mensheid echt ten onder dreigt te gaan tenzij bepaalde niet-opschortbare mensenrechten worden geschonden, zal de betreffende staat zich op dat moment toch niet direct druk maken om de eventuele internationaal-rechtelijke aansprakelijkheid voor de verdragsschending. En als de mensheid daarmee dan inderdaad gered wordt, zullen de internationaal-rechtelijke reacties waarschijnlijk ook wel meevallen.¹⁸⁷

ILC-rapporteur Crawford geeft in zijn te boek gestelde commentaar op de ILC-bepalingen inzake staatsaansprakelijkheid, dat grotendeels gebaseerd is op de discussies binnen en opinies van de ILC, aan dat *self-defence* niet ingeroepen kan worden ter verdediging van de schending van niet-opschortbare mensenrechten.¹⁸⁸ Als dit geldt voor *self-defence* zijn er mijns inziens geen redenen te noemen waarom dit niet ook zou gelden voor *necessity*. Dit alles wijst erop dat indien een bepaald mensenrechtenverdrag een opschortingsmogelijkheid (onder bepaalde voorwaarden) bevat, deze mogelijkheid en de daaraan verbonden voorwaarden – in ieder geval wat betreft de voorwaarden die betrekking hebben op niet-opschortbare verplichtingen – exclusief bedoeld zijn en niet omzeild kunnen worden door een beroep op de toepassing van algemene volkenrechtelijke regels of beginselen.¹⁸⁹

187 Perry 1998, p. 87-106. Uit EHRM 27 augustus 1992, *Series A* Vol. 241-A (Tomasi/France) valt af te leiden dat het Hof meent dat de dreiging van een terroristische aanslag geen rechtvaardiging oplevert voor een onmenselijke of vernederende behandeling van een verdachte. Zie § 115 van het arrest: '[The Court] finds it sufficient to observe that the medical certificates and reports, drawn up in total independence by medical practitioners, attest to the large number of blows inflicted on Mr Tomasi and their intensity; these are two elements which are sufficiently serious to render such treatment inhuman and degrading. The requirements of the investigation and the undeniable difficulties inherent in the fight against crime, particularly with regard to terrorism, cannot result in limits being placed on the protection to be afforded in respect of the physical integrity of individuals.'

188 Crawford 2002, p. 166: 'This is not to say that self-defence precludes the wrongfulness of conduct in all cases or with respect to all obligations. Examples relate to international humanitarian law and human rights obligations. (...) Human rights treaties contain derogation provisions for times of public emergency, including actions taken in self-defence. As to obligations under international humanitarian law and in relation to non-derogable human rights provisions, self-defence does not preclude the wrongfulness of conduct.'

189 Zo reeds Erades 1938, p. 324-329, die aan de hand van een reeks verdragen gesloten in de periode na de Eerste Wereldoorlog constateert dat veel meer dan daarvoor het geval was in verdragen bepalingen worden opgenomen die rekening houden met een mogelijke oorlog of andere ernstige noodsituatie en voor die situaties *voorschrijven in hoeverre de contractanten aan het verdrag gebonden blijven*. Hij constateert tevens dat deze bepalingen in sommige gevallen een grote vrijheid bieden aan de verdragspartijen om in een oorlog of andere noodsituatie de verplichtingen onder het desbetreffende verdrag al dan niet op te schorten. In dergelijke gevallen is de waarde van deze bepalingen naar zijn mening er slechts in gelegen dat zij voorkomen dat de oorlog of noodsituatie het verdrag in juridische

