

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/74051> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Kempees, P.M.

Title: 'Hard power 'and the European Convention on Human Rights

Issue Date: 2019-06-18

Samenvatting (*Summary in Dutch*)

'Hard power' en het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens

Hoofdstuk 1: Inleiding

Ingevolge art. 1 van het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens (EVRM) is bescherming van de in dat Verdrag en zijn protocollen neergelegde rechten in de eerste plaats de taak van de nationale overheid van de verdragsstaat. In normale omstandigheden kwijt de overheid zich van die taak doordat de uitvoerende macht getrouw de wet uitvoert: als in individuele gevallen problemen optreden, worden die voorgelegd aan de rechterlijke macht. Hier ligt echter ook een taak voor de krijgsmacht: individuele vrijheden, politieke vrijheid en de rechtsstaat kunnen niet bestaan zonder geloofwaardige dreiging – en zonodig daadwerkelijk gebruik – van militair geweld door de staat. Dit besef is het uitgangspunt van dit proefschrift.

Evenwel is de verdragsstaat ook in zijn militair handelen onderworpen aan de beperkingen die het EVRM stelt. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft al meermalen schendingen van het EVRM moeten vaststellen naar aanleiding van militair optreden.

Voor uitoefening van fysieke (in het bijzonder militaire) macht in internationale betrekkingen gebruikt dit proefschrift de uitdrukking 'hard power'. Deze uitdrukking – waarvoor geen equivalent in het Nederlands lijkt te bestaan – is ontleend aan de moderne leer van de internationale betrekkingen. Een voor dit proefschrift bruikbare werkdefinitie is: ten eerste, de weloverwogen projectie door een regering van macht buiten de grenzen van de eigen staat, ongeacht of de situatie door de betrokken regering wordt erkend als gewapend conflict; ten tweede, machtsuitoefening binnen de eigen grenzen, op een schaal die hetzij militaire middelen vereist, hetzij middelen die uitgaan boven de vereisten van normale wetshandhaving, om tegenstand te overwinnen, ongeacht of de situatie door de betrokken regering wordt erkend als gewapend conflict; en ten derde, toepassing door een regering van economische sancties in de internationale betrekkingen van de staat. Deze werkdefinitie dekt mede situaties die in termen van internationaal humanitair recht veelal eerder worden beschouwd als wetshandhaving dan als gewapend conflict, zoals de bestrijding van grootschalig terrorisme, afscheidingsbewegingen of zeeroverij.

De onderzoeksvraag is of het EVRM zijn Verdragsluitende Staten voldoende ruimte laat voor het gebruik van 'hard power' in bovengenoemde zin. De aanname is dat die ruimte voldoende zal zijn indien die Staten de vrijheid behouden naar internationaal recht geoorloofde beleidsdoelen na te streven ondanks de beperkingen die het EVRM stelt.

Daarbij is van belang dat de opstellers van het EVRM vanaf het begin onder ogen hebben gezien dat het EVRM van toepassing zou moeten zijn in conflictsituaties, zelfs in geval van gewapend conflict.

Het onderzoek behelst in hoofdzaak studie van de toepasselijke jurisprudentie van de organen van het EVRM: de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM), die bestaan heeft tot 1999, en het EHRM. Gekozen is voor het standpunt van de Verdragsstaat die zich heeft te verweren voor het EHRM.

De deelvragen zijn dan ook gesteld in termen van – ten overstaan van het EHRM in te roepen – ‘verweren’:

- Ten eerste, het verweer dat de vastgestelde feiten niet kunnen leiden tot vaststelling van een schending van het EVRM;
- Als bijzonder subtype van dit eerste verweer: afwijking van het EVRM in geval van noodtoestand (art. 15 EVRM);
- Ten tweede: het verweer dat de feiten waarover geklaagd wordt niet vallen binnen de rechtsmacht van de verdragsstaat, begrepen in de zin van art. 1 EVRM;
- Ten derde: het verweer dat feiten waarover geklaagd wordt buiten de bevoegdheid van het EHRM vallen;
- Ten vierde: het verweer dat de feiten waarover geklaagd wordt niet aan de verwerende verdragsstaat kunnen worden toegerekend.

Hoofdstuk 2: Materiële toepassing van het EHRM op gebruik van ‘hard power’

De ECRM en het EHRM hebben de toepasselijke maatstaven ontwikkeld naar aanleiding van situaties waarmee een samenleving ook in normale tijden wordt geconfronteerd. Dezelfde maatstaven gelden in beginsel voor het gebruik van ‘hard power’. De navolgende artikelen zijn in het bijzonder van belang.

Art. 2 EVRM

Art. 2 EVRM (recht op leven) verbiedt dodelijk geweld niet in alle gevallen. Het EHRM is in beginsel bereid te aanvaarden dat dodelijk geweld gerechtvaardigd is, mits er een behoorlijke wettelijke basis voor is, planning en uitvoering erop zijn gericht het gebruik van dodelijk geweld te vermijden, de beslissing tot dodelijk geweld over te gaan redelijk is en het toegepaste geweld niet disproportioneel is.

Daarnaast rust op de staat de positieve verplichting het recht op leven te beschermen. Deze verplichting omvat, naast strafbaarstellingen vergezeld door daadwerkelijke handhaving, positieve maatregelen in gevallen waarin een reële individuele dreiging bekend is. Van de staat wordt echter niet gevergd dat hij absolute veiligheid garandeert: zo prevaleren soms eisen van rechtsstatelijkheid. In het bijzonder is het de staat niet toegestaan terrorisme te bestrijden met gebruikmaking van middelen die de waarden van de rechtsstaat zelf aantasten.

Nodig is ook dat elk gebruik van dodelijk geweld wordt gevolgd door behoorlijk onderzoek om vast te stellen of aan deze vereisten is voldaan, dit met het oog op daadwerkelijke bescherming van het recht op leven door strafrechtelijke handhaving. Deze maatstaf is ontwikkeld in het verband geweldsgebruik door de burgerlijke politie, on-

der meer bij de bestrijding van terrorisme, maar geldt ook voor uitoefening van 'hard power' door andere overheidsdienaren. Echter dient een dergelijk onderzoek ook het recht van nabestaanden de waarheid te kennen.

Art. 3 EVRM

Art. 3 EVRM heeft een bredere strekking dan slechts het 'verbod van foltering' waarnaar de titel verwijst. Het verbiedt elk gebruik van geweld dat niet strikt noodzakelijk is als gevolg van het eigen gedrag van het slachtoffer zelf. Naast lichamelijk of geestelijk geweld verbiedt het ook vernederende behandeling of bestraffing.

Het vermoeden dat het slachtoffer beschikt over informatie die hij of zij niet wil prijsgeven, vormt geen rechtvaardiging voor behandeling in strijd met dit artikel, zelfs niet als er mensenlevens op het spel staan.

Net als art. 2 legt art. 3 aan de staat de positieve verplichtingen op foltering en overige onmenselijke of ontorende behandeling en bestraffing te voorkomen.

Net als in het geval van art. 2 EVRM rust er op de staat een onderzoeksplicht als er gegronde reden is te vermoeden dat overheidsdienaren zich te buiten zijn gegaan aan gedrag dat strijdig is met art. 3.

Art. 5 EVRM

De noodzaak kan bestaan mensen hun vrijheid te benemen. Art. 5 stelt daaraan echter grenzen.

Vrijheidsbeneming in volledige afzondering is slechts bij zeer dringende noodzaak en voor zeer korte tijd toelaatbaar. Er moet in beginsel contact kunnen bestaan tussen de gedetineerde en zijn familie of een ander steunnetwerk. Er moet rechterlijk of soortgelijk onafhankelijk toezicht zijn door een functionaris die invrijheidsstelling kan bevelen; dit helpt onder meer foltering te voorkomen, net als overigens bezoek van een arts of een advocaat dat doet.

Bescherming van woning en eigendom

Schendingen van het recht op eigendom, beschermd door art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, gaan in de situaties waarop dit proefschrift ziet vaak samen met schendingen van het recht op eerbiediging van de woning, beschermd door art. 8. Dit is onder meer het geval gebleken in de conflicten tussen Cyprus en Turkije, tussen Armenië en Azerbaidjan en in het voormalig Joegoslavië.

Art. 13 EVRM

Ingevolge art. 13 EVRM heeft eenieder wiens in het EVRM vastgelegde rechten en vrijheden zijn geschonden recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie. Om dit recht geldend te maken in een geval waarin 'hard power' is uitgeoefend, zal een individu voor bewijs veelal zijn aangewezen op de resultaten van een officieel onderzoek. De belangen gediend door de procedurele verplichtingen die voortvloeien uit artt. 2 en 3 gaan reeds daarom verder dan slechts de strafvordering.

Bewijs

Volgens vaste rechtspraak van het EHRM moeten partijen hun feitelijke stellingen met de nodige bewijzen staven, ongeacht de context van de zaak. Echter kan het in gevallen van het soort waarop dit proefschrift ziet, voor individuele verzoekers moeilijk blijken feiten aan te tonen. Het EHRM behoudt zich evenwel de vrije waardering van de bewijsmiddelen voor; dat kan betekenen dat, indien alleen de autoriteiten van de verwerende verdragsstaat kennis van de feiten dragen, zoals het geval kan zijn indien iemand in detentie wordt mishandeld of sterft, van die autoriteiten een bevredigende verklaring wordt verwacht.

Conclusie van dit hoofdstuk

Zelfs in normale tijden ontbreekt het gezagsdragers niet aan mogelijkheden om individuele mensenrechten te schenden. Conflictsituaties maken echter naar hun aard de kans op zodanige schendingen groter. Hoe dan ook, het behoort tot de plicht van de militair zich van de mensenrechtenverplichtingen van zijn staat bewust te zijn, aangezien immers zijn staat voor eventuele door hem gepleegde schendingen aansprakelijk zal zijn.

Hoofdstuk 3: Wisselwerking tussen het EVRM en het humanitair recht

Art. 15 EVRM verwijst naar het humanitair recht doordien het in geval van ‘oorlog’ voorziet in afwijkingen die echter niet in strijd mogen zijn met ‘andere verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht’. Een dergelijke verwijzing ontbreekt in andere mensenrechtenverdragen, waaronder in het bijzonder het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR). Dit verschil kan worden verklaard vanuit het uitgangspunt van het IVBPR, dat – als verdrag gesloten binnen het kader van de Verenigde Naties – bedoeld was als onderdeel van een internationaalrechtelijk systeem dat beoogde oorlog volledig te verbieden; het EVRM daarentegen was geschreven met het oog op de Europese praktijk, waarin het verschijnsel oorlog onder ogen moest worden gezien.

Dit verschil heeft gevolgen voor de beschouwing van de wisselwerking tussen het humanitair recht en het mensenrechtenrecht. In het systeem van het EVRM wijst art. 15 in geval van ‘oorlog’ de weg naar het humanitair recht; in het IVBPR is op de vraag hoe de beide rechtsgebieden zich tot elkaar verhouden geen antwoord gegeven.

Lex specialis?

In zijn bekende advies over de wettigheid van dreiging of inzet van kernwapens in gewapend conflict het Internationaal Gerechtshof aangegeven dat het IVBPR ook bescherming bood in gewapend conflict, zij het dat het humanitair recht ten opzichte van het IVBPR als *lex specialis* had te gelden.

