



Universiteit
Leiden
The Netherlands

The protection of individuals by means of diplomatic protection : diplomatic protection as a human rights instrument

Vermeer-Künzli, A.M.H.

Citation

Vermeer-Künzli, A. M. H. (2007, December 13). *The protection of individuals by means of diplomatic protection : diplomatic protection as a human rights instrument*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12538>

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/1887/12538>

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

Samenvatting

DE BESCHERMING VAN HET INDIVIDU DOOR MIDDEL VAN DIPLOMATIEKE BESCHERMING DIPLOMATIEKE BESCHERMING ALS EEN MENSENRECHTENINSTRUMENT

Hoewel het internationale recht in vele opzichten veranderd is sinds Vattel zijn meesterwerk schreef in de zeventiende eeuw, heeft diplomatieke bescherming, de bescherming van onderdanen in het buitenland, de tand des tijds doorstaan. Een van de belangrijkste redenen hiervoor is dat het internationale recht nog steeds geen ander bindend mechanisme dat universeel van toepassing is heeft weten te creëren dat de rechten van het individu kan beschermen. Diplomatieke bescherming is wel zo'n mechanisme.

Zoals deze studie laat zien hebben de veranderingen in het internationale recht het instrument diplomatieke bescherming niet onberoerd gelaten. Het is om die reden nodig de regels rond diplomatieke bescherming opnieuw te beoordelen en te analyseren in het licht van deze veranderingen. Uitgaande van de positie dat het beschermen van individuen in het buitenland tegen ernstige schendingen van mensenrechten wenselijk is, en dat de internationale gemeenschap het belang van bepaalde fundamentele rechten erkent, analyseert deze studie dit rechtsgebied vanuit een aantal rechtsbronnen: verdragsbepalingen, het werk van de International Law Commission van de Verenigde Naties (ILC), uitspraken van nationale en internationale gerechtelijke instanties en de doctrine. Hoewel sommige onderwerpen bewust buiten het bestek van deze studie gehouden zijn presenteert dit werk een herdefinitie en verheldering van de aard en het reikwijdte van diplomatieke bescherming.

Deze studie bestaat uit twee delen. In Deel 1, dat de nadruk legt op de theorie, wordt ingegaan op de vraag naar de aard van diplomatieke bescherming en haar plaats in het huidige internationale recht. Deel 2 presenteert een analyse van de toepassing van diplomatieke bescherming in de internationale rechtspraktijk. Hoofdstuk 1 geeft een moderne interpretatie van de juridische fictie in diplomatieke bescherming. Juridische ficties zijn een onmisbaar instrument voor de toepassing van het recht en in bredere zin voor het behoud van de rechtstaat. Door te pretenderen dat een schending van het recht van een individu een schending van het recht van zijn nationale staat is wordt het individu een bescherming geboden die anders niet beschikbaar zou zijn. Deze

conclusie is weliswaar tamelijk eenvoudig, maar de analyse van de precieze functie van de juridische fictie in dit proces is dat niet. Zij laat zien dat de fictie een aantal overgangen bewerkstelligt. Ten eerste, en dit is misschien wel het belangrijkste, wordt de schending ten opzichte van het individu omgezet in het recht van de nationale staat om diplomatieke bescherming uit te oefenen waarmee de staat het individu kan beschermen. Ten tweede geeft de schending van een primaire regel de mogelijkheid tot het uitoefenen van een recht dat gebaseerd is op een secundaire regel. In haar poging diplomatieke bescherming progressief te ontwikkelen heeft de ILC nog een andere dimensie toegevoegd aan de werking van de fictie. Om tegemoet te komen aan de zorg dat diplomatieke bescherming zich teveel concentreert op staten en geen centrale rol toekent aan individuen heeft de ILC besloten staten aan te moedigen om diplomatieke bescherming te verlenen in bepaalde situaties, om de wensen van het individu met betrekking tot de manier waarop bescherming geboden wordt in overweging te nemen en om eventuele schadevergoeding over te dragen aan het individu. Vanuit het perspectief van de fictie heeft deze aanbeveling een interessant effect: hoewel het een secundaire norm is creëert deze bepaling, die nog geen verplichting is, iets wat bijna een recht is van het individu en niet van de staat. Op deze manier keert de fictie terug naar het individu.