Met betrekking tot de reden genoemd onder (b) moet worden erkend dat het concept van *necessity* onder artikel 25 van de ILC-bepalingen inzake staatsaansprakelijkheid de grenzen voor het invoeren van deze 'rechtvaardigingsgrond' voor het afwijken van verdragsverplichtingen op het eerste oog wat ruimer trekt dan de opschortingsbepalingen uit de mensenrechtenverdragen. Deze laatste eisen doorgaans dat er sprake is van een noodsituatie 'die het voortbestaan van de natie bedreigt', terwijl artikel 25 van de ILC-bepalingen slechts spreekt van het beschermen van 'an essential interest' van de staat 'against grave and imminent peril'. Het commentaar van de ILC bij de voorloper van artikel 25 (concept-artikel 33) maakt – zoals ook reeds aan de orde kwam in § 3.4 – duidelijk dat de commissie met de woorden 'essential interest' het oog heeft op een ruimere categorie van situaties dan alleen die situaties waarbij het voortbestaan van de staat in gevaar is:

'[T]he Commission found that the first condition which called for mention concerned the manner of determining those interests of the State which must be in peril for the State to be justified in adopting conduct not in conformity with what is required of it by an international obligation. In the view of the Commission, the most appropriate way of determining them was to indicate that an essential interest of the State must be involved, but this does not mean that the Commission considered the interest in question solely a matter of the "existence" of the State; it has made it quite clear in its review of practice that the cases in which a state of necessity has been invoked in order to safeguard an interest of the State other than the preservation of its very existence have ultimately proved more frequent and less controversial than the cases in which a State sought to justify itself on the ground of a danger to its actual existence. As regards the specific identification of the State interests that could be described as essential, the Commission decided that it would be pointless to try to spell them out any more clearly and to lay down pre-established categories of interests.'

Ik merk hierbij op dat de statenpraktijk waarop de ILC deze opvatting baseert¹⁹¹ betrekking heeft op allerlei afwijkingen van volkenrechtelijke verplichtingen, maar dat geen van de door de ILC aangehaalde voorbeelden betrekking heeft op opschorting van mensenrechtelijke verdragsverplichtingen. Als het om die mensenrechtelijke verdragsverplichtingen gaat, wijst datzelfde ILC-commentaar toch veeleer in de richting van een 'exclusieve status' voor de opschortingsbepalingen in die verdragen zelf:

zin geheel 'vernietigd'. In andere verdragen is de oorlogs- of noodtoestandsbepaling echter zodanig geformuleerd dat deze de mogelijkheid van opschorting van de verdragsverplichtingen aan bepaalde voorwaarden verbindt, bijvoorbeeld notificatie van de overige verdragspartijen.

190 *Yearbook ILC* 1980, Vol. II, part 2, p. 49, § 32.

191 Deze wordt uitvoering beschreven in *Yearbook ILC* 1980, Vol. II, part 2, p. 35-45, § 5-26 en Crawford 2002, p. 179-183.

'The second category of obligations to which the Commission referred (...) was that of obligations established in the text of a treaty, where the treaty is one whose text indicates, explicitly or implicitly, that the treaty excludes the possibility of invoking a state of necessity as justification for conduct not in conformity with an obligation which it imposes on the contracting parties. This possibility is obviously excluded if the treaty explicitly says so, as in the case of certain humanitarian conventions applicable to armed conflicts. However, there are many cases in which the treaty is silent on the point. The Commission thinks it important to observe in this connection that silence on the part of the treaty should not be automatically construed as allowing the possibility of invoking the state of necessity. There are treaty obligations which were especially designed to be equally, or even particularly, applicable in abnormal situations of peril for the State having the obligation and for its essential interests, and yet the treaty contains no provision on the question now being discussed (...). In the view of the Commission, the bar to the invocability of the state of necessity then emerges implicitly, but with certainty, from the object and purpose of the rule, and also in some cases from the circumstances in which it was formulated and adopted.'¹⁹²