Voor de wisselwerking tussen de twee rechtsgebieden – mensenrechtenbescherming en humanitair recht – is de uitdrukking *lex specialis* slecht gekozen. Zij ver-

onderstelt immers dat het humanitair recht een onderdeel is van het internationaal mensenrechtenrecht met een apart toepassingsgebied. Dit is duidelijk niet zo: het humanitair recht is een afzonderlijk rechtsgebied met eigen grondslagen, geen deelgebied van het mensenrechtenrecht. Gepoogd is wel de beide rechtsgebieden te zien als elkaars complement. Dat zijn zij niet: normen behorend tot elk van beide kunnen niet slechts gelijktijdig van toepassing zijn maar ook botsen, in welk geval de vraag rijst welk rechtsgebied in een bepaald geval moet prevaleren. Bij afwezigheid van enig sluitend theoretisch kader is de enige werkbare oplossing te aanvaarden dat in geval van gewapend conflict een keuze moet worden gemaakt voor een van beide rechtsgebieden, hetzij het mensenrechtenrecht, hetzij – om praktische redenen – het humanitair recht, waarbij het tweede aan de strijdende partijen doorgaans meer vrijheid laat dan het eerste in het bijzonder waar het gaat om beperkingen op het recht op leven.

Rechtspraak van het EHRM

In de rechtspraak van het EHRM wordt soms het humanitair recht in beschouwing genomen bij het interpreteren van in het EVRM vervatte rechtswaarborgen, waaronder het recht op leven (art. 2), *nulla poena sine lege* (art. 7) en de *ne bis in idem*-bepaling vervat in art. 4 van protocol nr. 7.

Dit is gebeurd in het arrest *Hassan v. the United Kingdom*, waarin het Verdragspartijen heeft toegestaan in een internationaal gewapend conflict vrijheidsbenemingen te toetsen aan de desbetreffende bepalingen van de Derde en Vierde Verdragen van Genève in plaats van aan het meer beperkende art. 5 EVRM.

Het Hassan-arrest

Dit proefschrift besteedt afzonderlijk aandacht aan het arrest *Hassan v. the United Kingdom*. Dit is tot dusver het enige geval geweest waarin het EHRM aan het humanitair recht voorrang gegeven boven de eigen rechtswaarborgen van het EVRM.

De casus betrof, voorzover hier van belang, de gevangenhouding door Britse strijdkrachten in Irak van een hooggeplaatst lid van de Baath-partij in omstandigheden die normaal gesproken vermoedelijk vragen zouden hebben opgeroepen in termen van de aansprakelijkheid van het Verenigd Koninkrijk op grond van art. 5 EVRM. Het EHRM erkende dat detentie op grond van het Derde dan wel het Vierde Verdrag van Genève niet onder een van de door art. 5 lid 1 toegestane detentiegronden viel te rangschikken. Niettemin kwam het op grond van het gegeven dat tot dusver geen enkele verdragsstaat ooit art. 15 had ingeroepen met betrekking tot militair optreden buiten de eigen grenzen tot de vaststelling dat in geval van internationaal gewapend conflict art. 5 EVRM moest worden geïnterpreteerd met inachtneming van de beide genoemde Geneefse Verdragen. Uitdrukkelijke afwijking van het EVRM krachtens art. 15 was in dergelijke gevallen dus niet nodig; een verdragsstaat mocht zich ook achteraf op toepasselijke bepalingen van internationaal humanitair recht beroepen.

De opvatting van de meerderheid van het EHRM in het *Hassan*-arrest is komen bloot te staan aan kritiek, niet alleen van een minderheid van de betrokken rechters van het EHRM zelf (in een *dissenting opinion* onder leiding van rechter Robert

Spano) maar ook in de doctrine. De kritiek is in alle gevallen gebaseerd op het uitgangspunt dat de bescherming van het EVRM in geval van internationaal gewapend conflict op onaanvaardbare wijze wordt aangetast of zelfs tenietgedaan op een wijze die niet te rijmen valt met de tekst van het EVRM zelf.

Hoofdstuk 4: Afwijking in geval van noodtoestand

Algemeen

Een verdragsstaat kan zich gesteld zien voor een situatie waarin volledige naleving van de in het EVRM neergelegde verdragsverplichtingen niet mogelijk is. Art. 15 EVRM voorziet in de mogelijkheid ‘in tijd van oorlog of in geval van enig andere algemene noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt’ daarvan af te wijken.

Uitgangspunt is echter dat de verdragsverplichtingen blijven bestaan. In voorkomend geval zal het EVRM eerst nagaan of het handelen of nalaten waarover geklaagd wordt, in beginsel een schending van het EVRM oplevert; indien dit het geval blijkt, zal het beoordelen of de afwijking geldig is en in de omstandigheden voldoende om te kunnen vaststellen dat het handelen of nalaten niettemin toelaatbaar is. De rechtsmacht van het EVRM, zoals gedefinieerd in art. 32 EVRM, blijft dus onaangetast; de mogelijkheid van afwijking ingevolge art. 15 EVRM kan dus niet door regeringen worden gebruikt om de bevoegdheden van het EHRM al dan niet tijdelijk buiten werking te stellen.

Oorlog

Voorgesteld wordt het begrip ‘oorlog’, zoals gebruikt in art. 15 EVRM, te interpreteren in de betekenis van ‘gewapend conflict’, al dan niet internationaal, in het internationaal humanitair recht. Aanhakend bij de vier Verdragen van Genève van 1949, waarbij alle staten van de wereld partij zijn, komt men dan tot de volgende definities:

Van een ‘internationaal gewapend conflict’ is sprake ‘ingeval een oorlog is verklaard of bij ieder ander gewapend conflict dat ontstaat tussen twee of meer der Hoge Verdragsluitende Partijen, zelfs indien de oorlogstoestand door één der Partijen niet wordt erkend’, en tevens ‘in alle gevallen van gehele of gedeeltelijke bezetting van het grondgebied van een Hoge Verdragsluitende Partij, zelfs indien deze bezetting geen gewapende tegenstand ontmoet’ (gemeenschappelijk art. 2 van de vier Verdragen van Genève).

Een niet-internationaal gewapend conflict is ‘een gewapend conflict op het grondgebied van één der Hoge Verdragsluitende Partijen, hetwelk geen internationaal karakter draagt’ (gemeenschappelijk art. 3 van de vier Verdragen van Genève), niet zijnde ‘situaties van interne ongeregelde heden en spanningen, zoals rellen, op zichzelf staande en sporadisch voorkomende daden van geweld en andere handelingen van soortgelijke aard, die niet zijn te beschouwen als gewapende conflicten’ (art. 1 lid 2 Tweede Aanvullend Protocol bij de Verdragen van Genève).

Een internationaal gewapend conflict is door het EHRM aangenomen tussen Turkije en Cyprus (in het arrest *Varnava and Others*) en in Irak (in het arrest *Hassan v. the United Kingdom*). Geen enkele EVRM-verdragsstaat heeft zich voor de toepassing van art. 15 EVRM ooit beroepen op het bestaan van een niet-internationaal gewapend conflict.

De vraag is gewettigd of de bijvoeglijke bijzin ‘die het bestaan van het land bedreigt’ in art. 15 lid 1 EVRM¹¹⁹² niet alleen op ‘noodtoestand’ slaat, hetgeen zonder meer duidelijk is, maar ook op ‘oorlog’ – met andere woorden, of een oorlog het bestaan van het land moet bedreigen vooraleer afwijking met toepassing van art. 15 is toegestaan. Immers, niet elke oorlog vormt zonder meer een bedreiging voor het bestaan van het land; een koloniale veroveringsoorlog bijvoorbeeld doet dat niet, maar een kinetisch conflict op het eigen territoir (of in een overzees gebiedsdeel) van de verdragsstaat, indien van voldoende intensiteit, doet dat wel.

In dit proefschrift wordt het voorlopig antwoord gegeven dat, wil afwijking met toepassing van art. 15 EVRM geoorloofd zijn, een ‘oorlog’ het ‘voortbestaan van het land’ niet hoeft te bedreigen als de ‘oorlog’ wordt gevoerd met inachtneming van hoofdstuk VII van het Handvest van de Verenigde Naties; dat wil zeggen, indien sprake is van ‘individuele of collectieve zelfverdediging in geval van een gewapende aanval’ (art. 51 van het Handvest) dan wel ‘optreden door middel van lucht-, zee- of landstrijdkrachten’ indien de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties zulks nodig oordeelt ‘voor de handhaving of het herstel van de internationale vrede en veiligheid’ (art. 42 van het Handvest).

Noodtoestand

In de jurisprudentie van de ECRM en het EVRM is art. 15 tot dusver ter sprake gekomen naar aanleiding van door de betrokken regering gestelde ‘noodtoestand’. De ECRM en het EVRM hebben te oordelen gehad over afwijkingen door het Verenigd Koninkrijk in 1955 en 1956, naar aanleiding van afscheidingspogingen in Cyprus (destijds een Britse kroonkolonie); door de Ierse Republiek in 1957, naar aanleiding van aanvallen door het zogeheten Ierse Republikeinse Leger (IRA); door Griekenland in 1967, naar aanleiding van tegenstand tegen de staatsgreep van de Griekse kolonels; opnieuw door het Verenigd Koninkrijk, in 1988, in reactie op de vaststelling door het EHRM van een schending van art. 5 lid 3 van het EVRM aangaande de maximale duur van vrijheidsbeneming voordat verdachten van terroristische misdrijven moesten worden voorgeleid aan een rechterlijke autoriteit (arrest *Brogan and Others*); door Turkije in 1990, naar aanleiding van geweld gepleegd door de Koerdische afscheidingsbeweging PKK; een derde maal door het Verenigd Koninkrijk, in 2001, nu naar aanleiding van de aanval door al-Qaeda op New York en Washington op 11 september van dat jaar; en opnieuw door Turkije, in juli 2016, naar aanleiding van de poging tot staatsgreep gepleegd in de nacht van 15 op 16 juli.

1192 Dit is een wat ongelukkige vertaling van ‘threatening the life of the nation’/‘menaçant la vie de la nation’.

Slechts in het geval van Griekenland is niet aanvaard dat ‘het voortbestaan van het land’ in gevaar was. Verondersteld is in de literatuur dat wantrouwen omtrent de beweegredenen van de Griekse kolonels hierbij een rol zouden kunnen hebben gespeeld.

In het vaststellen van de noodzaak van afwijkingen ingevolge art. 15 heeft de verdragsstaat een zeer ruime beoordelingsmarge (*margin of appreciation*). Uitgaande van de jurisprudentie van de ECRM en het EVRM kan in elk geval worden aangenomen dat een ‘noodtoestand’ een bedreiging zal vormen van het ‘voortbestaan van het land’ indien de ‘noodtoestand’ voortkomt uit het optreden van een gewapende groep die beoogt al dan niet plaatselijk bestaande bestuursstructuren van de verdragsstaat omver te werpen en bereid en in staat blijkt daartoe doelmatig geweld aan te wenden. In dergelijke gevallen dreigt immers een niet-internationaal gewapend conflict te ontstaan. Denkbaar is evenwel dat een ‘noodtoestand’ kan voortkomen uit een aanval die geen bedreiging vormt van het staatsgezag over het eigen territorium, zoals een aanhoudende onderbreking van scheepvaart-of luchtvaartverkeer of energievoorziening of van communicatie (in de vorm van bijvoorbeeld een aanhoudende cyberaanval). Evenzo zou een zodanige ‘noodtoestand’ kunnen voortkomen uit een natuurramp, een onbeheersbare immigratiecrisis, een epidemie of zelfs een onbeheersbare economische of monetaire crisis. Ook een chaotische nasleep van een oorlog zou een ‘noodtoestand’ in deze zin kunnen opleveren.

