

Vergaderjaar 2000–2001

27 400 V

Vaststelling van de begroting van de uitgaven en de ontvangsten van het Ministerie van Buitenlandse Zaken (V) voor het jaar 2001

Nr. 60

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BUITENLANDSE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 20 maart 2001

Onder verwijzing naar artikel 24 van de Wet van 3 juli 1996, houdende algemene regels over de advisering in zaken van algemeen verbindende voorschriften of te voeren beleid van het Rijk (Kaderwet adviescolleges), heb ik de eer U bij deze te informeren over mijn standpunt over het advies dat de Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken (CAVV) mij op 26 januari 2001 op mijn verzoek heeft uitgebracht over de door de International Law Commission (ILC) van de Verenigde Naties opgestelde ontwerp-artikelen inzake staatsaansprakelijkheid. Het advies van de CAVV, een kopie van de begeleidende brief van de voorzitter van de CAVV en een kopie van mijn dankbrief zijn bijgevoegd¹.

Ik heb dit advies overgenomen. Derhalve is het commentaar van de Nederlandse regering, dat inmiddels aan de ILC is doorgeleid, identiek aan de inhoud van het advies, afgezien van enkele redactionele aanpassingen.

De Minister van Buitenlandse Zaken,
J. J. van Aartsen

¹ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

ADVIES STAATSAANSPRAKELIJKHEID

Redacteur(en):

Not specified
Not specified

Not specified

19 januari 2001

Inhoudsopgave

Pagina

1 Inleiding

Bij brief van 25 september 2000 heeft de Minister van Buitenlandse Zaken de Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken (CAVV; de Commissie) verzocht advies uit te brengen over de ontwerp-artikelen inzake staatsaansprakelijkheid die het Drafting Committee van de International Law Commission (ILC) tijdens haar 52e zitting (1 mei-9 juni en 10 juli-18 augustus 2000) in tweede lezing voorlopig heeft aanvaard.¹ De Minister heeft in zijn brief tevens de CAVV verzocht om - vooruitlopend op het advies inzake de volledige tekst van het ILC ontwerp - een advies te geven over een deelaspect van het ontwerp, nl. de omstandigheid dat in afwijking van eerdere ontwerp-teksten in de huidige tekst de omschrijving van "international crimes" is geschrapt en dat in plaats daarvan een artikel is opgenomen inzake "consequences of serious breaches of obligations to the international community as a whole". Dit verzoek was ingegeven door de gedachte dat het CAVV advies op dit punt een onderbouwing zou kunnen vormen voor het Nederlandse standpunt dat mondeling zou worden ingebracht in de Zesde Commissie van de AVVN, die eind oktober aandacht zou besteden aan het Rapport van de 52e zitting van de ILC. De Commissie heeft aan dit laatste verzoek voldaan. De verslagen van de vergaderingen van 29 september en 11 oktober 2000 vormden de weerslag van het advies van de Commissie. In het thans voorliggende geconsolideerde advies zijn de elementen van het eerdere partiële advies verwerkt.

De CAVV heeft zich - afgezien van eerder genoemde ontwerp-artikelen - in haar advisering ook georiënteerd op het Hoofdstuk "State Responsibility" uit het Rapport van de ILC over haar 52e zitting (VN document A/55/10, hierna: "ILC Rapport") .

In het onderstaande wordt achtereenvolgens ingegaan op enkele hoofdvragen. Daarna volgt een artikelsgewijze behandeling.

De hoofdvragen zijn :

- a) de schrapping van het oude artikel 19 inzake "international crimes"
- b) de verhouding "injured States" vis-à-vis "other States"
- c) retorsies/represailles ("countermeasures")
- d) de vraag of de ontwerp-artikelen dienen uit te monden in een wereldwijd verdrag dan wel in een Annex bij een Verklaring van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (AVVN)

1.1 De schrapping van het oude artikel 19 inzake "international crimes"

¹ Zie Annex bij dit Advies

De CAVV is van oordeel dat Nederland kan instemmen met het schrappen van artikel 19 dat deel uitmaakte van de in eerste lezing door de ILC aanvaarde tekst. Dit artikel introduceerde het begrip "international crime" van een Staat en omschreef dit als "an internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognized as a crime by that community as a whole". Handhaving van het concept "international crime of a State" is zowel binnen de ILC als de Zesde Commissie van de AVVN controversieel en lijkt derhalve geen haalbare zaak. Het ware wenselijk te vermijden dat hetgeen door de ILC thans is bereikt op het punt van codificatie en progressieve ontwikkeling van het leerstuk Staatsaansprakelijkheid in gevaar wordt gebracht door per se vast te willen blijven houden aan de notie "international crime of a State". Naar het oordeel van de CAVV vormen de door de Special Rapporteur van de ILC voorgestelde en door het Drafting Committee overgenomen bepalingen inzake de rechtsgevolgen van "serious breaches by a State of obligations to the international community as a whole" (art. 41 jo. Art. 42) een goed compromis met als bijkomend voordeel dat datgene waar wel overeenstemming over bestaat niet op het spel wordt gezet. Wel is de CAVV van mening dat de omschrijving van "serious breaches" in de genoemde artikelen en in de chapeaux daarvan alsmede in het chapeau van Hoofdstuk III van Deel Twee, waaronder genoemde artikelen geordend zijn, nadere aandacht vraagt. De ILC zou de verschillende omschrijvingen dienen te harmoniseren. De CAVV constateert voorts dat de voorbeelden die in het oude artikel 19 waren opgenomen ter illustratie van een "international crime" niet zijn overgenomen als illustratie van het corresponderende concept "serious breaches". Enerzijds valt dit te betreuren omdat deze voorbeelden de essentie van de definitie van het verlaten begrip "international crimes" goed illustreerden. Aldus blijft slechts het raamwerk over en wordt op deze wijze veel aan de jurisprudentie en rechtsontwikkeling in algemene zin overgelaten. Anderzijds heeft de CAVV begrip voor de wens van de Special Rapporteur om alle elementen van de tekst welke geen betrekking hebben op "secondary rules" te verwijderen en over te hevelen naar het commentaar. Zie ook hetgeen is opgemerkt hieronder ad artikel 41.