Het is nog de vraag of staten deze aanbeveling zullen accepteren. Verklaringen van de lidstaten van de VN in het *Sixth Committee* in 2006 suggereren dat er in ieder geval geen algemene aanvaarding van deze bepaling is. Wel zou zij het gelaedeerde individu ten goede komen en ook zou zij het mechanisme als geheel versterken. Als individuen de indruk krijgen dat hun nationale staat werkelijk bescherming kan bieden in het geval van schendingen van hun internationale (mensen)rechten dan zullen zij vaker een beroep doen op hun nationale staat en deze zal op zijn beurt meer activiteiten ontplooiën ten behoeve van zijn onderdanen in het buitenland. Het is de vraag of een toename van het aantal internationale rechtzaken wenselijk is, maar bescherming tegen schendingen, en zeker tegen ernstige schendingen, van internationale rechten van het individu is iets wat internationaal recht altijd zou moeten steunen. De bepaling valt enigszins buiten de logica van de het regime van de ontwerp-artikelen inzake diplomatieke bescherming en vanuit juridisch oogpunt is zij ontvankelijk voor kritiek: een gewoonterechtelijke basis zou ontbreken, de bepaling zou strijdig zijn met de opvatting dat diplomatieke bescherming het recht van staten is en de bewoording van de bepaling is ongelukkig gekozen. Hoewel deze kritiek pertinent is, kan er een beleidsoverweging tegenin gebracht worden. De soms ernstige bezwaren tegen diplomatieke bescherming komen meestal voort uit onvrede met de manier waarop dit instrument een wereld representeert die zich concentreert op staten. Om irrelevantie in een wereld die, langzaam, beweegt in een andere richting en die het model waarin staten de enige actoren zijn verlaat te voorkomen was het een wijze beslissing

om te proberen een grotere rol toe te kennen aan het individu, ook als de manier waarop dit gedaan is niet ideaal is.

Hoofdstuk II biedt vervolgens een analyse van de methoden waarmee diplomatieke bescherming uitgeoefend wordt. Hierin wordt een onderscheid gemaakt tussen diplomatieke bescherming en consulaire bijstand, met uitgebreide aandacht voor de bepalingen in verschillende EU verdragen over diplomatieke bescherming en consulaire bijstand van EU burgers. Een verrassend aantal geleerden en juridische instituten slaagt er niet in een duidelijk onderscheid te maken tussen deze twee beschermingsmechanismen voor onderdanen in het buitenland. In de meeste gevallen is dit duidelijk het gevolg van fouten of onwetendheid, maar soms wordt ook beweerd dat het onderscheid niet zo belangrijk is: waar het om gaat de bescherming en niet het etiket dat erop geplakt wordt. Dit argument lijkt aantrekkelijk en de nadruk te leggen op de mensenrechten en het individu. Het tegendeel is waar. Door de grens tussen diplomatieke bescherming en consulaire bijstand te vervagen loopt men het risico op een onrechtmatige inmenging in de interne aangelegenheden van het gastland en dit zal er uiteindelijk toe leiden dat het gastland een vijandige houding aanneemt tegenover iedere activiteit ten behoeve van buitenlandse onderdanen. Duidelijkheid in dit opzicht heeft het tegenovergestelde effect. Als een beschermende staat eenmaal heeft aangetoond dat zijn onderdaan gelaedeerd is door een handeling die toerekenbaar is aan het gastland en dat er geen locale rechtsmiddelen meer zijn die uitgeput moeten of kunnen worden, dan zal de geboden bescherming acceptabeler zijn voor het gastland, en effectiever.