Rechten waarvan geen afwijking is toegestaan

Art. 15 lid 2 somt bepalingen van het EVRM op waarvan in geen geval mag worden afgeweken.

Van art. 2 (recht op leven) mag alleen worden afgeweken in geval van dood als gevolg van rechtmatige oorlogshandelingen – hetgeen moet worden begrepen in de zin dat indien iemand als gevolg van oorlogshandelingen het leven wordt benomen, de rechtmatigheid van die levensbeneming moet worden beoordeeld naar de normen van het internationaal humanitair recht.

Van artt. 3 (verbod van foltering), 4 lid 1 (verbod van slavernij en dwangarbeid) en 7 (geen straf zonder wet) mag in het geheel niet worden afgeweken. Art. 4 lid 2 voorziet in een uitzondering van het verbod van dwangarbeid voor onder meer militaire dienstplicht; nu echter het EHRM in *Bayatyan v. Armenia* heeft vastgesteld dat ingevolge art. 9 (vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst) een algemeen recht op dienstweigering bestaat in geval van oprechte gewetensbezwaren, moet worden aangenomen dat voorzover van dergelijke gewetensbezwaren sprake is, ook van art. 4 lid 2 niet meer mag worden afgeweken.

Art. 3 van het Zesde Protocol, dat de doodstraf afschafte, liet de mogelijkheid van toepassing van de doodstraf toe ‘in tijd van oorlog of onmiddellijke oorlogsdreiging’; evenwel is sinds de inwerkingtreding van het Dertiende Protocol ook die uitzondering geschrapt. Tenslotte is het niet toegestaan af te wijken van art. 4 van het Zevende Protocol (recht om niet tweemaal te worden berecht of gestraft).

In de doctrine is wel voorgesteld het discriminatieverbod van art. 14 EVRM te beschouwen als een recht waarvan geen afwijking krachtens art. 15 is toegestaan. In dit proefschrift wordt gesteld dat daartoe geen noodzaak bestaat: een onderscheid levert discriminatie op indien er geen 'objectieve en redelijke rechtvaardiging' voor bestaat, hetgeen logischerwijze het geval zal zijn als het niet 'strikt vereist' is.

Voor zover de ernst van de situatie [afwijkende] maatregelen strikt vereist
Het begrip 'voor zover de ernst van de situatie [afwijkende] maatregelen strikt vereist' (art. 15 lid 1) doet een strenge toets veronderstellen. Het EVRM blijkt nochtans bereid de verdragsstaat ook in de keuze van afwijkende maatregelen een zekere vrijheid te laten, mits er voldoende rechtswaarborgen aanwezig zijn. Het is echter ook een redelijke eis dat de gekozen maatregelen van dien aard zijn dat zij kunnen bijdragen tot een herstel van de normale toestand, en dus tijdelijk.

Niet in strijd met andere verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht

De voorwaarde dat '[afwijkende maatregelen] niet in strijd zijn met andere verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht' ziet niet alleen op het Handvest van de Verenigde Naties, zoals hierboven reeds vermeld, maar ook op internationaal humanitair recht (in geval van oorlog) of op andere verdragsverplichtingen die kunnen gelden in geval van een 'noodtoestand' die niet een gewapend conflict is. Echter moet worden aangenomen dat deze voorwaarde niet kan worden geïnterpreteerd in de zin dat bepalingen in mensenrechtenverdragen die grotere bescherming bieden dan het EVRM door de werking van art. 15 toepasselijk worden; voorbeelden zijn het zelfbeschikkingsrecht van volkeren (art. 1 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten) en het recht op gescheiden opsluiting van jeugdige verdachten (artt. 10 leden 2 en 3 van dat Verdrag).

Formaliteiten

Art. 15 lid 3 EVRM bepaalt dat een verdragsstaat die gebruik maakt van het recht om af te wijken, de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa volledig op de hoogte houdt van de genomen maatregelen en van de beweegredenen daarvoor. Het is geen vereiste dat de artikelen van het EVRM waarvan wordt afgeweken ook worden vermeld, al is dat vanuit het oogpunt van rechtszekerheid zeker gewenst. Evenmin is het een vereiste dat de noodtoestand officieel is afgekondigd.

Conclusie van dit hoofdstuk

Art. 15 EVRM behelst erkenning dat een verdragsstaat niet tot het onmogelijke is gehouden; dat daarom, indien de noodzaak zich voordoet, een verdragsstaat zijn aansprakelijkheid onder het EVRM kan aanpassen zonder buiten zijn verdragsverplichtingen te treden. Tot dusver echter zijn de grenzen van de mogelijkheden die het artikel biedt, nog niet opgezocht; in het bijzonder heeft geen verdragsstaat het ooit ingeroepen in verband met een 'oorlog'.

Hoofdstuk 5: Rechtsmacht van de verdragsstaten

In het algemeen volkenrecht is ‘rechtsmacht’ in vele opzichten een uitvloeisel van soevereiniteit: het omvat in deze zin het recht en de macht eenzijdig wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht uit te oefenen om gedrag voor te schrijven. Daarentegen nemen de verdragsstaten in art. 1 EVRM de plicht op zich rechten en vrijheden te verzekeren aan ‘een ieder die ressorteert onder haar rechtsmacht’; hier bepaalt het begrip ‘rechtsmacht’ de kring van gerechtigden jegens wie die plicht bestaat.

Deze beide begrippen van ‘rechtsmacht’ zijn aan elkaar verwant in de zin dat de verdragsstaat zowel het recht als de plicht heeft eenzijdig wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht uit te oefenen om mensenrechten te verzekeren.

Dit hoofdstuk onderzoekt de grenzen aan de ‘rechtsmacht’ van de verdragsstaat begrepen als uitoefening van soevereiniteit. Die bepaalt, voor normale gevallen, de grenzen aan de rechtsmacht begrepen in termen van verdragsverplichtingen.

Territoriale en quasi-territoriale rechtsmacht

‘Rechtsmacht’ is in de eerste plaats territoriaal bepaald: het lijkt geen twijfel dat het EVRM van toepassing is in het gehele Europese landgebied van de verdragsstaten. Echter ook daarbuiten vindt het EVRM toepassing.

Zo voorziet art. 56 (Territoriale werkingsfeer) in de mogelijkheid dat een staat door middel van kennisgeving aan de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa verklaart dat het EVRM ‘van toepassing zal zijn op alle of op één of meer van de gebieden voor welke buitenlandse betrekkingen hij verantwoordelijk is’. Volgens de klassieke opvatting is deze mogelijkheid geschapen met het oog op overzeese koloniën die het voor volledige toepassing van het EVRM vereiste ‘beschavingsniveau’ (naar toenmalige opvatting) nog niet hadden bereikt; volgens sommigen echter is dit artikel het gevolg van een schimmige (in het bijzonder Britse) samenzwering bedoeld om de bescherming van het EHRM, en in het bijzonder het individueel klachtrecht, aan overzeese onderdanen te onthouden. Nederland heeft destijds een verklaring op grond van dit artikel ingediend met betrekking tot Suriname (tot 1975 een land in het Koninkrijk) en de Nederlandse Antillen maar niet met betrekking tot Nederlands Nieuw-Guinea (tot 1962 een land in het Koninkrijk). De Nederlandse verklaring ex art. 56 EVRM – en dus het EVRM – geldt thans nog voor Caribisch Nederland (de eilanden Bonaire, Sint Eustatius en Saba) en de landen Aruba, Curaçao en Sint Maarten. Het EVRM heeft, of had, op dezelfde basis gelding voor overzeese gebiedsdelen en bezittingen van andere Europese verdragsstaten; het geldt niet meer voor vroegere koloniën die onafhankelijk zijn geworden.

De meeste verdragsstaten met een zeekust zijn partij bij het Zeerechtverdrag van de Verenigde Naties van 1982 en hebben met toepassing van dat verdrag hun rechtsmacht uitgebreid over zeegebieden (territoriale zee, aansluitende zone, exclusieve economische zone, archipelwateren, continentaal plat). Turkije is, om reden van een maritiem grensgeschil met Griekenland, geen partij bij dat verdrag maar maakt wel aanspraak op een territoriale zee. Binnen die onderscheiden zeegebieden is het

EVRM van toepassing voor zover het zeerecht de uitoefening toelaat van bevoegdheden die voor toepassing van het EVRM nodig zijn.

Op grond van het Verdrag inzake de internationale burgerluchtvaart, ook wel Verdrag van Chicago, heeft elke verdragsstaat 'volledige en uitsluitende soevereiniteit' over het luchtruim boven zijn territorium, waaronder begrepen het luchtruim boven de territoriale zee.

De Overeenkomst ter regeling van de activiteiten van Staten op de maan en andere hemellichamen, ook wel het Maanverdrag, sluit nationale soevereiniteit over de maan en andere hemellichamen uit.

Ingevolge het Zeerechtverdrag hebben schepen de nationaliteit van de vlaggestaat en vallen zij onder diens rechtsmacht. Binnen de territoriale zee heeft de kuststaat beperkte bevoegdheden over schepen onder vreemde vlag; op volle zee kan een andere staat dan de vlaggestaat slechts rechtsmacht over een schip uitoefenen met toestemming van de vlaggestaat of in bepaalde, bij verdrag of volkenrechtelijk gewoonterecht geregelde gevallen (waarbij wat de laatste categorie betreft kan worden gedacht aan bestrijding van zeeroverij).

Ingevolge het Verdrag van Chicago hebben luchtvaartuigen de nationaliteit van de staat waar zij zijn geregistreerd. Tijdens de vlucht vallen zij onder de uitsluitende rechtsmacht van die staat. Het EHRM heeft erkend dat de staat waar een luchtvaartuig is geregistreerd rechtsmacht in de zin van art. 1 EVRM over dat luchtvaartuig heeft. Burgerluchtvaartuigen die in vreemde landen aan de grond staan, kunnen door de bevoegde autoriteiten van die landen worden betreden; luchtvaartuigen in staatsdienst genieten volkenrechtelijke immuniteit.

Ruimtevaartuigen vallen onder de rechtsmacht van de staat waar zij zijn geregistreerd. Verreweg de grootste categorie ruimtevaartuigen wordt gevormd door onbemande satellieten; op het moment van schrijven maakt alleen Rusland nog gebruik van bemande ruimtevaartuigen.

Ingevolge het Verdrag inzake de beginselen waaraan de activiteiten van Staten zijn onderworpen bij het onderzoek en gebruik van de kosmische ruimte, met inbegrip van de maan en andere hemellichamen, ook wel het Ruimteverdrag, dragen verdragsstaten internationale verantwoordelijkheid voor nationale activiteiten in de ruimte, ongeacht of die worden uitgevoerd door overheidsorganen of niet-gouvernementele actoren.

Voor het International Space Station is bij verdrag een apart regime in het leven geroepen; deelnemende staten oefenen rechtsmacht uit over de gedeelten die zij hebben geregistreerd en over de eigen onderdanen. Europese staten nemen gezamenlijk deel als 'Europese partner' via de Europese Ruimtevaartorganisatie (*European Space Agency*, ESA).