De specifieke rechtsgevolgen van een "international crime" die destijds opgenomen waren in art. 52 van het oude ontwerp (i.c. rechtsgevolgen voor de aansprakelijke Staat, die niet onderworpen waren aan de beperkingen die golden voor de rechtsgevolgen van "internationally wrongful acts") zijn gelijktijdig met het schrappen van het begrip "international crime" verdwenen. In het corresponderende art. 42 van het huidige ontwerp is de frase "damages reflecting the gravity of the breach" het enige wat er aan specifieke rechtsgevolgen van "serious breaches" voor de aansprakelijke Staat is overgebleven. De CAVV is van oordeel dat de tekst op dit punt specifiek zou dienen te zijn, m.a.w. dat in de tekst (eventueel in het commentaar) tot uitdrukking wordt gebracht dat in geval van "serious breaches" vergoeding van schade noodzakelijk is die boven de materiële schade uitgaat. Strikt genomen zouden "punitive damages" een adequate vorm van rechtsherstel voor "serious breaches" behoren te zijn. De CAVV is zich er evenwel van bewust dat één van de consequenties van het schrappen van het concept "international crime" is dat

"punitive damages" niet meer mogelijk zijn. Niettemin ware tot uiting te brengen dat in geval van "serious breaches" de rechtsgevolgen voor de aansprakelijke Staat ernstiger dienen te zijn, waarbij - afgezien van restitutio ad integrum en satisfactie - gedacht zou kunnen worden niet alleen aan financiële consequenties die verder reiken dan compensatie voor materiële schade, maar ook aan institutionele maatregelen zoals onder beheer plaatsing en beperking van de rechten verbonden aan het lidmaatschap van een internationale organisatie.

1.2 De verhouding "injured State" vis-à-vis "other States"

De CAVV constateert dat in de vroegere ontwerp-tekst het begrip "injured State" niet beperkt werd tot de direct gelaedeerde Staat, maar indien er sprake was van een "international crime", mede omvatte "all other States". In het huidige ontwerp (art. 43) is de definitie beperkt tot de rechtstreeks gelaedeerde Staat dan wel een groep van Staten of de internationale gemeenschap als geheel, indien de schending van de verplichtingen door de aansprakelijke staat integrale verplichtingen betreft, bijv. ontwapeningsverdragen. Wanneer men art. 43 in de huidige tekst leest in samenhang met art. 49, valt op dat er thans een onderscheid wordt gemaakt tussen twee categorieën Staten, nl. de rechtstreeks gelaedeerde Staat of groep van Staten, die alle rechtsgevolgen jegens de aansprakelijke staat kunnen invoeren, en Staten die - in geval van schending door de aansprakelijke Staat van erga omnes verplichtingen - tot op zekere hoogte nl. in meer ideële of "juridische" zin geraakt zijn en dus ook in meer beperkte mate rechtsgevolgen kunnen zoeken. De CAVV plaatst vraagtekens bij de wenselijkheid van dit onderscheid. De CAVV vraagt zich af of de prijs voor het schrappen van het concept "international crimes" niet te hoog wordt. Niet alleen wordt de kring van "injured States" in geval van ernstige schendingen van erga omnes verplichtingen zeer ingeperkt, maar tevens is het scala van vormen van rechtsherstel dat - in geval van ernstige schendingen van erga omnes verplichtingen - aan de "juridisch getroffen" Staten conform art. 49 wordt toegekend, beperkter dan hetgeen aan de rechtstreeks gelaedeerde Staat wordt toegekend en ook veel beperkter in vergelijking met wat het eerder ontwerp in geval van "international crimes" toestond aan **alle Staten**. De CAVV ervaart deze wijzigingen van het eerder ontwerp als regressief en adviseert dit te heroverwegen.