3.6 CONCLUSIES EN SLOTOPMERKINGEN

Ik dit hoofdstuk heb ik onderzocht in hoeverre het algemene internationale recht, door middel van de verdragenrechtelijke regels van het wvv of het nog slechts in concept gecodificeerde volkenrechtelijke gewoonterecht inzake staatsaansprakelijkheid (de ILC-bepalingen inzake staatsaansprakelijkheid van de ILC), mogelijkheden biedt voor het afwijken of opschorten van verdragsverplichtingen. De diverse mogelijkheden die het wvv en de ILC-bepalingen daartoe bieden zijn de revue gepasseerd en daaruit is naar voren gekomen dat slechts een tweetal mogelijkheden zich eventueel zouden kunnen lenen voor het opschorten van verdragsverplichtingen onder de mensenrechtenverdragen, namelijk een beroep op *fundamentele verandering van omstandigheden* (artikel 62 en 65 wvv) of een beroep op *necessity* (artikel 25 ILC-bepalingen). Van deze twee is het beroep op *fundamentele verandering van omstandigheden*, gezien de vormvoorschriften die artikel 65 wvv aan dat beroep verbindt, niet goed toegesneden op het afwijken van verdragsverplichtingen onder de mensenrechtenverdragen in tijden van nood, aangezien dit instrument niet met de noodzakelijke snelheid kan worden toegepast. Dus in praktische zin is eigenlijk alleen het beroep op *necessity* relevant.

De vervolgvraag was in hoeverre een beroep op *necessity* juridisch mogelijk is indien het gaat om een mensenrechtenverdrag dat zelf ook reeds voorziet in een mogelijkheid om de verdragsverplichtingen onder bepaalde omstandigheden op te schorten. Op grond van een optelsom van overwegingen moet geconcludeerd worden dat die mogelijkheid alleen aanwezig is indien het

¹⁹² *Yearbook ILC* 1980, Vol. II, part 2, p. 50-51, § 38.

betreffende mensenrechtenverdrag zelf geen opschortingsbepaling kent (zoals bijvoorbeeld bij het IVESCR, het IVRK en het Afrikaanse Mensenrechtenhandvest). De betreffende overwegingen zijn:

- het bijzondere niet-wederkerige karakter van de verdragsverplichtingen onder de mensenrechtenverdragen;
- het feit dat in ieder geval een deel van de verplichtingen onder de mensenrechtenverdragen als *erga omnes* verplichtingen kan worden aangemerkt;
- de centrale rol die de verdragsorganen spelen bij het bepalen van de toepassing, reikwijdte en interpretatie van verdragsbepalingen en het karakterbepalende van de toezichtsmechanismen voor de mensenrechtenverdragen (waardoor voor wat betreft het EVRM zelfs van een *self-contained regime* kan worden gesproken); en vooral
- het feit dat het bestaan van een specifieke opschortingsbepaling in vele mensenrechtenverdragen impliciet – maar onmiskenbaar gezien het voorwerp en doel van de betreffende verdragen en de binnen het internationale recht algemeen aanvaarde ontoelaatbaarheid van afwijking van niet-opschortbare verdragsverplichtingen onder de mensenrechtenverdragen – uitsluit dat op grond van een andere ‘ontsnappingsclausule’ aan de verdragsverplichtingen onder die mensenrechtenverdragen zou kunnen worden ontkomen.

Voor die verdragen die geen eigen opschortingsbepaling kennen, is het dan nog wel interessant welke ‘ruimte’ een beroep op *necessity* oplevert voor verdragsstaten die bepaalde verdragsverplichtingen niet zijn nagekomen. Welke voorwaarden zijn verbonden aan een beroep op *necessity*?

Hierboven is reeds aangegeven dat er een ‘essential interest’ van de staat in het geding moet zijn geweest, maar dat moeilijk exact valt aan te geven wat nu als een ‘essential interest’ kan worden aangemerkt. Dat zal telkens afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval. De ILC heeft echter beoogd in artikel 25, eerste lid sub a, van de ILC-bepalingen wel heel nadrukkelijk aan te geven dat dit essentiële belang van de staat *ernstig bedreigd* moet worden; er moet sprake zijn van ‘a grave and imminent peril’. De ernstige bedreiging zal objectief vastgesteld moeten zijn en het zal niet slechts moeten gaan om een eventuele mogelijkheid van een bedreiging. Verder zal de ernstige bedreiging actueel, in de zin van feitelijk nabij, moeten zijn.¹⁹³ Het in artikel 25 gehanteerde begrip ‘imminent’ sluit volgens het Internationaal Gerechtshof echter niet uit dat