Extraterritoriale rechtsmacht

Typische voorbeelden van extraterritoriale uitoefening van rechtsmacht zijn ambts-handelingen van diplomatieke en consulaire vertegenwoordigers van de verdragsstaat in het buitenland. Evenzo is het gebruikelijk dat een staat rechtsmacht uitoefent over

naar het buitenland uitgezonden militairen. Een gedetailleerde regeling is gegeven in het Verdrag tussen de Staten die Partij zijn bij het Noord-Atlantisch Verdrag en de overige Staten die deelnemen aan het Partnerschap voor de Vrede nopens de rechtspositie van hun krijgsmachten (NATO-statusverdrag), dat ook voorziet in de uitoefening van rechtsmacht over de gezinsleden van uitgezonden militairen. In dergelijke gevallen is het de zendstaat die rechtsmacht uitoefent in de zin van art. 1 EVRM, niet de ontvangende staat.

Een verdragsstaat die met toestemming van een andere staat een eigen nationaal rechterlijk orgaan opzet op het grondgebied van een andere staat, oefent eveneens rechtsmacht in de zin van art. 1 EVRM uit. Tot dusver is het enige voorbeeld van een dergelijk rechterlijk orgaan het Schotse tribunaal dat in Nederland werd opgezet om Libische verdachten van een aanslag op een Amerikaans verkeersvliegtuig naar Schots recht te berechten.

Er is geen uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht als een staat rechters ter beschikking stelt van een andere staat om zitting te nemen in een rechterlijk orgaan van die staat, zoals Frankrijk en Spanje deden aan Andorra of ook nu nog Oostenrijk en Zwitserland doen aan Liechtenstein. Op vergelijkbare wijze maken nationale gerechten van Bosnië-Herzegovina en Kosovo gebruik van buitenlandse rechters.

Uitzetting van een vreemdeling of uitlevering van een verdachte kan ertoe leiden dat de betrokkene in de ontvangende staat wordt blootgesteld aan behandeling in strijd met artt. 2 of 3 EVRM. Ook al treedt het ongewenste gevolg op in het buitenland, van extraterritoriale uitoefening van rechtsmacht is in deze gevallen geen sprake. Rechtsmacht in de zin van art. 1 EVRM komt in het geding doordien de afweging door de uitzettende of uitleverende verdragsstaat wordt genomen.

Conclusie van dit hoofdstuk

Een verdragsstaat oefent rechtsmacht in de zin van art. 1 EVRM niet alleen op het eigen grondgebied uit, maar ook daarbuiten, zelfs in sommige gevallen op het grondgebied van vreemde staten. Ook op deze plaatsen kan 'hard power' worden uitgeoefend.

Hoofdstuk 6: Typologie van voor het EVRM relevante uitoefening van rechtsmacht in 'hard power'-situaties

In dit hoofdstuk wordt gezocht naar de grenzen van de rechtsmacht van de verdragsstaten in gevallen van daadwerkelijke uitoefening van 'hard power'.

Uitoefening van 'hard power' door verdragsstaten op het eigen grondgebied

Indien een verdragsstaat 'hard power' op het eigen grondgebied, is er geen twijfel dat hij rechtsmacht uitoefent in de zin van art. 1 EVRM. Voorbeelden zijn het optreden van de Ierse Republiek tegen 'gewapende groepen zich noemende het Ierse Republikeinse Leger (IRA)' in de jaren '50 van de vorige eeuw; het optreden van het Verenigd

Koninkrijk tegen Ierse nationalisten in Noord-Ierland en Gibraltar, maar ook tegen Noord-Ierse loyalisten in Noord-Ierland; Turks optreden in zuidoost Turkije tegen de gewapende vleugel van de Koerdische afscheidingsbeweging PKK; en Russisch militair optreden tegen opstandelingen in de noordelijke Kaukasus. In deze gevallen is rechtsmacht in de zin van art. 1 EVRM door de betrokken verdragsstaten ook zonder meer erkend.

Problematischer liggen gevallen waarin de verdragsstaat rechtsmacht ontkent omdat hij zijn gezag niet zonder meer in zijn gehele territorium kan doen gelden. De aanname in dergelijke gevallen is dat de verdragsstaat in beginsel rechtsmacht in de zin van art. 1 EVRM uitoefent. Zo werd aangenomen dat Georgië de plicht had de onwettige gevangenhouding van een individuele verzoeker in het zeer autonome, maar niet afgescheiden, Adzjarië te beëindigen (arrest *Assanidze v. Georgia*). Moldava is als territoriale staat in beginsel krachtens art. 1 EVRM aansprakelijk voor verdragschendingen in het – afgescheiden, maar niet als zelfstandige staat erkende – Transdnjestrië, ook al is onbestreden dat Moldava daar geen gezag kan doen gelden door de Russische aanwezigheid aldaar (onder meer de arresten *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], *Ivanțoc and Others v. Moldova and Russia*, *Catan and Others v. Moldova and Russia* [GC], *Mozer v. Moldova and Russia* (GC)).

Het EVRM heeft echter aanvaard dat Servië geen rechtsmacht uitoefent in Kosovo, nu de onafhankelijkheid van Kosovo, hoewel door Servië bestreden, wortelt in het internationaal recht en heeft te gelden als ‘objectieve beperking’ van het Servische gezag (ontvankelijkheidsbeslissing *Azemi v. Serbia* (dec.)).

Onwettige handelingen door actoren van derde staten met instemming van een EVRM-verdragsstaat

Hoewel Europese staten over het algemeen binnen de grenzen van de eigen wet zijn gebleven bij de bestrijding van terrorisme, hebben de terroristische aanvallen van al-Qaeda op New York en Washington van 11 september 2001 de Verenigde Staten ertoe geleid verdachten van terroristische daden buiten het eigen territorium gevangen te houden en bloot te stellen aan behandeling die op Amerikaans territorium naar Amerikaans recht niet toelaatbaar zouden zijn. Ook op het grondgebied van EVRM-verdragsstaten zijn dergelijke verdachten door Amerikaanse overheidsdienaren gevangen gehouden en blootgesteld aan behandeling die schending van art. 3 EVRM oplevert, dan wel vanuit het grondgebied van die verdragsstaten naar derde landen gebracht om daar aan dergelijke behandeling te worden blootgesteld. De betrokken verdragsstaten hebben hieraan zo niet hun medewerking dan toch tenminste hun stilzwijgende instemming verleend. De aansprakelijkheid krachtens art. 1 EVRM van de betrokken verdragsstaten wordt aangenomen niet alleen voor het handelen van hun eigen autoriteiten, maar ook voor dat van de Amerikaanse actoren, zelfs op vreemd grondgebied (arresten *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], *Al Nashiri v. Poland*, *Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland*, *Nasr and Ghali v. Italy*).

Militair optreden als uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht

Militaire aanwezigheid op vreemd grondgebied

Het meest omstreden, voor wat betreft art. 1 EVRM, zijn die zaken geweest waarin een verdragsstaat hetzij militair aanwezig is geweest op grondgebied waarop een vreemde staat aanspraak maakt, hetzij buiten het eigen grondgebied kinetisch geweld heeft gebruikt.

Van rechtsmacht in de zin van art. 1 EVRM is sprake indien een verdragsstaat over een gebied buiten de eigen landsgrenzen 'effectieve controle' uitoefent, ongeacht of hij dat rechtstreeks doet met eigen militaire middelen dan wel middellijk via een ondergeschikte lokale overheid. Waar een verdragsstaat zodanige controle uitoefent over het grondgebied van een andere verdragsstaat, is de eerste verdragsstaat voor schendingen van het EVRM aansprakelijk nu hij de tweede verdragsstaat belet zelf aan zijn verplichtingen krachtens art. 1 EVRM te voldoen; ware het anders, dan zou er een rechtvacuüm ontstaan. Aldus oefent Turkije rechtsmacht uit in Noord-Cyprus (arresten *Loizidou v. Turkey (preliminary objections)*, *Cyprus v. Turkey (merits)* [GC]), de Russische Federatie in Transdnjestrië (arresten *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], *Ivanțoc and Others v. Moldova and Russia*, *Catan and Others v. Moldova and Russia* [GC], *Mozer v. Moldova and Russia* (GC)) en Armenië in Nagorno-Karabach (arrest *Chiragov and Others v. Armenia (merits)* (GC)).

Luchtaanval op vreemd grondgebied

Bij een luchtaanval op een televisiestation in Belgrado, uitgevoerd door een vliegtuig van de NATO, vielen doden en gewonden. Aangenomen moet worden dat gepoogd is het maken van slachtoffers te vermijden. Een van de gewonden en een aantal nabestaanden van dodelijke slachtoffers dienden een verzoekschrift bij het EHRM in, gericht tegen de NAVO-landen die tevens EVRM-verdragsstaat waren.

Het EHRM stelde vast dat geen verdragsstaat tot dusver kennisgeving van afwijking ingevolge art. 15 EVRM had gedaan en aldus blijkt had gegeven militair handelen buiten de eigen grenzen te beschouwen als uitoefening van rechtsmacht in de zin van art. 1 EVRM. De vraag was derhalve of of de aanval op zichzelf voldoende was om de slachtoffers binnen het bereik van het EVRM te brengen.

Het EHRM oordeelde van niet. De aanname dat eenieder die nadelige consequenties ondervond van een aan een verdragsstaat toe te rekenen handeling, waar ook ter wereld die handeling was uitgevoerd of het gevolg ervan ondergaan, door die handeling zelf binnen de rechtsmacht van de betrokken verdragsstaat werd gebracht, vond geen steun in de tekst van art. 1. Het EVRM was een multilateraal verdrag, bestemd om te gelden binnen het rechtsgebied (*espace juridique*) van de verdragsstaten; de Federale Republiek Joegoslavië, waarvan Belgrado destijds de hoofdstad was, viel daar duidelijk buiten (ontvankelijkheidsbeslissing *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) (GC)).

Van verschillende zijden is er kritiek op deze beslissing geuit. Sommigen zijn van opvatting dat het EHRM in elk geval rechtsmacht had moeten aannemen nu door militair optreden van verdragsstaten schade was ontstaan. Anderen menen dat het

EHRM het schema van de artikelen inzake staatsaansprakelijkheid voor internationaalrechtelijk onrechtmatige daden (*Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts*) van de International Law Commission had moeten volgen en eerst had moeten vaststellen of de aanval aan de verdragsstaten kon worden toegerekend alvorens de rechtmatigheid ervan te toetsen. Weer anderen beschouwen de beslissing als politiek van aard en reeds daarom verwerpelijk.

Dit proefschrift verdedigt de opvatting dat de *Banković and Others*-beslissing steunt op de vaststellingen dat, ten eerste, de Europese NATO-landen geen 'effectieve controle' over Belgrado uitoefenden en dat ook niet beoogden te doen, en ten tweede, dat zij geen wetgevende, rechtsprekende of uitvoerende macht over de onfortuinlijke slachtoffers hadden uitgeoefend en dit ook niet hadden beoogd – integendeel, juist hadden geprobeerd zulks te vermijden.

Inval in buitenlands grondgebied

In *Issa and Others v. Turkey* deed het EHRM de principiële uitspraak dat een verdragsstaat aansprakelijk kon worden gehouden voor schendingen van verdragsrechten van personen die zich weliswaar op het grondgebied van een vreemde staat bevonden, maar ten aanzien van wie kon worden vastgesteld dat zij zich binnen het gezag en de controle bevonden van personen die namens die verdragsstaat handelen (*agents*). In casu kon zulks echter niet worden vastgesteld.