1.3 Retorsies/Represailles ("Countermeasures")

De CAVV constateert dat - blijkens de verklaringen die afgelegd zijn in de Zesde Commissie - met name enkele permanente leden van de Veiligheidsraad bezorgd zijn dat het thans voorgestelde rechtsregiem inzake "countermeasures" (als middel om de aansprakelijke Staat ertoe te bewegen de in het ontwerp vervatte "secondary rules" te eerbiedigen) aan te grote beperkingen onderhevig is. Volgens deze leden zouden de

ontwerp-artikelen op dit punt afwijken van het geldende internationaal gewoonterecht terzake. De CAVV is van oordeel dat countermeasures een nuttig instrument zijn in het kader van de implementatie van staatsaansprakelijkheid. De toepassing van dit instrument dient evenwel met de nodige waarborgen te zijn omgeven. De CAVV meent dat grosso modo het voorliggende ontwerp de juiste balans heeft getroffen.. Bij de artikelsgewijze behandeling wordt hierop teruggekomen.

1.4 Verdrag of Declaratie van de AVVN

Eén van de vragen die zich m.b.t. het voorliggende ontwerp voordoen is of de ontwerp-artikelen dienen uit te monden in een wereldwijd verdrag of in een Declaratie van de AVVN (of beter gezegd: een Annex bij een Declaratie van de AVVN). De CAVV constateert dat het streven van de ILC erop gericht is haar werkzaamheden m.b.t. staatsaansprakelijkheid tijdens haar eerstvolgende zitting in 2001 af te ronden. De CAVV juicht op zichzelf dit streven van de ILC toe. Men moet evenwel bedenken dat de wens tot afronding van de tekst ook een nadeel met zich meebrengt. Ongetwijfeld zal de druk om voor zekerheid te kiezen groter worden, m.a.w. de elementen in de ontwerp-tekst die gezien kunnen worden als de lege ferenda of "progressive development" (zoals m.b.t. "countermeasures" en "serious breaches") zullen onder druk komen te staan.

In het licht van het streven van de ILC tot afronding van de werkzaamheden te komen zou de uiteindelijke vorm van een declaratie voor de hand liggen. Indien geopteerd zou worden voor een verdrag, bestaat het risico dat veel van wat thans in de tekst acquis is weer op losse schroeven komt te staan. Voorts moet men bedenken dat een Declaratie van de AVVN gezien moet worden enerzijds als een codificatie van bestaand internationaal gewoonterecht en anderzijds - voorzover nog slechts sprake is van "emerging rules of customary law" - als een vorm van statenpraktijk die in belangrijke mate aan de gewoonterechtvorming terzake bijdraagt. Het bindend effect op staten is er dus niet of nauwelijks minder om dan het geval zou zijn indien men opteert voor een verdrag. Bovendien loopt men met een verdrag het risico dat Staten dit verdrag niet wensen te ratificeren en zich vervolgens niet aan het beoogde wereldwijde rechtsregiem gebonden achten. Ook het pluspunt van een verdrag nl. dat zulks automatisch de noodzaak van de totstandkoming van een geschillenbeslechtsmechanisme met zich brengt, moet niet overschat worden. Complicerende factor voor wat betreft een geschillenbeslechtsmechanisme is ook de vraag of een dergelijk mechanisme betrekking moet hebben op elk concreet geschil inzake beweerde schending van primaire regels dan wel uitsluitend op de uitleg en toepassing van het beoogde verdrag zelf. De CAVV adviseert derhalve dat in het Nederlandse commentaar in beginsel wordt voorgestaan dat het resultaat van de werkzaamheden van de ILC uitmondt in een (Annex bij een) Declaratie van de AVVN. De CAVV is geen voorstander van een nog zwakker instrument.

2 Artikelsgewijze behandeling

2.1 Deel I

Hoofdstuk I

Geen opmerkingen

Hoofdstuk II

Artikel 5

De CAVV meent dat de begrippen "empowered by the law" en "governmental authority" ruimte laten voor onduidelijkheid. M.n. de reikwijdte van het begrip "overheidsgezag" is voor discussie vatbaar in het licht van het huidige proces in veel Staten, waaronder Nederland, van verzelfstandiging **c.q. privatisering** van de uitvoerders van overheidstaken. Tegelijkertijd constateert de CAVV dat deze onduidelijkheid onvermijdelijk lijkt en dat de voorliggende tekst nog het meest aan de bezwaren tegemoet komt.

Artikel 6

De CAVV constateert met voldoening dat de huidige formulering "direction or control" ruimte laat voor de toepassing van zowel de enge "control" standaard ("effective control"), zoals gehanteerd door het Internationaal Gerechtshof in de Nicaragua zaak, als de ruimere standaard, zoals gehanteerd door de Appeals Chamber van het ICTY in de Tadic zaak. De CAVV ziet de ingebouwde dubbelzinnigheid als een positief element en meent dat zulks kansen biedt tot "progressive development" van de rechtsregels inzake staatsaansprakelijkheid.

Art. 7

De CAVV acht dit een nuttig artikel. Er doen zich incidenteel situaties voor waarop het artikel van toepassing zou kunnen zijn. Men denke aan de situatie in Somalië.

Zie overigens hieronder ad art. 10

Art. 8

De CAVV is van oordeel dat de huidige formulering te beperkt is. Er kunnen zich altijd situaties voordoen van gedeelde aansprakelijkheid. Er zijn twee oplossingen om aan het geconstateerde manco tegemoet te komen.. De reikwijdte van de voorbehoudsclausule in art. 19 welke betrekking heeft op Hoofdstuk IV van Deel I zou verruimd kunnen worden zodat zij ook betrekking heeft op Hoofdstuk II. De CAVV geeft echter de voorkeur aan een andere oplossing nl. toevoeging in art. 8 van de frase "without prejudice to the other State's international responsibility".

