

COMMISSIE VAN ADVIES INZAKE VOLKENRECHTELIJKE VRAAGSTUKKEN

Ministerie van Buitenlandse Zaken - Plein 23 - 's-Gravenhage

Aan de Minister van
Buitenlandse Zaken
te

's-Gravenhage.

No 1270

Datum 4 mei 1979

Betreft: Totstandkoming van multilaterale verdragen.

Ter voldoening aan het verzoek vervat in Uw brief van 17 april 1978, no. DIO/HJ-55.274, heb ik de eer U hierbij aan te bieden het Rapport van de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken betreffende het in hoofde dezes genoemde onderwerp.

Ik moge onderstrepen dat het onderhavige advies, gegeven het preliminaire stadium waarin het door de Algemene Vergadering der VN geëntameerde onderzoek zich bevindt, slechts een voorlopig karakter kan hebben. Een van de voorwaarden voor een meer gedegen oordeel is het beschikbaar komen van een rapport waarin een analyse wordt gegeven van de onderhavige in VN-verband gebruikte procedures, een rapport dat, naar ik begrijp, door het Secretariaat der VN momenteel wordt voorbereid.

De Voorzitter,



(Mr. L. Erades)

No. 1271

Totstandkoming multilaterale verdragen

1. Inleiding

Op verzoek van de Minister van Buitenlandse Zaken, gedaan bij brief nr DIO/HJ 55.274 van 17 april 1978 heeft de Adviescommissie zich gedurende enkele vergaderingen bezig gehouden met het door de Algemene Vergadering der Verenigde Naties geëntameerde onderzoek naar het functioneren van de procedures voor het tot stand brengen van multilaterale verdragen onder auspiciën van de VN. Het onderzoek beoogt o.m. het vinden van methodes welke een meer efficiënt gebruik mogelijk maken van de mankracht en energie die regeringen van lidstaten en het Secretariaat ter beschikking staan ten behoeve van het voorbereiden en opstellen van multilaterale verdragen.

Over de bij dit onderzoek gekozen beperkingen kunnen enkele opmerkingen worden gemaakt.

Het onderzoek richt zich in de eerste plaats op de gevolgde procedures en de verbeteringen die in dat opzicht zouden kunnen worden verwezenlijkt. Het behoeft nauwelijks betoog dat een onderzoek naar de oorzaak van de tekortkomingen die zijn gesignaleerd in het proces van totstandkoming van multilaterale verdragen, zich niet uitsluitend kan beperken tot de procedurale aspecten van deze problematiek. Indien nodig zullen bij de onderhavige evaluatie ook andere factoren, veelal liggend in het politieke vlak, in de beschouwingen moeten worden betrokken.

In de tweede plaats wekt het toelichtend memorandum (doc. A/32/143, Annex), m.n. in hoofdstuk A (Purpose of the initiative) de indruk alsof het stadium na afronding van de tekst van een verdrag buiten beschouwing kan blijven. Dit lijkt minder juist, omdat de onvrede over de gang van zaken met betrekking tot het opstellen van multilaterale verdragen mede betrekking heeft op het tempo waarin eenmaal opgestelde verdragen door de lidstaten worden geratificeerd. Overigens moge wat dit aspect betreft verwezen worden naar het daarop betrekking hebbende advies van de Adviescommissie, nr 1096 van 14 september 1973. Bovendien bestaat er een verband tussen het stadium van opstelling en dat van ratificatie van een verdrag in die zin dat problemen die in het eerste stadium niet of onvoldoende zijn opgelost onvermijdelijk leiden tot vertraging in de ratificatie van het verdrag, terwijl omgekeerd de bij implementatie te verwachten problemen een belangrijke rol spelen bij de totstandkoming van een verdrag, en m.n. het tempo daarvan bepalen. Een extra complicatie vormt de verscheidenheid van juridische systemen van de lidstaten, als gevolg waarvan de problemen bij de implementatie van verdragsbepalingen in vrijwel ieder land verschillend zijn. Tenslotte, ook voor deze fase kan, gedeeltelijk, naar verbetering worden gezocht door middel van procedures en methoden die hun neerslag vinden in de verdragstekst (b.v. een "opting-out"-procedure). De Adviescommissie wijst er in dit verband op dat ook Nederland bepaald geen indrukwekkende "record" heeft opgebouwd indien men de met ratificatie van de verschillende verdragen gemoeide tijd beziet.