Sommige schrijvers hebben deze beslissing geïnterpreteerd als zou het EHRM zich hebben afgewend van *Banković and Others*. Vastgesteld zal echter moeten worden dat die opvatting achterhaald is door latere jurisprudentie, die weer ondubbelzinnig de lijn van *Banković and Others* volgt.

In *Isaak v. Turkey* werd rechtsmacht van Turkije aangenomen naar aanleiding van een incident waarbij een demonstrant in de (door de Verenigde Naties gecontroleerde) bufferzone tussen de 'Turkse Republiek Noord-Cyprus' en de republiek Cyprus werd aangevallen en gedood door een groep die althans gedeeltelijk bestond uit Turkse of Turks-Cyprische militairen.

Uitoefenen van rechtsmacht in de territoriale wateren van een vreemde staat

In *Hassan and Others v. France* heeft het EHRM een resolutie van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties, genomen onder hoofdstuk VII van het Handvest van de Verenigde Naties, als voldoende rechtsgrondslag aanvaard voor de aanhouding van zeerovers in de territoriale zee van Somalië. De Franse regering heeft het bestaan van Franse rechtsmacht over de aangehouden zeerovers niet bestreden.

Gerichte dodelijke aanval buiten de eigen landsgrenzen

In een zaak waarin het EHRM had te oordelen over gericht geweervuur door Turkse of Turks-Cyprische militairen die zich binnen de grens van de 'Turkse Republiek Noord-Cyprus' bevonden, is Turkse rechtsmacht ten aanzien van de slachtoffers aangenomen ook al bevonden die zich aan de andere kant van de grens en dus buiten

het door Turkije beheerste grondgebied (*Andreou v. Turkey*). In een later verschenen arrest, waarin het EHRM niet kon vaststellen of een door Turkse of Turks-Cypriese militairen gericht neergeschoten slachtoffer zich binnen de ‘Turkse Republiek Noord-Cyprus’ bevond of in de bufferzone, heeft het EHRM Turkse rechtsmacht aangenomen aangezien immers het slachtoffer in elk geval zich in de macht van die Turkse of Turks-Cypriese militairen had bevonden (*Solomou v. Turkey*).

Dit proefschrift verdedigt, gebaseerd op deze jurisprudentie, de opvatting dat een gerichte aanval door een verdragsstaat op een slachtoffer dat zich buiten de grenzen van die verdragsstaat bevindt, hoe ook uitgevoerd (bijvoorbeeld door vergiftiging of door middel van een onbemand vliegtuig (‘drone’)), aanleiding vormt om rechtsmacht van die verdragsstaat aan te nemen.

Cyber-aanval

Of een cyber-aanval een zodanige aanval oplevert, is in deze visie een vraag die naar de feitelijke omstandigheden moet worden beantwoord. Als de aanval niet een gerichte aanval is die is bedoeld om slachtoffers te maken, is bij de huidige stand van de jurisprudentie van het EHRM denkbaar dat *Banković and Others* zal moeten worden gevolgd en geen rechtsmacht van de aanvallende staat zal kunnen worden aangenomen.

Vredeshandhaving en vredesinterventies

Internationale troepenmacht in Irak

In 2004, enkele maanden nadat hij door Amerikaanse troepen was gevangengenomen, wendde de voormalige Iraakse leider Saddam Hussein zich tot het EHRM in een poging zijn overlevering aan de nieuwe Iraakse regering te voorkomen. Zijn klacht was gericht tegen alle Europese verdragsstaten die deelnamen aan de bezetting van Irak. Het EHRM echter stelde vast dat van Europese betrokkenheid bij zijn gevangenneming, gevangenhouding en dreigende overdracht niet was gebleken; het enkele feit van deelname aan een internationale troepenmacht was niet voldoende om rechtsmacht van verdragsstaten aan te nemen (ontvankelijkheidsbeslissing *Saddam Hussein v. Albania and Others* (dec.)).

Verenigd Koninkrijk in Irak

Het arrest *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* is op het ogenblik leidend voor wat betreft extraterritoriale rechtsmacht in de zin van art. 1 EVRM. De casus betrof zes Iraakse slachtoffers van Brits militair optreden in Irak. Gebaseerd op eerdere jurisprudentie kwam het EHRM tot een als volgt samen te vatten hoofdregel:

- a) Wanneer een verdragsstaat, middels personen die namens die verdragsstaat handelen, over een individu controle en gezag (*control and authority*) uitoefent, en derhalve rechtsmacht, is die verdragsstaat krachtens art. 1 EVRM verplicht aan die individu de in de Eerste Titel van het EVRM rechten en vrijheden te verzekeren die voor de situatie van die individu relevant zijn. (In het geval van een gedetineerde kan men denken aan onder meer artt. 3 en 5 lid 4). In die zin zijn de verdragsrechten derhalve deelbaar en aanpasbaar aan de omstandigheden van

het geval (*'In this sense, therefore, the Convention rights can be "divided and tailored"*).

- b) Er bestaat ook rechtsmacht in de zin van art. 1 EVRM indien als gevolg van al dan niet legaal militair optreden een verdragsstaat effectieve controle uitoefent over gebied buiten zijn landsgrenzen. De verplichting in zodanig gebied de in het EVRM vastgestelde rechten en plichten te verzekeren volgt uit het feit zelf dat die controle wordt uitgeoefend, of dat nu rechtstreeks gebeurt, door de eigen strijdkrachten van de verdragsstaat, of via een ondergeschikt lokaal gezag. Waar feitelijk wordt vastgesteld dat dergelijke heerschappij over zodanig gebied bestaat, is het niet nodig te onderzoeken of de verdragsstaat de details van het beleid of het optreden van het ondergeschikte lokale gezag controleert. Het enkele gegeven dat het lokale gezag voortbestaat als gevolg van militaire en andere steun van de verdragsstaat houdt in dat de verdragsstaat voor diens beleid en optreden verantwoordelijk is. De controlerende verdragsstaat heeft krachtens art. 1 EVRM de verantwoordelijkheid binnen het door hem gecontroleerde gebied de materiele rechten neergelegd in het EVRM en de door hem geratificeerde Protocollen in hun volle omvang te verzekeren. De primaire indicator van het bestaan van 'controle over een gebied' is de sterkte van de militaire aanwezigheid van de verdragsstaat in dat gebied; de mate waarin zijn militaire, economische en politieke steun aan het lokale gezag hem in het gebied invloed en controle verschaffen kan ook relevant zijn. Of een verdragsstaat buiten zijn eigen territorium effectieve controle uitoefent, is een feitelijke vraag die van geval tot geval moet worden beantwoord.
- c) Niettemin blijft het EVRM een wetgevend verdrag van Europese openbare orde. Derhalve, als een verdragsstaat territoir van een andere verdragsstaat bezet, en daar ter plaatse dus rechtsmacht uitoefent, is het de verantwoordelijkheid van de bezettende verdragsstaat in het bezette gebied de in het EVRM vastgestelde rechten en plichten in hun volle omvang te verzekeren, eenvoudig omdat er anders binnen het rechtsgebied van het EVRM een vacuüm zou bestaan in de beschermingsomvang ervan.

Nederland in Irak

Uit *Jaloud v. the Netherlands* volgt dat de in *Al-Skeini* geformuleerde hoofdregel ook van toepassing is op een verdragsstaat wiens strijdkrachten aan een bezetting deelnemen in ondergeschiktheid aan een meerdere behorend tot de strijdkrachten van een andere verdragsstaat.

Uitoefening van rechtsmacht op het territoir van een vreemde staat met diens instemming

Abdullah Öcalan, leider van de PKK, werd na zijn vlucht naar Kenya op het vliegveld van Nairobi door de Kenyaanse autoriteiten overgeleverd aan Turkse functionarissen in een Turks vliegtuig. Turkije had rechtsmacht vanaf het moment dat Öcalan in het vliegtuig was aangehouden. Hoewel dit zonder Kenyaanse medewerking niet had

kunnen gebeuren, was de Turkse rechtsmacht territoriaal in de zin dat hij de nationaliteit van het vliegtuig volgde (*Öcalan v. Turkey* (GC)).

Van rechtstreekse uitoefening van rechtsmacht in de zin van controle over individuen was sprake in *Ali Samatar and Others v. France*, waar Franse troepen met de uitdrukkelijke toestemming van de Somalische regering op Somalisch grondgebied zeerovers aanhielden die een Frans schip met bemanning hadden gegijzeld. De zeerovers werden naar Frankrijk overgebracht om daar te worden berecht.

De status van 'bezetter'

In *Al-Skeini and Others* is vastgesteld dat het Verenigd Koninkrijk, naast de Verenigde Staten, 'bezetter' in de zin van artt. 42 en 43 van het Landoorlogsreglement was krachtens resolutie 1483 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties. Evenwel is de status van 'bezetter' in deze zin niet bepalend voor rechtsmacht krachtens art. 1 EVRM: het EHRM heeft Turkse rechtsmacht kunnen aannemen ten aanzien van Noord-Cyprus, en Russische ten aanzien van Transdnjestrië, zonder vast te stellen dat Turkije en Rusland 'bezettters' waren. Zo ook stond in *Jaloud* het gegeven dat Nederland geen 'bezetter' was er niet aan in de weg Nederlandse rechtsmacht aan te nemen.

Indien een verdragsstaat rechtsmacht uitoefent over gebied dat niet behoort tot het territoir van een andere verdragsstaat, zijn (op grond van de in *Al-Skeini* geformuleerde hoofdregel, zie aldaar onder a) de door de verdragsstaat te verzekeren EVRM-verdragsrechten tot op zekere hoogte deelbaar en aanpasbaar aan de omstandigheden van het geval. Desalniettemin moet worden aangenomen dat indien een verdragsstaat 'bezetter' is in de zin van het Landoorlogsreglement, de verplichting ex art. 43 van het Landoorlogsreglement 'behoudens volstreckte verhindering' de in het bezette land geldende wetten te eerbiedigen wijkt voor de verdragsverplichtingen die voortvloeien uit het EVRM.

Conclusie van dit hoofdstuk

Rechtsmacht in de zin van art. 1 EVRM is in beginsel territoriaal bepaald; extraterritoriaal kan rechtsmacht bestaan wanneer een verdragsstaat middels personen die namens die verdragsstaat handelen over een individu controle en gezag uitoefent (*State agent authority and control*) of indien als gevolg van al dan niet legaal militair optreden een verdragsstaat effectieve controle uitoefent over gebied buiten zijn landsgrenzen (*effective control over an area*).

Een aanval buiten het grondgebied van enige verdragsstaat schept ten aanzien van een eventueel slachtoffer echter slechts rechtsmacht in de zin van art. 1 EVRM, als het gaat om gerichte geweldsuitoefening tegen personen. Aan de gevolgtrekking dat een eventueel toevallig slachtoffer de bescherming van het EVRM moet missen indien een aanval niet rechtstreeks tegen personen gericht is, valt niet te ontkomen.

Hoofdstuk 7: Bevoegdheid van het EHRM

Ingevolge art. 32 van het EVRM heeft het EHRM zelf de competentie te beslissen of het bevoegd is. Dit hoofdstuk onderzoekt in welke gevallen de uitoefening van 'hard power' buiten de bevoegdheid van het EHRM kan worden gehouden.