Art. 10

Dit artikel, gelezen in samenhang met art. 7, leidt tot de conclusie dat elke internationaal onrechtmatige daad van een opstandige beweging, die niet de nieuwe regering wordt, leidt tot directe en volledige toerekening van die daad aan de Staat. Dit in tegenstelling tot het oude art. 14 (1) ². De CAVV **betwijfelt** of hiervoor steun te vinden is in de rechtspraak.

Art. 11

In dit artikel wordt de frase "act of (that) State under international law" gebruikt, terwijl elders in de tekst wordt gesproken van "act of (that) State". Harmonisering van de tekst op dit punt is wenselijk.

Hoofdstuk III

Art. 14

De CAVV constateert dat lid 2 wel ingaat op het aspect van de duur van de schending, maar niet op de vraag op welk moment de aansprakelijkheid gegenereerd wordt (wordt "getriggered") . Hoewel de bedoeling van de tekst wel duidelijk is, is de redactie niet perfect. De CAVV heeft overigens geen concreet tekstvoorstel.

Hoofdstuk IV

² "The conduct of an organ of an insurrectional movement which is established in the territory of a State or in any other territory under its administration shall not be considered as an act of that State under international law"

Art. 16

De CAVV suggereert om de woorden "does so with knowledge of..." aan te vullen met "or should have known".

Art. 17

De CAVV constateert dat de "progressive development" die ingebouwd is in art. 6 door de "control standard in het midden te laten hier afwezig is: de frase "a state which directs and controls..." vormt een cumulatieve voorwaarde en ware te vervangen door "...directs or controls...".

Art. 19

Zie hetgeen is opgemerkt m.b.t. art. 8

Hoofdstuk V

Algemeen

De CAVV herinnert in het verband van dit hoofdstuk - handelend over omstandigheden die onrechtmatigheid uitsluiten - aan het eerdere advies inzake humanitaire interventie, dat tot stand is gekomen in samenwerking met de Adviesraad Internationale Vraagstukken. Humanitaire interventie - zonder voorafgaande autorisatie van de Veiligheidsraad en zonder toestemming van de legitieme regering van de staat op het grondgebied waarvan de interventie plaatsvindt - kan immers in uitzonderlijke situaties op grond van bestaande dan wel onmiddellijk dreigende grootschalige ernstige schendingen van fundamentele mensenrechten gezien worden als een potentiële rechtvaardigingsgrond voor een internationale onrechtmatige daad, i.c. de dreiging met of het gebruik van geweld indien dit geweldsgebruik c.q. het dreigen daarmee vereist is voor humanitaire doeleinden en voldoet aan een reeks van in het advies opgenomen voorwaarden. De CAVV is zich ervan bewust dat overeenstemming over het opnemen van een artikel dat een dergelijke rechtvaardigingsgrond bevat, niet op korte termijn tot de reële mogelijkheden behoort, maar beveelt toch aan de wenselijkheid van een dergelijk artikel aan de orde te stellen.

Art. 27

De CAVV meent dat art. 27(b) niet betrekking kan hebben op het gehele hoofdstuk V, maar uitsluitend - zoals ook door de Special Rapporteur voorgesteld - op de artikelen 24 t/m 26. (Zie A/CN4/L569, pag. 16).

2.2 Deel II

Hoofdstuk I

Art. 29 en 30

N.a.v. para. 76 van het commentaar bij art. 36 bis (corresponderend met huidige artikelen 29 en 30) in het ILC Rapport vestigt de CAVV de aandacht op de zin "In terms of its placement, the general principle of cessation should logically come before reparation since there would be cases in which a breach was drawn to the attention of the responsible State, which would immediately cease the conduct and the matter would go no further".

De CAVV meent dat het zinsdeel "and the matter would go no further" niet correct is. Immers, de overige rechtsgevolgen van een internationale onrechtmatige daad blijven overeind, ook al staakt de aansprakelijke staat onmiddellijk zijn onrechtmatig gedrag.

Art. 30

De CAVV constateert dat in para. 91 van het ILC Rapport een verband gelegd wordt tussen de "assurances and guarantees of non-repetition" en o.m. de "seriousness of the breach". Naar het oordeel van de CAVV ware ook in artikel 30 zelf te verwijzen naar de "gravity of the breach", zoals bedoeld in art. 42. Omgekeerd, zou ook art. 42 (3) een kruisverwijzing dienen te bevatten naar Hoofdstuk I en niet uitsluitend, zoals in de huidige tekst het geval is, naar Hoofdstuk II .

Art. 31

De CAVV merkt op dat in para. 93 van het ILC Rapport (het commentaar m.b.t. art. 37 bis: het huidige art. 31 in combinatie met art. 35) wel aandacht besteed wordt aan de elementen "opzet" ("intention") en "negligence", nl. dat dit onderscheid een rol moet spelen bij de kwestie van rechtsherstel ("reparation"), maar dat dit niet terugkomt in de tekst van hetzij art. 31 hetzij 35 (of hoofdstuk II van Deel II in het algemeen). De CAVV adviseert dat in hoofdstuk II aan de rol van "intent" resp. "negligence" aandacht wordt besteed, bijv. in art. 35 toevoeging van de frase: "The determination of the reparation shall take into account the nature (and gravity) of the internationally wrongful act."