Voor het uitoefenen van diplomatieke bescherming, een indirecte claim, moet aan twee voorwaarden worden voldaan: uitputting van locale rechtsmiddelen en het nationaliteitsvereiste. Het is echter de vraag of dit op dezelfde manier geldt in het geval van schendingen van dwingend recht, *jus cogens*, met name gezien het *erga omnes* karakter van zulk recht. Aansprakelijkheidsstelling is immers niet beperkt tot het instrument van diplomatieke bescherming: de ontwerp-artikelen inzake staatsaansprakelijkheid voorzien in aansprakelijkheidsstelling door andere, niet direct gelaedeerde staten *erga omnes*. In hoofdstuk III wordt ingegaan op de vraag hoe dit onderdeel van de staatsaansprakelijkheid zich verhoudt tot diplomatieke bescherming, met name nu de ILC over beide onderwerpen een set ontwerp-artikelen heeft geproduceerd. De algemene eisen die de artikelen inzake staatsaansprakelijkheid stellen aan indirecte claims maken de zaak nog ingewikkelder. Immers, claims die naar voren gebracht worden door niet-gelaedeerde staten vertonen een opvallende gelijkenis met indirecte claims, hetgeen de indruk wekt dat de vereisten voor diplomatieke bescherming, i.e. de uitputting van locale rechtsmiddelen en het nationaliteitsvereiste, ook van toepassing zijn op claims van niet-gelaedeerde staten. Als beide soorten van aansprakelijkheidsstelling onderworpen zijn aan dezelfde voorwaarden dan bestaat er geen werkelijk onderscheid en blijft aansprakelijkheidsstelling beperkt tot één staat: de nationale staat. Hoewel

dit wellicht gunstig lijkt voor het instrument diplomatieke bescherming is het niet een bevredigende uitkomst. De analyse in Hoofdstuk III laat dan ook zien dat een *erga omnes* claim van een juridisch andere aard is dan een claim op basis van diplomatieke bescherming. De eerste is een directe claim gebaseerd op een direct rechtsbelang terwijl de tweede een indirecte claim is gebaseerd op een rechtsbelang dat bestaat vanwege de band die gecreëerd wordt door de nationaliteit. Een claim *erga omnes* is een claim gebaseerd op een verplichting die geldt tegenover de gemeenschap als geheel, inclusief de staat die de klacht brengt.

Als we mechanismen voor de bescherming van het individu willen versterken, met name in het geval van ernstige mensenrechtenschendingen of zulke schendingen op grote schaal, dan moeten we proberen de verscheidenheid aan mechanismen te behouden: zowel aansprakelijkheidstelling *erga omnes* als aansprakelijkheidsstelling via het uitoefenen van diplomatieke bescherming. Dit geeft staten een keuzevrijheid en de mogelijkheid dat mechanisme te kiezen dat het meest geschikt is in een bepaalde situatie. Wanneer de nationale staat de mogelijkheid heeft te reageren op een ernstige schending van de mensenrechten van een van zijn onderdanen, dan is diplomatieke bescherming een effectief middel. De nationale staat heeft die mogelijkheid echter niet altijd. Als de schendingen van een zodanige aard zijn dat zij het belang van de internationale gemeenschap raken dan zou het feit dat de nationale staat niets kan ondernemen geen belemmering moeten zijn voor aansprakelijkheidsstelling.

Het eerste hoofdstuk van Deel 2, Hoofdstuk IV, bespreekt de benadering van het Internationaal Gerechtshof ten aanzien van diplomatieke bescherming, zoals die naar voren kwam in de uitspraak in *Avena*. De manier waarop het Hof in *Avena* de diplomatieke bescherming behandelde, of liever gezegd niet behandelde, is op zijn minst opvallend. Op basis van het karakter van diplomatieke bescherming zoals besproken in Deel 1 van deze studie wordt de benadering van het Hof bekritiseerd en er wordt aangetoond wat voor claim Mexico naar voren bracht in *Avena* (een gedeeltelijk indirecte claim) en wat internationaal recht voorschrijft voor zulke claims (de uitputting van locale rechtsmiddelen en het nationaliteitsvereiste). Het doel hiervan is niet alleen kritiek te uiten op het Hof. Het gaat er met name om te laten zien wat de gevolgen zijn van incorrecte juridische argumentatie, vooral als dit gedaan wordt door het hoogste juridische orgaan. Zoals gezegd leidt dit tot het heropenen van de doos van Pandora terwijl het zo lang duurde om die te sluiten. Als staten kunnen pretenderen dat zij een directe claim hebben, wanneer het niet om een claim *erga omnes* gaat, dan zal de bereidheid van andere staten om zulke claims te accepteren verminderen. Het uitoefenen van diplomatieke bescherming onder het mom van een directe claim is niet in het belang van het individu en het is zelfs de vraag of het in het belang van de klagende staat is. Het is dus noodzakelijk dat de claim adequaat gekarakteriseerd wordt, ook als dit betekent dat voldaan moet worden aan bijkomende voorwaarden.