Territoriale beperking

In de tekst van het EVRM geldend tot de inwerkingtreding van het Elfde Protocol werd voorzien in afzonderlijke aanvaarding van het individueel klachtrecht (art. 25 (oud)) en de rechtsmacht van het EHRM (art. 46 (oud)). Turkije heeft beide aanvaard, maar met beperkingen van de strekking dat zodanige aanvaarding slechts zou gelden met betrekking tot het eigen grondgebied en derhalve niet met betrekking tot de 'Turkse Republiek Noord-Cyprus'.

Deze beperkingen zijn door het EHRM niet aanvaardbaar geacht, reeds omdat artt. 25 (oud) en 46 (oud) niet in dergelijke beperkingen voorzagen. Bovendien zou de mogelijkheid van dergelijke beperkingen de ECRM en het EHRM in de uitoefening van hun taken belemmeren en de effectiviteit van het EVRM zelf aantasten (arrest *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections)).

Deze uitspraak is thans slechts van historisch belang: aanvaarding van het individueel klachtrecht is nu verplicht bij ratificatie van het EVRM.

Voorbehouden

De mogelijkheid bestaat voor staten bij ondertekening of ratificatie van het EVRM voorbehouden te maken. Het is echter aan het EHRM de geldigheid van dergelijke voorbehouden te beoordelen.

Een voorbehoud van Moldovia van de strekking dat het EVRM niet gold voor het afgescheiden gebied Transdnjestrië werd door het EHRM afgewezen als te verstrekkend (ontvankelijkheidsbeslissing *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* (dec.) [GC]), evenals een voorbehoud van Azerbaidjan met betrekking tot grondgebied 'bezet door de Republiek Armenië' (ontvankelijkheidsbeslissing *Sargsyan v. Azerbaijan* (dec.) (GC)).

Frankrijk heeft bij ratificatie een voorbehoud gemaakt van de strekking, ten eerste, dat Franse wetgeving met betrekking tot het uitroepen van de staat van beleg en de noodtoestand geacht moest worden niet in strijd te zijn met het doel van art. 15 EVRM, en ten tweede, dat de uitdrukking 'voor zover de ernst van de situatie deze maatregelen strikt vereist' (art. 15 lid 1 EVRM) 'geen afbreuk zou doen aan de [grondwettelijke] bevoegdheden van de President van de Franse Republiek de door de situatie vereiste maatregelen te nemen'. De geldigheid van dit voorbehoud wordt in de doctrine betwijfeld op de grond dat het beoogt het EHRM te beletten ten aanzien van een centrale bepaling van het EVRM zijn controlerende taak uit te voeren en dus in strijd komt met het systeem zelf van het EVRM.

Conflicterende internationaalrechtelijke verplichtingen

Op grond van art. 53 van het Weens Verdragenverdrag wijkt een verdragsverplichting voor een regel van volkenrechtelijk dwingend recht (*ius cogens*). Dit proefschrift stelt als voorbeeld van een dergelijke regel het genocideverbod, dat tevens aan staten de verplichting oplegt daders van genocide uit te leveren of zelf te berechten.

Op grond van art. 28 van het Weens Verdragenverdrag wijkt een latere verdragsverplichting voor een eerdere. Zo kon het Verenigd Koninkrijk zich bij zijn weigering de Duitse oorlogsmisdadiger Rudolf Hess vrij te laten, beroepen op de overeenkomst met de overige geallieerde bezetters van het naoorlogse Duitsland (Frankrijk, de Sovjetunie en de Verenigde Staten) op grond waarvan een beslissing veroordeelde gevangenen vrij te laten uit de gevangenis van Spandau door de vier geallieerden bij eenstemmigheid moest worden genomen; de Sovjetunie heeft steeds geweigerd in te stemmen met de vrijlating van Hess, ook toen hij de enige nog overgebleven gevangene was.

Toen echter het Verenigd Koninkrijk zich beriep op een afspraak om van geweldsmisdrijven verdachte Iraakse Baath-leden ter berechting over te dragen aan Irak, met het risico dat zij ter dood zouden worden veroordeeld, kwam het EHRM tot de vaststelling dat het EVRM als ouder verdrag – en bovendien als mensenrechtenverdrag – voorging (arrest *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*).

Conclusie van dit hoofdstuk

De enige territoriale beperking die thans nog mogelijk is, is het niet uitbreiden van de territoriale rechtsmacht van de verdragsstaat met toepassing van art. 57 EVRM. Voorbehouden zijn niet meer mogelijk, nu het EVRM in werking is. De opsomming van de rechten en vrijheden neergelegd in het EVRM dateert uit 1950; de protocollen zijn weliswaar later in werking getreden, maar het zal moeilijk zijn conflicterende verdragsverplichtingen te vinden van zodanige ouderdom dat zij moeten voorgaan.

Hoofdstuk 8: Toerekening

De door het EHRM gevolgde logica

In de logica van het EVRM zoals die zich heeft ontwikkeld, gaat de vraag naar ‘rechtsmacht’ in de zin van art. 1 EVRM vóór die naar toerekening van een eventueel handelen of nalaten aan de verwerende verdragsstaat. Hierin verschilt de logica van het EVRM van die van de artikelen inzake staatsaansprakelijkheid voor internationaalrechtelijk onrechtmatige daden van de International Law Commission.

Dit kan ertoe leiden dat wordt vastgesteld dat een bepaalde verdragsstaat weliswaar ‘rechtsmacht’ heeft, en dus in beginsel de verplichting de in het EVRM neergelegde rechten te waarborgen, maar niettemin een bepaald handelen of nalaten niet aan die verdragsstaat wordt toegerekend. Voorbeeld is *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* (GC), waarin wordt vastgesteld dat de rechtsmacht van Moldova als territoriale staat zich weliswaar uitstrekt over Transdnjestrië, maar niettemin (gegeven de Russische militaire overmacht ter plaatse) een schending van het EVRM niet aan Moldova

wordt toegerekend voor zolang als Moldova zich redelijke inspanningen getroost om de verdragsschendingen zoveel mogelijk teniet te doen.

Daarentegen worden – nadat is vastgesteld dat de Russische Federatie in Transdnjestrië rechtsmacht heeft – de vastgestelde verdragsschendingen aan die verdragsstaat toegerekend, nu de ‘Moldavische Republiek Transdnjestrië’, die met Russische steun is gesticht, zo niet onder rechtstreeks gezag van de Russische Federatie dan toch tenminste onder haar beslissende invloed staat en haar voortbestaan dankt aan Russische militaire, economische, financiële en politieke steun. Dat zo zijnde maakt het geen verschil dat na een bepaalde datum de Russische Federatie zich niet meer rechtstreeks in de feitelijke situatie van de slachtoffers van de schending heeft gemengd.

Toerekening van extraterritoriale uitoefening van ‘hard power’

In *Al-Jedda v. the United Kingdom* stelde de Britse regering dat de gevangenhouding van de betrokkene in Irak was toe te rekenen aan de multinationale troepenmacht die ter plaatse optrad ingevolge een bindend besluit van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties. Het EHRM stelde vast dat het Verenigd Koninkrijk met de Verenigde Staten het opperbevel over die troepenmacht voerde; hoewel de Verenigde Staten verslag uitbrachten aan de Veiligheidsraad, viel noch de multinationale troepenmacht, noch de bezettingsautoriteit in enig aspect van zijn handelen onder het gezag van de Verenigde Naties.

In *Jaloud v. the Netherlands* passeerde het EHRM het verweer dat de beklagde handelwijze binnen de rechtsmacht van het Verenigd Koninkrijk viel (al dan niet gezamenlijk met de Verenigde Staten) nu de Nederlandse militaire aanwezigheid ondergeschikt was aan een Britse commandant. Vervolgens stelde het afzonderlijk de toerekenbaarheid van die handelwijze aan Nederland vast.

Toerekening van uitoefening van ‘hard power’ door vreemde staten binnen het grondgebied van de verdragsstaat

Indien een verdragsstaat binnen zijn grondgebied meewerkt aan handelen in strijd met het EVRM door een niet-verdragsstaat of dergelijk handelen oogluikend toestaat, is zulk handelen toerekenbaar aan de verdragsstaat.

Van zodanige toerekening is sprake in de arresten *El-Masri*, *Al Nashiri* en *Abu-Zubaydah*, ten aanzien van ernstige schendingen gepleegd door functionarissen in dienst van de Verenigde Staten jegens personen die werden verdacht van terroristische activiteiten.

Betrokkenheid van andere organismen dan de verdragsstaat zelf

Private militaire bedrijven

Staten vertrouwen soms aan private ondernemingen taken toe die traditioneel aan de eigen strijdkrachten toevielen. Het is bekend dat die taken soms de uitoefening van geweld met zich mee kunnen brengen. Bekend is het Blackwater-incident, een schietpartij in Bagdad in 2007 waarbij een Amerikaans privaat militair bedrijf betrokken was en waarbij zeventien doden vielen onder de plaatselijke bevolking.

In beginsel zijn dergelijke private bedrijven onderworpen aan plaatselijk recht, juist omdat zij private bedrijven zijn. Van deze hoofdregel kan worden afgeweken bij overeenkomst tussen de staat die van hun diensten gebruik maakt en de territoriale staat, indien die een andere is, of bij beslissing van een bezettingsautoriteit.

Het EHRM heeft in het verband van de opsporing van strafbare feiten in het commune strafprocesrecht vastgesteld dat een verdragsstaat zijn aansprakelijkheid niet kan ontlopen door opsporingstaken toe te vertrouwen aan particulieren. Indien deze lijn wordt doorgetrokken naar het gebruik van private militaire bedrijven, is de gevolgtrekking dat de verdragsstaat die van dergelijke bedrijven gebruik maakt de verantwoordelijkheid heeft te zorgen voor een wettelijk kader dat vergezeld gaat van behoorlijk toezicht en eventuele strafsancities om schendingen van het EVRM tegen te gaan en toegang te geven tot rechtsmiddelen.

Tot dusver is regelgeving op internationaal niveau beperkt gebleven tot een niet-bindende aanbeveling, het Montreux Document uit 2008; een ISO-norm, ISO 18788; en zelfregulering door de bedrijfstak zelf.

Er wordt wel gesteld dat een verdragsstaat op grond van het EVRM verplicht is schepen onder zijn vlag te beschermen tegen de bekende gevaren van zeeroverij. De gevolgtrekking is dat een eventueel nalaten aan die verplichting te voldoen, aan de verdragsstaat is toe te rekenen.

Vanuit het oogpunt van art. 1 EVRM is het geen probleem dat een vlaggestaat eigen militairen op koopvaardischepen plaatst: de vlaggestaat heeft rechtsmacht als vlaggestaat en als zendstaat van de betrokken militairen.

De Internationale Maritieme Organisatie IMO heeft richtlijnen gepubliceerd voor het gebruik van private militaire bedrijven aan boord van koopvaardischepen. Indien daartoe wordt overgegaan, hebben in beginsel de vlaggestaat en eventueel de kuststaat en de havenstaat rechtsmacht overeenkomstig de regels van algemeen zeerecht.

Verenigde Naties

Bij resolutie van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (resolutie 1244 van 10 juni 1999), vastgesteld ingevolge hoofdstuk VII van het Handvest van de Verenigde Naties, werd besloten tot het instellen van een bestuurslichaam (UNMIK) en een militaire aanwezigheid (KFOR) in Kosovo onder opzicht van de Verenigde Naties.