Art. 33

De CAVV stemt in met de suggestie in para. 108 van het ILC Rapport om art. 38 (het huidige art. 33) op te nemen onder de General Provisions van Deel IV. Dat betekent dan wel dat een bredere formulering vereist is zodat het artikel niet alleen betrekking heeft op de rechtsgevolgen van internationaal onrechtmatige daden, maar op het volledige rechtsregiem inzake staatsaansprakelijkheid.

Art. 35

Zie hetgeen is opgemerkt ad art. 31.

Hoofdstuk II

De CAVV stemt ermee in dat de in dit hoofdstuk opgenomen artikelen zijn geformuleerd als verplichtingen voor de aansprakelijke Staat en dus niet - zoals als in de oude tekst - als rechten van de gelaedeerde Staat.

Art. 36

De CAVV merkt op dat blijkens para. 172 van het ILC Rapport de Special Rapporteur van mening was dat er geen vereiste bestaat dat eerst alle pogingen tot restitutie worden uitgeput en dat de eventuele voorkeur van de gelaedeerde Staat voor schadevergoeding boven restitutie juridisch effectief is. Dit oordeel van de Special Rapporteur is niet weerspiegeld in de tekst van art. 36. De CAVV heeft noch bezwaar tegen de huidige tekst van art. 36 noch tegen een eventuele overname van de gedachte van de Special Rapporteur, maar is in elk geval wel van oordeel dat - indien de aansprakelijke staat aan restitutie de voorkeur geeft - hij daar recht op heeft en de gelaedeerde Staat hem dit recht niet kan ontnemen.

De CAVV heeft ook kennis genomen van de discussie die in de ILC - blijkens para. 182 en 184 van het ILC Rapport - plaats vond over de vraag of "material impossibility" ook het begrip "legal impossibility" omvat en of derhalve ook een "legal impossibility" aan de verplichting van de aansprakelijke Staat tot restitutie in de weg kon staan. De CAVV is van oordeel dat op dezelfde wijze als een Staat zich niet - conform art. 3 van het ontwerp - aan zijn aansprakelijkheid kan onttrekken door zijn internationaal onrechtmatige daad als rechtmatig krachtens nationaal recht te karakteriseren, de Staat zich ook hier niet achter nationaal recht kan verschuilen om zich aan restitutie te onttrekken. De enige mogelijkheid om het begrip "material impossibility" mede toepasselijk te achten op "legal impossibility" zou zijn de situatie dat restitutie inbreuk op een volkenrechtelijke verplichting met zich mee zou brengen.

Art. 37 en 38

De CAVV stemt in met de tekst van art. 37, d.w.z. een algemene en geen gedetailleerde regeling van "compensation".

De reikwijdte van en afbakening tussen art. 37 en art. 38 op het punt van materiële vis-à-vis immateriële schade en op het punt van schade berokkend aan het individu dan wel aan de Staat zou in het commentaar verduidelijkt moeten worden.

N.a.v. para. 212 van het ILC Rapport m.b.t. de door de Special Rapporteur voorgestelde tekst van art. 44 en 45 (corresponderend met de huidige art. 37 en 38) merkt de CAVV op dat de uitdrukking "gravity of the injury" zowel betrekking kan hebben op de "gravity" van de onrechtmatige daad als van de ondervonden schade.

Art. 40

De CAVV is van oordeel dat de frase "account shall be taken of....." een vrij mild geformuleerde eis is en stelt voor als alternatief: " The contribution.....shall be taken into account".

Hoofdstuk III

Art.41

In de eerste plaats zij hier verwezen naar hetgeen is opgemerkt in de Inleiding over de schrapping van het concept "international crimes" en de vervanging daarvan in Deel II door het concept "serious breaches".

De CAVV acht het juist dat de omschrijving van "serious breaches" is opgenomen in Deel II. Het onderscheid tussen "internationally wrongful acts" en "serious breaches" is nu duidelijk. Deel I bevat algemene bepalingen die tevens deze bijzondere categorie van "serious breaches" omvatten.

De CAVV is zich ervan bewust dat er stemmen zijn opgegaan om de woorden "international community as a whole" te vervangen door "international community of States as a whole" naar het voorbeeld van de Vienna Convention on the Law of Treaties. De CAVV erkent de analogie met de Vienna Convention, maar is bevreesd dat het doortrekken van de analogie

kan leiden tot een restrictieve interpretatie van het begrip "international community".
Derhalve is de CAVV voorstander van handhaving van de huidige tekst.

Hoewel een aantal voorbeelden niet langer worden aangeduid, zoals in het oude art. 19 (3)³ het geval was, is in elk geval het element "serious" expliciet ingebouwd in de omschrijving en niet slechts in de voorbeelden. (Zie ook hetgeen hierover is opgemerkt in de Inleiding onder (a)). Het woord "serious" is een constitutief element van de omschrijving en vormt een extra drempel voor de toepassing van art. 42. Het is echter de vraag of die drempel wel altijd nodig is. Bijv. elke vorm van agressie betekent op zichzelf al een "serious breach". Voorts acht de CAVV de verdere drempel die is ingebouwd voor de aansprakelijkheid voor een "serious breach", nl. " a gross or systematic failurerisking substantial harm" (in tegenstelling tot "causing significant harm") adequaat.