193 Crawford 2002, p. 183; *Yearbook ILC* 1980, Vol. II, part. 2, p. 49, § 33.

‘a “peril” appearing in the long term might be held to be “imminent” as soon as it is established, at the relevant point in time, that the realization of that peril, however far off it might be, is not thereby any less certain and inevitable’.¹⁹⁴

Tevens moet de niet-nakoming van de betreffende volkenrechtelijke verplichtingen (doorgaans verdragsverplichtingen) voor de staat de ‘only means’ zijn geweest om het essentiële staatsbelang te beschermen. Er moet voor de staat dus geen enkele andere manier open hebben gestaan om aan de bedreiging te ontkomen, ook al zou dat bijvoorbeeld een veel kostbaarder manier zijn geweest, zonder daarbij in strijd te komen met zijn volkenrechtelijke verplichtingen.¹⁹⁵ Met andere woorden, er moet voldaan zijn aan een streng noodzakelijkheidsvereiste.

In artikel 25, eerste lid sub b, is vervolgens een proportionaliteitsvereiste opgenomen: de niet-nakoming van bepaalde volkenrechtelijke verplichtingen mag niet zodanig zijn, dat hierdoor een essentieel belang van staten ten opzichte van welke deze volkenrechtelijke verplichtingen werden aangegaan of een essentieel belang van de internationale gemeenschap als geheel wordt aangetast. Het belang dat wordt geofferd op het altaar van de *necessity* moet derhalve minder zwaarwegend zijn dan het belang dat de staat daarmee beoogt te beschermen.¹⁹⁶ Met betrekking tot de proportionaliteit van het staatsoptreden voegt de ILC hieraan nog toe:

‘Also, not just part but the whole of the conduct in question must have proved indispensable for preserving the essential interest threatened. Any conduct going beyond what is strictly necessary for this purpose will inevitably constitute a wrongful act per se, even if the excuse of necessity is admissible as regards the remainder of the conduct. In particular, it is self-evident that once the peril has been averted by the adoption of conduct conflicting with the international obligation, the conduct will immediately become wrongful if persisted in, even though it has not been wrongful up to that point. Compliance with the international obligation affected must, if still materially possible, begin again without delay.’¹⁹⁷

Ten slotte wordt in het tweede lid sub b van artikel 25 bepaald dat de staat die een beroep doet op *necessity* niet zelf mag hebben bijgedragen aan het ontstaan van de noodsituatie. Het commentaar van de ILC bij deze bepaling expliciteert dit nog wat: ‘[T]he State claiming the benefit of the existence of a state of necessity must not itself have provoked, either deliberately or by negligence, the occurrence of the state of necessity’.

De tekst van artikel 25 en de toelichting van de ILC daarbij maken duidelijk dat de voorwaarden verbonden aan een beroep op *necessity* stringent zijn. Een

194 Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), *ICJ Reports* 1997, p. 42, § 54.

195 Crawford 2002, p. 184; *Yearbook ILC* 1980, Vol. II, part. 2, p. 49, § 33.

196 *Yearbook ILC* 1980, Vol. II, part. 2, p. 50, § 35.

197 *Yearbook ILC* 1980, Vol. II, part. 2, p. 49-50, § 33.

vraag die hierbij weer te stellen valt, is hoe deze voorwaarden zich dan verhouden tot de voorwaarden genoemd in de specifieke opschortingsbepalingen in enkele mensenrechtenverdragen. Die bepalingen worden in de hoofdstukken 6 tot en met 9 nader onderzocht, zodat een antwoord op deze vraag allicht verderop in dit boek gegeven zal kunnen worden.