In 2000 werd een kind gedood en een ander voor zijn leven verminkt door de ontploffing van een clusterbomeenheid. Het opruimen van onontpofte mijnen en munitie viel onder de eindverantwoordelijkheid van UNMIK, hoewel KFOR bij de daadwerkelijke ruiming was betrokken. Bij het EHRM werd geklaagd tegen Frankrijk, nu in het betrokken gedeelte van Kosovo KFOR opereerde onder Franse leiding. In 2001 werd een burger gevangengenomen op bevel van de commandant van KFOR; zijn gevangenhouding werd later door een opvolgende commandant verlengd. De commandant van KFOR was aanvankelijk een Franse officier en later een Noorse. Geklaagd werd tegen Frankrijk en Noorwegen.

Het EHRM kwam tot de vaststelling dat KFOR bevoegdheden uitoefende die de Veiligheidsraad had gedelegeerd krachtens hoofdstuk VII van het Handvest van de

Verenigde Naties en dat UNMIK een hulporgaan (*subsidiary body*) van de Verenigde Naties was. In deze omstandigheden diende toerekening plaats te vinden aan de Verenigde Naties, niet aan de verdragsstaten Frankrijk en Noorwegen. Het EHRM verwees hierbij naar de ontwerptekst van de International Law Commission inzake de aansprakelijkheid van internationale organisaties (*Draft Articles on the Responsibility of International Organisations* (DARIO)) (ontvankelijkheidsbeslissing *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway* (dec.) (GC)).

De reden waarom dezelfde benadering niet is gevolgd ten aanzien van Irak is dat de door de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk geleide bezettingsautoriteit en bezettingsmacht reeds ter plaatse waren op het tijdstip dat de Veiligheidsraad aan hun aanwezigheid zijn goedkeuring hechtte; bovendien was aan de Verenigde Staten het verzoek gedaan regelmatig verslag uit te brengen aan de Veiligheidsraad, maar had de Veiligheidsraad over de bezettingsautoriteit en de bezettingsmacht geen gezag (arrest *Al-Jedda v. the United Kingdom*).

Internationaal opgelegde quasi-inheemse instellingen

Bosnië-Herzegovina

Op 21 november 1995 kwam onder zware internationale druk het Dayton-akkoord tot stand, waarbij een eind werd gemaakt aan de oorlog in Bosnië-Herzegovina. Ondertekenaars waren de Republiek Bosnië-Herzegovina, de Republiek Kroatië en de Federale Republiek Joegoslavië (bestaande uit de voormalige Joegoslavische deelrepublieken Servië en Montenegro). Aan het akkoord is een aantal bijlagen gehecht; deze bijlagen zijn apart ondertekend, in de meeste gevallen door de nieuw op te richten staat Bosnië-Herzegovina (rechtsoptvolger van de Republiek Bosnië-Herzegovina) en de beide 'entiteiten' waaruit de staat is samengesteld, de Federatie Bosnië-Herzegovina en de Servische Republiek (ook wel Republika Srpska). Het akkoord trad in werking op 20 december 1995. Enkele dagen tevoren was de Vredesimplementatieraad (*Peace Implementation Council*) opgericht, welks stuurgroep, bestaande uit Canada, Frankrijk, Duitsland, Italië, Japan, de Russische Federatie, de Verenigde Staten, het voorzitterschap van de Europese Unie en Turkije, was bestemd om politieke sturing te geven aan het vredesproces.

Door de bijlagen werden onder meer het Constitutionele Hof (de nieuwe grondwet van Bosnië-Herzegovina was een aparte bijlage van het akkoord), de Ombudsman voor Mensenrechten (bekend als de *Ombudsperson*), de Mensenrechtenkamer (*Human Rights Chamber*) en de Hoge Vertegenwoordiger (*High Representative*) in het leven geroepen.

De Ombudsman voor Mensenrechten en de Mensenrechtenkamer, beide ingesteld door bijlage 6 bij het Dayton-akkoord, verhielden zich tot elkaar op een wijze vergelijkbaar met de ECRM en het EHRM overeenkomstig het EVRM in zijn oorspronkelijke redactie (tekst van 1950), de Ombudsman in de rol van de ECRM en de Mensenrechtenkamer als rechterlijk orgaan. Hun taak was de staat Bosnië-Herzegovina en de beide Entiteiten behulpzaam te zijn bij de nakoming van hun verplichtingen mensenrechten te eerbiedigen; deze verplichtingen waren gebaseerd op, in de eerste

plaats, de in het EVRM en zijn protocollen neergelegde rechten, en in de tweede plaats, discriminatie met betrekking tot rechten neergelegd in een aantal andere mensenrechtenverdragen waaronder het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten en het Genocideverdrag. Beide instellingen hebben bijgedragen aan het herscheppen van normale omstandigheden en het terugdraaien van de tijdens de oorlog uitgevoerde 'etnische zuiveringen'.

De Hoge Vertegenwoordiger, wiens benoeming door partijen werd verzocht in bijlage 10 bij het Dayton-akkoord, had de eindverantwoordelijkheid voor de uitvoering van de niet-militaire aspecten van het akkoord. Hij ontving politieke sturing van de Stuurgroep van de Vredesimplementatieraad.

Nadat Bosnië-Herzegovina was toegetreden tot het EVRM, zijn over beslissingen van de Mensenrechtenkamer en de Hoge Vertegenwoordiger klachten ingediend bij het EHRM.

Een klacht betreffende de Mensenrechtenkamer leidde tot de vaststelling van een schending die moest worden toegerekend aan Bosnië-Herzegovina zelf: de Mensenrechtenkamer had te gelden als orgaan van Bosnië-Herzegovina, niet als internationale organisatie, met als gevolg dat haar uitspraken voor die staat bindend waren ook nadat hij was toegetreden tot het EVRM (ontvankelijkheidsbeslissing *Jeličić v. Bosnia and Herzegovina* (dec.)). Een klacht betreffende de Hoge Vertegenwoordiger is niet-ontvankelijk verklaard op de grond dat zijn beslissingen hadden te gelden als uitoefeningen van bevoegdheden die de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties met toepassing van hoofdstuk VII van het Handvest aan hem hadden gedelegeerd (ontvankelijkheidsbeslissing *Berić and Others v. Bosnia and Herzegovina* (dec.)).

Kosovo

Het door de Verenigde Naties ingestelde UNMIK oefende in Kosovo wetgevende en uitvoerende macht uit en is tevens verantwoordelijk voor de rechtspraak ter plaatse totdat Kosovo in 2008 de onafhankelijkheid uitriep. Echter, zelfs na 2008 is UNMIK blijven bestaan.

Cyber-aanvallen als toerekeningsprobleem

Diverse verdragsstaten, waaronder Nederland, hebben in hun strijdkrachten eenheden opgericht die zich bezighouden met cyber-oorlogvoering. Het lijkt geen twijfel dat cyber-aanvallen uitgevoerd door dergelijke eenheden zijn toe te rekenen aan de betrokken verdragsstaat. Evenzo zijn dergelijke aanvallen toe te rekenen aan verdragsstaten die cyber-oorlogvoering uitbesteden aan private ondernemingen.

Evenwel leert de ervaring dat zij die cyber-aanvallen uitvoeren, veelal trachten hun identiteit te verbergen, bijvoorbeeld door 'botnets' te gebruiken (netwerken van gehackte computers van onschuldige derden) of zich uit te geven voor anderen ('spoofing'). Dit proefschrift verdedigt de opvatting dat gelet op de mogelijke gevaren van een cyber-aanval verdragsstaten op grond van het EVRM de verplichting hebben te voorkomen dat anderen vanuit hun territorium dergelijke aanvallen uitvoeren. Bestaande internationaalrechtelijke structuren gaan niet ver genoeg. Het

Verdrag van Boedapest ter bestrijding van cybercriminaliteit bijvoorbeeld verbiedt het onderscheppen van computerdata en het misbruiken van systemen maar blijft te zeer gericht op privacy, inhoud van informatie en aansprakelijkheid naar burgerlijk recht. Het blijft een zaak voor de verdragsstaten of zij het hacken van computers door kwaadwillenden buiten hun landsgrenzen met het oogmerk middels botnets een cyberaanval te plegen op doelen in een derde land strafbaar willen stellen.

Voldoen aan verdragsverplichtingen door middel van alternatieven voor nationale rechtsmiddelen

Rechtsmiddel via een ondergeschikt lichaam

Het Internationaal Gerechtshof heeft aanvaard dat hoewel de Zuid-Afrikaanse bezetting van Namibië onwettig was, het belang van de inwoners van dat land maakte dat bestuurlijke en rechterlijke beslissingen die hen raakten niet zonder meer als ongeldig konden worden beschouwd.

Op basis van dit zogeheten ‘Namibië-principe’ heeft het EHRM geoordeeld dat een aanhouding en veroordeling door organen van de ‘Turkse Republiek Noord-Cyprus’ konden voldoen aan het EVRM. Dit hield geen erkenning van de ‘Turkse Republiek Noord-Cyprus’ in: de betrokken beslissingen werden toegerekend aan Turkije (arresten *Foka v. Turkey* en *Protopapa v. Turkey*).

Anders lag het in Transdnjestrië, waar het rechtssysteem door het EHRM werd beschouwd als dysfunctioneel.

Het blijkt dus dat zelfs fora van een internationaalrechtelijk onwettige entiteit een rechtsmiddel kunnen bieden dat voldoet aan het EVRM, op voorwaarde zij een juridische traditie weerspiegelen die verenigbaar kan worden geacht met de beginselen van het EVRM en voldoen aan de te stellen inhoudelijke normen. Dit proefschrift verdedigt de opvatting dat tevens vereist is dat de gekozen oplossing in overeenstemming (althans niet in strijd) is met algemeen volkenrecht; in dit geval wordt de vereiste volkenrechtelijke legitimatie geboden door het bovengenoemde Namibië-principe.

Ad hoc-rechtsmiddel

In arresten als *Loizidou v. Turkey* (merits) en *Cyprus v. Turkey* heeft het EHRM schendingen vastgesteld van art. 8 EVRM en art. 1 Eerste Protocol doordien uit Noord-Cyprus verdrevenen geen toegang hadden tot hun woningen en overige onroerende zaken. In het arrest *Xenides-Arestis v. Turkey* werd er bij Turkije op aangedrongen een passend rechtsmiddel te scheppen en werden tevens de vereisten voor dat rechtsmiddel gesteld.

In 2005 werd bij wet van de ‘Turkse Republiek Noord-Cyprus’ een commissie ingesteld waarbij eenieder die een aanspraak op een in Noord-Cyprus gelegen onroerende zaak kon aantonen en kon bewijzen daarvan te zijn verdreven die aanspraak geldend kon maken. Daarvoor gold een termijn van vier jaar, die later verlengd werd tot zes jaar. Die commissie kon bij bindend besluit de teruggave van die onroerende zaken bevelen, dan wel schadevergoeding toekennen, of voorstellen die onroerende zaken te ruilen tegen onroerende zaken gelegen in de Republiek Cyprus maar waarop

een inwoner van de ‘Turkse Republiek Noord-Cyprus’ aanspraak had. Deze oplossing vond genade in de ogen van het EHRM (ontvankelijkheidsbeslissing *Demopoulos and Others v. Turkey* (dec.) (GC)).