Art. 42 (1)

De CAVV constateert dat de specifieke rechtsgevolgen die destijds opgenomen waren in art. 52 van het oude ontwerp⁴ gelijktijdig met het schrappen van het begrip "international

³ "Subject to paragraph 2, and on the basis of the rules of international law in force, an international crime may result, inter alia, from:

- (a) a serious breach of an international obligation of essential importance for the maintenance of international peace and security, such as that prohibiting aggression; (b) a serious breach of an international obligation of essential importance for safeguarding the right of self-determination of peoples, such as that prohibiting the establishment or maintenance by force of colonial domination; (c) a serious breach on a widespread scale of an international obligation of essential importance for safeguarding the human being, such as those prohibiting slavery, genocide and apartheid; (d) a serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment, such as those prohibiting massive pollution of the atmosphere or of the seas".

⁴ "Where an internationally wrongful act of a State is an international crime:

- (a) an injured State's entitlement to obtain restitution in kind is not subject to the limitations set out in subparagraphs (c) and (d) of article 43;
(b) an injured State's entitlement to obtain satisfaction is not subject to the restriction in paragraph 3 of article 45"

Art. 43, subparagraphs (c) en (d) luidde:

"The injured State is entitled to obtain from the State which has committed an internationally wrongful act, restitution in kind, that is, the establishment of the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution in kind:

- (a)....
(b)....
(c) would not involve a burden out of all proportion to the benefit which the injured State would gain from obtaining restitution in kind instead of compensation; or

crime" verdwenen zijn. In het corresponderende art. 42 van het huidig ontwerp vormt de frase "damages reflecting the gravity of the breach" het enige wat er aan specifieke rechtsgevolgen voor "serious breaches" is overgebleven. De CAVV acht het de vraag of dit als een afdoende vorm van rechtsherstel mag worden gezien. Hoewel de CAVV zich realiseert dat introductie van het concept "punitive damages" hier niet aan de orde is, zou de tekst (of eventueel het commentaar) op dit punt specifiekere dienen te zijn. Tot uitdrukking dient te worden gebracht dat in geval van "serious breaches" vergoeding van schade noodzakelijk is die boven de materiële schade uitgaat. Verwezen zij naar hetgeen hierover in de Inleiding onder (a) gesteld is.

De CAVV plaatst vraagtekens bij het gebruik van het woord "may". Dit woord heeft een relatief vrijblijvend karakter dat alleen verklaard kan worden uit de overweging dat sprake is van een "serious breach" die als zodanig geen schade heeft aangericht ofwel de overweging dat deze paragraaf vooruitloopt op de rechtsgevolgen omschreven in de rest van dit artikel. Een andere verklaring voor het gebruik van het woord "may" is dat aldus tot uiting wordt gebracht dat de gelaedeerde staat de discretionaire bevoegdheid heeft om om schadevergoeding te vragen. Anderzijds acht de CAVV deze interpretatie in tegenspraak met de uitdrukkelijke verplichting tot restitutie c.q. compensatie die krachtens art. 36 resp. 37 op de aansprakelijke Staat rust, terwijl het daarbij slechts gaat om "internationally wrongful acts". De CAVV constateert tenslotte dat het gebruik van het woord "may" te verklaren valt uit de overweging van het Drafting Committee: "...that there might be situations in which the gravity of the breach called for heavy financial consequences". Toch stelt de CAVV voor "may involve " te vervangen door "involves".

Art. 42 (2)

De plaatsing van sub-para. (a) ("the obligation for all States not to recognize as lawful the situation created by the breach") in artikel 42 zou de indruk kunnen wekken dat de in deze sub-paragraaf neergelegde verplichting niet zou gelden voor schendingen die niet "serious" zijn. De CAVV realiseert zich evenwel dat overheveling van deze verplichting naar de rechtsgevolgen van "internationally wrongful acts" niet goed mogelijk is aangezien Hoofdstuk I van Deel II handelt over de rechtsgevolgen voor de aansprakelijke Staat.

M.b.t. sub-para (c) ("the obligation for all States to cooperate as far as possible to bring the breach to an end") veronderstelt de CAVV dat de nadruk ligt op het

-
- (d) would not seriously jeopardize the political independence or economic stability of the State which has committed the internationally wrongful act, whereas the injured State would not be similarly affected if it did not obtain restitution in kind".

Article 45, paragraph 3 luidde:

"The right of the injured State to obtain satisfaction does not justify demands which would impair the dignity of the State which has committed the internationally wrongful act".

samenwerkingsaspect, m.a.w. het maximaliseren van de collectieve respons, zoals in het kader van het collectief veiligheidssysteem van de VN, en het voorkómen van "Alleingang". De CAVV stelt voor om de beperking "as far as possible" te laten vervallen gelet op het feit dat het hier gaat om "serious breaches".

Art. 42(3)

Gedacht kan worden aan "institutional consequences" zoals onder beheer plaatsing en beperking van de rechten verbonden aan het lidmaatschap van een internationale organisatie. (Zie Inleiding onder (a)).