Hoofdstuk IV wordt gevolgd door Hoofdstuk V waarin de beslissing van het Internationaal Gerechtshof in *Diallo* centraal staat. Deze zaak is wellicht niet een zaak die van enorme invloed is op de ontwikkeling van het internationale recht, te meer daar het Hof, net als in *Avena* naliert de uitputting van lokale rechtsmiddelen grondig te behandelen en ook geen uitputtende analyse van de nationale juridische situatie omtrent incorporatie in de Democratische Republiek Congo presenteerde. Het belang van deze uitspraak ligt echter ergens anders, namelijk in de aanzienlijke steun voor de ontwerpartikelen van de ILC en voor de algemene benadering in deze artikelen die in de uitspraak naar voren komt. Het Hof benadrukte met name het belang van diplomatieke bescherming voor de bescherming van mensenrechten en het heeft de definitie zoals die in artikel 1 is verwoord overgenomen. Vooral dat laatste is relevant, aangezien deze definitie een vernieuwing is ten opzichte van de oude, traditionele definitie van diplomatieke bescherming (zoals ook behandeld is in Hoofdstuk I)

In het laatste Hoofdstuk worden zaken besproken die aangespannen zijn door individuen tegen hun eigen staat. Het ging in deze zaken om de klacht dat de staat geen of te weinig bescherming geboden had. De vraag die gesteld wordt in Hoofdstuk VI is of staten een verplichting hebben diplomatieke bescherming uit te oefenen en of de uitoefening van bescherming onderworpen kan worden aan rechterlijke toetsing door nationale juridische instanties. Hoewel de arresten die besproken worden in dit hoofdstuk voortkomen uit verschillende staten vertonen zij opvallende gelijkenissen. Het had voor de hand gelegen dat de rechters in de verschillende zaken zich onbevoegd zouden verklaren op grond van de overweging dat diplomatieke bescherming traditioneel gezien tot de discretionaire bevoegdheden van de uitvoerende macht behoren. Dit betekent dat er geen verplichting bestaat en – als gevolg daarvan – geen rechterlijke toetsing. Verrassend genoeg hebben alle nationale juridische organen zonder uitzondering de zaken inhoudelijk behandeld, de activiteiten ten behoeve van het individu ondernomen door de staat beoordeeld en op basis van deze analyse geconcludeerd dat de overheden aan hun verplichtingen ten opzichte van de bewuste onderdanen voldaan hadden. Het is misschien teleurstellend dat geen van de instanties heeft geoordeeld dat de overheid niet aan de verplichtingen had voldaan, maar het feit dat er rechterlijke toetsing was is op zichzelf veelbelovend. Sommige instanties hebben zelfs expliciet in de beslissing gezegd dat het oordeel anders uitgevallen zou zijn als de omstandigheden anders waren geweest.

Zelfs als het op grond van deze arresten niet mogelijk is te concluderen dat staten een internationale verplichting hebben tot het verlenen van diplomatieke bescherming en dat individuen het corresponderende recht hebben om zulke bescherming te eisen, dan is toch de trend die blijkt uit de arresten veelbelovend. Hier moet aan toegevoegd worden dat individuen niet altijd in staat zijn te beoordelen of en zo ja op welke manier zij het beste beschermd kunnen worden. Overheden, en dan in het bijzonder het ministerie van buiten-

landse zaken, zijn meestal beter bekend met de diplomatieke kanalen en in een betere positie om te bepalen welke maatregelen het meeste effect zullen sorteren. Bovendien zijn niet alle klachten van individuen per definitie gegrond. Hoe dit ook zij, het is van belang dat deze arresten laten zien dat individuen de mogelijkheid hebben om de beslissing van hun eigen overheid aan te vechten en dat de overheden op deze manier gedwongen worden beginselen zoals het verbod op arbitraire beslissingen en de gerechtvaardigde verwachting van het individu in overweging te nemen.