Internationale organisaties: het aansprakelijkheidsprobleem

In de ontvankelijkheidsbeslissing *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands* (dec.) werd opgemerkt dat de Verenigde Naties een commissie hadden behoren op te richten die in voorkomend geval schadevergoeding voor mensenrechtenschendingen zou kunnen toewijzen tegen de Verenigde Naties zelf. Een dergelijke commissie was er echter niet, en het was niet de taak van Nederland in die leemte te voorzien.

De behoefte bestaat behoorlijk te voorzien in aansprakelijkheid voor mensenrechtenschendingen door internationale organisaties. Met betrekking tot Kosovo is er een begin van erkenning van die behoefte; de oprichting van een klachtencommissie, zij het dat die slechts adviserende (dus geen beslissende) bevoegdheden heeft, is een kleine stap in de goede richting.

Conclusie van dit hoofdstuk

Het opzetten van een ondergeschikte pseudostaat is niet voldoende om toerekening van een verdragsschending te ontgaan. Niettemin blijkt uit de ervaring opgedaan door Turkije in Noord-Cyprus dat een verdragsstaat zich op deze wijze van zijn verdragsverplichtingen kan kwijten.

Ongeveer hetzelfde geldt met betrekking tot het uitbesteden van taken aan particulieren zoals bijvoorbeeld private militaire bedrijven. Een verdragsstaat zal op deze wijze toerekening van verdragsschendingen niet kunnen ontgaan, maar als er een voldoende wetgevend kader is, toezicht voldoende is geregeld en is voorzien in de nodige rechtsmiddelen, is het voor een verdragsstaat mogelijk aan zijn verdragsverplichtingen te voldoen.

Internationale organisaties, zoals de Verenigde Naties, kunnen verdragsstaten beschermen tegen aanspraken op grond van het EVRM; echter ontstaat aldus een nieuw gevaar, te weten het ontstaan van een rechtvacuüm waardoor voor een slachtoffer van een schending van zijn mensenrechten geen genoegdoening bestaat.

Internationaal opgelegde quasi-inheemse instellingen bieden de beste mogelijkheden om aansprakelijkheid elders onder te brengen. In dit opzicht is lering te trekken uit de ervaring opgedaan in Bosnië-Herzegovina. De aldaar toegepaste oplossing vertoont de volgende kenmerken:

1. Naleving van het algemeen internationaal recht. Dit betekent een volkenrechtelijk mandaat van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties. Bij ontbreken van instemming van een internationaal erkende plaatselijke regering is een dergelijk mandaat een *conditio sine qua non* voor de legitimiteit van elke geweldstoepassing.
2. Aanvaarding van verantwoordelijkheid door quasi-inheemse instellingen die als zodanig niet ondergeschikt zijn aan de regering of regeringen van een verdrags-

staat. Dit is een *conditio sine qua non* wil een betrokken verdragsstaat aan rechtsmacht in de zin van art. 1 ontkomen.

Met betrekking tot Bosnië-Herzegovina is het overigens zeer nuttig gebleken dat vanaf het begin bescherming van de in het EVRM neergelegde rechten en vrijheden onderdeel was van de gekozen oplossing. Dit heeft bijgedragen aan het ontstaan van een nieuwe, op het EHRM gebaseerde rechtsorde.

Een probleem dat in Bosnië-Herzegovina onopgelost is gebleven, is dat niet is voorzien in aansprakelijkheid voor mensenrechtenschendingen door de internationale aanwezigheid zelf.

Hoofdstuk 9: Slotbeschouwing en conclusie

In dit hoofdstuk wordt een poging gedaan de onderzoeksvraag te beantwoorden. Hiertoe worden de in het eerste hoofdstuk genoemde ‘verweren’ nader beschouwd.

Het eerste verweer: geen schending

De feiten ontkennen

Dit is het meest voor de hand liggende verweer. Het EHRM is echter in de praktijk bereid gebleken een ondogmatische houding aan te nemen ten aanzien van zaken als bewijslastverdeling en waardering van het bewijs; gezien de ongelijkheid die meestal tussen partijen bestaat, is een dergelijke houding ook geboden.

De schending ontkennen

Inmiddels is duidelijk dat de opvatting dat het EVRM buiten vreedstijd geen toepassing vindt, onhoudbaar is. Het EVRM is van toepassing in situaties van internationaal en niet-internationaal gewapend conflict en in situaties die eerder als wetshandhaving dienen te worden beschouwd, en naar de hier verdedigde opvatting ook op door of namens een verdragsstaat uitgevoerde cyberaanvallen, althans potentieel, en op gerichte dodelijke aanvallen buiten de eigen landsgrenzen van de verdragsstaat.

Afwijking met toepassing van art. 15 EVRM biedt een mogelijkheid om aansprakelijkheid te beperken. De verdragsverplichtingen van de verdragsstaat ingevolge het EVRM blijven bestaan; de vraag of voldaan is aan de eisen van art. 15 EVRM komt slechts aan de orde als blijkt dat er in beginsel sprake is van een verdragschending.

Voor wat betreft het begrip ‘oorlog’ verdedigt dit proefschrift de opvatting dat moet worden aangesloten bij het begrip ‘gewapend conflict’, al dan niet internationaal, zoals gehanteerd in het internationaal humanitair recht. De eis dat een oorlog in deze zin ‘het bestaan van het land’ moet bedreigen wil afwijking krachtens art. 15 geoorloofd zijn, geldt naar de hier voorgestane opvatting niet indien de ‘oorlog’ wordt gevoerd met inachtneming van hoofdstuk VII van het Handvest van de Verenigde Naties.

Afwijkingen ingevolge art. 15 mogen de rechten waarvan niet mag worden afgevoerd (art. 15 lid 2) uiteraard niet aantasten. Zij mogen ook, naar de tekst van art. 15 lid 1, niet verder gaan dan de ernst van de situatie strikt vereist; het EHRM blijkt echter voor wat betreft het bestaan van een 'noodtoestand' de verdragsstaat een aanzienlijke beoordelingsvrijheid te gunnen.

De eis dat afwijkende maatregelen niet in strijd mogen zijn met andere verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht ziet op het Handvest van de Verenigde Naties en op internationaal humanitair recht (in geval van oorlog) of op andere verdragsverplichtingen die kunnen gelden in geval van een 'noodtoestand' die niet een gewapend conflict is, maar niet op mensenrechtenverdragen die verdergaande bescherming bieden dan het EVRM zelf.

Het is een redelijke eis dat afwijkende maatregelen naar hun aard kunnen bijdragen aan herstel van de normale toestand en dus tijdelijk zijn.

Het is niet mogelijk art. 15 EVRM met terugwerkende kracht in te roepen.

Het tweede verweer: rechtsmacht van de verdragsstaat ontkennen

Het begrip 'rechtsmacht' heeft twee aspecten. Ten eerste ziet het op het recht en de macht van de staat eenzijdig wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht uit te oefenen om gedrag voor te schrijven. Ten tweede ziet het op art. 1 EVRM; hier bepaalt het begrip 'rechtsmacht' de kring van gerechtigden.

In beide aspecten is het begrip 'rechtsmacht' in beginsel territoriaal. Een verdragsstaat oefent rechtsmacht uit binnen zijn eigen landsgrenzen, maar ook daarbuiten: in het bijzonder in quasi-territoriale zin over zeegebieden en in het boven het eigen land en de territoriale zee gelegen luchtruim. Tevens oefent een staat quasi-territoriale rechtsmacht uit over schepen onder zijn vlag en lucht- en ruimtevaartuigen die door die staat zijn geregistreerd.

Extraterritoriale uitoefening van rechtsmacht is uitoefening van rechtsmacht buiten de eigen landsgrenzen die niet quasi-territoriaal is.

Het bestaan van rechtsmacht op grond van art. 1 EVRM kan niet worden ontkend op de grond dat de verdragsstaat niet in staat is die uit te oefenen, bijvoorbeeld als gevolg van de aanwezigheid van een vreemde gewapende macht, al kan er in dat geval een objectieve belemmering bestaan voor uitoefening van zodanige rechtsmacht. Ook kan het bestaan van rechtsmacht niet worden ontkend indien een vreemde staat met medewerking of al dan niet stilzwijgende instemming van de verdragsstaat verdragsschendingen pleegt.

Of een verdragsstaat door op het territorium van een vreemde staat 'hard power' te gebruiken rechtsmacht uitoefent, is niet afhankelijk van de geoorloofdheid van dat gebruik van 'hard power'. Is de vreemde staat een andere verdragsstaat, dan heeft de verdragsstaat die daar 'hard power' uitoefent, alle rechten en vrijheden te verzekeren die het EVRM biedt; elke andere opvatting zou leiden tot een rechtsvacuüm ten nadele van de individu.

Het gebruik van 'hard power' op het territorium van een vreemde staat die geen verdragsstaat is, levert uitoefening van rechtsmacht op indien sprake is van een gerichte

aantasting van de veiligheid of vrijheid van een beoogd slachtoffer, of indien effectieve controle wordt uitgeoefend over een bepaald gebied. In het eerste geval is de verdragsstaat gehouden aan een betrokken persoon die rechten en vrijheden te verzekeren die voor diens toestand relevant zijn; in het tweede geval is de verdragsstaat gehouden tot het verzekeren van alle rechten en vrijheden die het EVRM verzekert (met eventueel de mogelijkheid van afwijking krachtens art. 15 EVRM).

Het derde verweer: rechtsmacht van het EHRM ontkennen

Het is niet mogelijk met terugwerkende kracht een voorbehoud bij het EVRM te maken. Wel is het in beginsel mogelijk een beroep te doen op een oudere, met het EVRM onverenigbare, verdragsverplichting op grond van een ouder verdrag, zij het dat dergelijke conflicterende verdragsverplichting zeldzaam zullen zijn.

Het vierde verweer: toerekening ontkennen

Een verdragsstaat zal toerekening van een verdragsschending niet kunnen ontgaan door zich te beroepen op het bestaan van een pseudo-staat die in feite aan de regering van de verdragsstaat zelf ondergeschikt is, of door zijn handelen uit te besteden aan particulieren. Evenzo zal een verdragsstaat een verdragsschending worden toegerekend die met medewerking of instemming van die verdragsstaat wordt gepleegd door vreemdelingen.

Wel zal een verdragsstaat toerekening kunnen ontgaan voor zover handelingen kunnen worden toegerekend aan de Verenigde Naties. De ervaring in Kosovo leert dat dit het geval zal kunnen zijn als wordt gehandeld in opdracht van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties ingevolge hoofdstuk VII van het Handvest van de Verenigde Naties.

Waarschijnlijk de beste kansen om toerekening te ontlopen, bestaat uit het gebruik van internationaal opgelegde quasi-inheemse instellingen. Daarvoor gelden echter de volgende *conditiones sine quibus non*:

- Volledige naleving van algemeen volkenrecht; en
- Aannee van verantwoordelijkheid door quasi-inheemse instellingen die als zodanig niet ondergeschikt zijn aan een verdragsstaat.

Conclusie

De slotconclusie is dat het EVRM zijn Verdragsstaten voldoende ruimte laat om hun Verdragsverplichtingen en -aansprakelijkheden aan te passen aan de vereisten die uitoefening van 'hard power' stelt, mits zij zich in de keuze van hun middelen bewegen binnen de grenzen van het internationale recht.