2.3 Deel II bis

Hoofdstuk I

Art. 43 en 49

De CAVV verwijst naar hetgeen is gesteld in de Inleiding van dit advies m.b.t. de verhouding "injured State" vis-à-vis "other States".

Daarnaast is de CAVV van oordeel dat in de tekst van dit artikel het verband met art. 31(2) , dat een definitie van "injury" bevat uit het oog is verloren. Art. 31(2) erkent ook uitdrukkelijk "moral damage" als bestanddeel van "injury". Wanneer men dit transposeert op het concept "injured State" in art. 43, dan zou dit begrip tevens de in art. 49 genoemde "any State other than an injured State" dienen te omvatten. De CAVV stelt derhalve voor dat in art. 43 een nieuwe sub-para. (c) wordt opgenomen dat de categorie van Staten dient te omvatten die thans in art. 49 worden genoemd. Een onderscheid zou dan gemaakt moeten worden tussen "directly injured States" (de categorieën genoemd in sub-para. (a) en (b) en "injured States other than the directly injured States (in de nieuwe sub-para (c)). De artikelen 44 t/m 48 zouden dan betrekking moeten hebben op "injured States" in het algemeen. Art. 49 zou dienen te worden aangepast teneinde te sporen met Art. 43 (c).

Art. 44

De CAVV is met de Special Rapporteur van mening (zie paragraaf 244 van het ILC Rapport) dat artikel 44 betekent dat de gelaedeerde Staat weliswaar het recht heeft om aan schadevergoeding de voorkeur te geven boven restitutie, maar - gelet op het commentaar van de CAVV bij artikel 36 - is de CAVV van oordeel dat dit recht ondergeschikt is aan het recht van de aansprakelijke Staat om de voorkeur te geven aan restitutie. Dit laat onverlet het recht van de gelaedeerde Staat om bijkomende schadevergoeding te vragen.

Art. 46 en 49

De CAVV signaleert een zekere mate van discrepantie tussen beide artikelen. Art. 46 is gebaseerd op de gedachte dat aansprakelijkheid niet mag worden ingeroepen indien de gelaedeerde Staat op geldige wijze afstand heeft gedaan van zijn aanspraak. Art. 49 staat echter een derde Staat toe om onder meer in gevallen van een schending van een verplichting door de aansprakelijke Staat jegens de internationale gemeenschap als geheel (*erga omnes*) de aansprakelijkheid in te roepen en om in het belang van de (rechtstreeks) gelaedeerde Staat naleving te zoeken van de verplichting tot rechtsherstel. De CAVV is van oordeel dat in geval van schending van verplichtingen *erga omnes* de rechtstreeks gelaedeerde Staat niet het recht heeft om van zijn claim afstand te doen. Hij kan dat uitsluitend doen t.o.v. zichzelf, maar hij kan niet de rechten van derde Staten c.q. van de internationale gemeenschap als geheel om de aansprakelijkheid van de dader Staat in te roepen, opzij zetten.

Art. 49

Zie hetgeen is opgemerkt hierboven m.b.t. art. 43 en art. 49 resp. m.b.t. art. 46 en 49.

De CAVV heeft voorts kennis genomen van de opmerking van de Special Rapporteur, weergegeven in paragraaf 127 van het ILC Rapport, waarin hij stelt dat een voorbehoudclausule zou dienen te worden opgenomen in de tekst om aan te geven dat - voorzover het betreft schending van verplichtingen jegens de internationale gemeenschap als geheel (*erga omnes*) - niet alleen Staten, maar ook andere entiteiten staatsaansprakelijkheid kunnen inroepen. Als voorbeeld noemt hij personen, slachtoffers van mensenrechtenschendingen, voor wie in het internationaal recht bepaalde procedures daartoe beschikbaar zijn. Weliswaar treft men in art. 34(2) een voorbehoudclausule aan, maar deze heeft uitsluitend betrekking op Deel II. Een soortgelijke voorbehoudclausule zou ook in deel II bis dienen te worden opgenomen

De CAVV stemt in met de driedeling die in paragraaf 352 van het ILC Rapport is aangebracht m.b.t. het inroepen van aansprakelijkheid voor schending van verplichtingen *erga omnes*.

De CAVV constateert dat paragraaf 2(b) in zijn huidige vorm uitsluitend betrekking heeft op Hoofdstuk II van Deel II en dus niet op rechtsherstel m.b.t. "serious breaches".

Hoofdstuk II

Verwezen zij naar hetgeen in de Inleiding is gesteld m.b.t. "countermeasures", i.h.b. de opmerking dat in het ontwerp de juiste balans is getroffen tussen de toepassing van dit instrument en het verschaffen van de nodige waarborgen tegen misbruik.

Art. 50

N.a.v. paragraaf 295 van het ILC Rapport waarin gemeld wordt dat de Special Rapporteur een onderscheid maakt tussen de opschorting van een verplichting en de opschorting van de uitvoering van die verplichting wijst de CAVV erop dat het Internationaal Gerechtshof in de Gabcikovo zaak het onderscheid dat Hongarije maakte tussen "suspension of application of the treaty" (d.w.z. een verdragsverplichting) en "suspension of activities" (d.w.z. uitvoering van die verplichting) verwerpt.