In de conclusie worden de bevindingen van de verschillende hoofdstukken samengevat en verbonden. Op grond van de voorafgaande hoofdstukken blijkt dat diplomatieke bescherming nog steeds een belangrijke plaats heeft in het internationale recht. Diplomatieke bescherming heeft een duidelijk juridisch karakter en is onderworpen aan juridisch toetsbare voorwaarden. De ontvankelijkheid, of toelaatbaarheid, van een claim gebaseerd op diplomatieke bescherming is dus altijd vast te stellen. In negatieve zin voorkomt dit misbruik en helpt het ongerechtvaardigde claims te verwerpen. Het heeft ook een positief effect: diplomatieke bescherming is een recht dat bestaat in internationaal gewoonterecht. Dit betekent dat het toegepast kan worden door alle staten ongeacht hun positie in internationale betrekkingen. De *Diallo* zaak is in dit opzicht een goed teken. Wellicht is dit een te optimistische kijk op het internationale recht, en is er een veel grotere rol voor internationale politiek, maar zelfs als dit zo is dan zal de juridische aard van diplomatieke bescherming de rol van politiek minimaliseren. Dit zal vervolgens de beschikbaarheid van het mechanisme vergroten: het is beschikbaar voor alle staten, en tegen alle staten, die zich niet willen onderwerpen aan een bestaand geschillenbeslechtingsmechanisme. Tegelijkertijd is diplomatieke bescherming niet afhankelijk van de politieke verhoudingen tussen twee staten doordat het een juridisch mechanisme is. Tenslotte is het minder onderhevig aan verandering dan politieke situaties. Het veranderen van juridische regimes vergt vaak tijd en in ieder geval inspanning. Dit maakt het een stabiel, en dus beschikbaar en betrouwbaar mechanisme.

Een van de motivaties voor deze studie is geweest het versterken van een instrument ter bescherming van mensenrechten. In de conclusie wordt overwogen dat het weliswaar welhaast onmogelijk is om in absolute termen de effectiviteit van dit mechanisme vast te stellen, maar dat de kenmerken van diplomatieke bescherming wel een indicatie hiervan geven, vooral in relatie tot andere mechanismen. Ten eerste is diplomatieke bescherming niet beperkt tot staten die partij zijn bij een bepaald verdrag. Ten tweede is het uitoefenen van diplomatieke bescherming niet beperkt tot gerechtelijke procedures en hebben staten een keuzevrijheid wat de methode betreft. Ten derde ligt het afdwingen van de uitkomst van de bescherming niet alleen in handen van een internationaal hof. Diplomatieke bescherming is deel van het staatsaansprakelijkheidsrecht en dus gelden dezelfde regels voor afdwingen, variërend van

retorsies tot represailles, sancties en inspanningen van de VN Veiligheidsraad. Tenslotte wordt overwogen dat de verdere ontwikkeling in de richting van normatieve hiërarchie in het internationale recht een positieve invloed zal hebben op diplomatieke bescherming. Het kenmerk van *jus cogens* is immers dat het superieur is ten opzichte van andere regels. Hoewel het Internationaal Gerechtshof recentelijk heeft vastgesteld dat deze eigenschap van bepaalde regels geen consensus ten aanzien van geschillenbeslechting kan creëren, valt het nog te bezien wat het effect zal zijn op het moment dat deze consensus er in principe is. Zoals hierboven vermeld, staat het mechanisme van diplomatieke bescherming altijd ter beschikking aan staten, vooropgesteld dat voldaan is aan de eis van uitputting van locale rechtsmiddelen en het nationaliteitsvereiste. Dit zou op termijn kunnen leiden tot een verplichting tot het verlenen van diplomatieke bescherming in het geval van schendingen van dwingend recht. De Conclusie eindigt met de stelling dat het verduidelijken en versterken van diplomatieke bescherming van belang is zolang het internationale recht niet op een betere manier voorziet in de bescherming van individuen tegen schendingen van hun individuele (mensen)rechten.