De CAVV onderschrijft hetgeen wordt gesteld in paragraaf 302 van het ILC Rapport nl. dat "countermeasures" geen inbreuk mogen maken op de rechten van derden. De CAVV beveelt aan dat deze gedachte zijn weerslag vindt in de tekst.

Art. 52

De CAVV stemt in met dit artikel, dat - naar haar oordeel - een reflectie vormt van één van de conclusies van het Internationaal Gerechtshof in de Gabcikovo zaak.

Art. 53

De CAVV is op de hoogte van de kritiek die er van diverse zijden bestaat tegen een verbod op het treffen of continueren van "countermeasures" door de gelaedeerde Staat gedurende onderhandelingen met de aansprakelijke Staat, aangezien een dergelijk verbod geen weerspiegeling zou zijn van de statenpraktijk. De CAVV kan zich niet met deze kritiek verenigen. Het schrappen of amenderen van de paragrafen 2 t/m 6 van art. 53 zou naar het oordeel van de CAVV regressief zijn.

Vanuit het oogpunt van systematiek zou het wenselijk kunnen zijn om aan lid 5 van dit artikel een sub-paragraaf toe te voegen teneinde aan te geven dat toevlucht tot "countermeasures" niet is toegestaan of moet worden opgeschort "if the Security Council has taken a binding decision with regard to the dispute".

Art. 54

De CAVV heeft waardering voor het innovatieve karakter van de bepalingen van dit artikel. Dezelfde problematiek die werd gesignaleerd m.b.t. de verhouding tussen art. 46 en 49 doet zich mutatis mutandis hier voor: Welke is de juridische situatie indien de

(rechtstreeks) gelaedeerde Staat afstand heeft gedaan van zijn claim tegenover de aansprakelijke Staat? De CAVV is van oordeel dat in geval van schending door de aansprakelijke Staat van *erga omnes* verplichtingen de rechtstreeks gelaedeerde Staat niet het recht van derde Staten c.q. de internationale gemeenschap als geheel om "countermeasures" te treffen kan frustreren.

De CAVV vraagt zich af of dezelfde dieldeling die de Special Rapporteur heeft aangebracht m.b.t. het invoeren van aansprakelijkheid voor schending van *erga omnes* verplichtingen (zie hierboven ad art. 49), *mutatis mutandis* ook van toepassing is op het treffen van countermeasures tegen een dergelijke schending.

Lid 3 van art. 54 kan naar het oordeel van de CAVV ook geacht worden betrekking te hebben op samenwerking m.b.t. maatregelen in het kader van het collectieve veiligheidsstelsel van de VN. Te denken ware aan maatregelen waartoe de Veiligheidsraad zelf besloten heeft krachtens Hoofdstuk VII alsmede aan maatregelen van Staten waartoe de Veiligheidsraad, eveneens krachtens hoofdstuk VII, autorisatie heeft verleend. Dergelijke maatregelen moeten geacht worden eveneens onderworpen te zijn aan de voorwaarden die in het hoofdstuk over "countermeasures", i.h.b. art. 51, gesteld zijn. Er groeit een opvatting omtrent limitering van de collectieve sancties van de Veiligheidsraad. De VR is evenzeer als Staten gebonden aan normen van dwingend recht en kan ook Staten niet machtigen om dergelijke normen te overtreden. Men kan zich niet van het probleem afmaken door te stellen dat art. 59 van de ontwerp-artikelen als een voorbehoudclausule voor de toepasselijkheid en prevalentie van het VN Handvest fungeert.

De CAVV meent dat de mogelijkheid van het treffen van collectieve "countermeasures" in geval van ernstige schendingen van *erga omnes* verplichtingen (het oorspronkelijk door de Special Rapporteur voorgestelde art. 50 B (zie paragrafen 357 en 369 van het ILC Rapport)) adequaat is weergegeven door de *lex specialis* regel in art. 56. Men denke aan multilaterale sancties in het kader van de VN.

2.4

Deel IV

De CAVV stemt in met de in dit deel opgenomen General Provisions. Echter, in aanvulling op de opgenomen bepalingen dient naar het oordeel van de CAVV tevens een artikel te worden opgenomen om zeker te stellen dat het reflexieve (wederkerende) karakter van de rechtsregels inzake Staatsaansprakelijkheid tot zijn recht komt. Het reflexieve karakter betekent bijv. dat de verschillende onderdelen van het ILC ontwerp ook van toepassing zijn op het operationeel maken van de staatsaansprakelijkheid. Zo kan de aansprakelijke Staat zich in geval van niet-nakoming van de verplichtingen die behoren tot de rechtsgevolgen van de door hem begane schending ook beroepen op "circumstances precluding wrongfulness".

De vraag rijst voorts of ook een artikel naar het voorbeeld van art. 34 (2) in dit deel moet worden toegevoegd om te verzekeren dat de gehele tekst onverlet laat enig recht dat, als gevolg van de internationale aansprakelijkheid van een Staat, toevalt aan een persoon of aan een niet-Statelijke entiteit.

Verwezen zij tenslotte naar hetgeen is opgemerkt m.b.t. art. 33.