In de derde plaats is het onderzoek beperkt tot multilaterale verdragen die in VN-verband tot stand worden gebracht. Deze beperking lijkt juist, enerzijds omdat het onderzoek is geëntameerd door de Algemene Vergadering der VN, anderzijds omdat de problemen die zich voordoen bij verdragen die in VN-verband zijn of worden opgesteld, vooral in verband met hun universele karakter, onvergelykbaar groter zijn dan die met betrekking tot in kleiner, m.n. regionaal verband opgestelde verdragen. Niettemin kunnen procedures die binnen andere dan VN- en gespecialiseerde organisaties worden gevolgd, wellicht als vergelijkingsmateriaal dienen.

Gegeven het feit dat in een aantal gevallen de aanvankelijke opzet om een verdrag op te stellen slechts zeer moeizaam of zelfs geheel niet kan worden gerealiseerd (Arbitrageregels ILC, Handvest van Economische Rechten en Plichten van Staten), rijst de vraag of er onderwerpen geïdentificeerd kunnen worden waarvan tevoren vaststaat dat zij zich niet lenen voor regeling in verdragsvorm. Hoewel een dergelijke splitsing voordelen heeft (geen investering van mankracht in regeling van "onhaalbare" onderwerpen), kan betwijfeld worden of iets dergelijks uitvoerbaar is. Bovendien wordt aldus de mogelijkheid geëlimineerd door middel van onderhandelingen en wederzijdse concessies een regeling te treffen die voordien onhaalbaar leek. Het is bovendien verleidelijk om bij dergelijke onderwerpen te denken aan gebieden die nog onontgonnen zijn. Evenwel, juist op die terreinen is soms een regeling eerder haalbaar, omdat daarbij nog geen gevestigde belangen betrokken zijn.

2. Voorbereidende besluitvorming

In VN-verband wordt niet zelden besloten tot het (doen) opstellen van een verdrag op voorstel van een of meer lidstaten, terwijl onvoldoende duidelijkheid bestaat over de daarin vast te leggen hoofdlijnen.

In een later stadium zal veelal blijken dat dit gebrek aan politieke voorbereiding de totstandkoming van een verdragstekst in de weg staat of, indien al een verdrag tot stand komt, dit door slechts een gering aantal landen wordt bekrachtigd.

Er zou dan ook naar gestreefd moeten worden, in alle gevallen waarin het te regelen onderwerp niet onomstreden is, voorafgaand aan het besluit tot opstelling van een verdrag een politieke discussie te houden over de uitgangspunten. Indien een dergelijke discussie zou aantonen dat er onvoldoende "common ground" is voor het opstellen van een verdrag, zou daarvan, althans voorlopig, moeten worden afgezien. Het is niet onwaarschijnlijk dat uit een dergelijke discussie tevens blijkt, dat over bepaalde beginselen wel overeenstemming kan worden bereikt in een minder bindende vorm dan een verdrag. In deze gevallen ontwikkelt zich dan een vorm van "soft law", op basis waarvan doctrine en rechtspraak zich verder kunnen ontwikkelen, terwijl anders een onvruchtbare patstelling was ontstaan, waarbij de verschillende groeperingen zich zouden hebben verschanst achter juridische formuleringen. In feite dient ook deze initiële politieke discussie tijdens het opstellen van het verdrag zelf te worden voortgezet, waarbij ook de vraag aan de orde kan komen of de aan het begin veronderstelde "common ground" nog steeds aanwezig is. Indien deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, zou het werk aan het ontwerpverdrag voorlopig moeten worden gestaakt of zou naar een minder vergaande vorm moeten worden gezocht (aanbeveling). Deze discussie kan ook duidelijk maken welke van de hierna te schetsen procedures bij voorkeur zou moeten worden gevolgd.

3. Opstelling van een ontwerp-tekst

Er laten zich verschillende modaliteiten denken voor de opstelling van een verdragstekst. * De keuze daartussen zal mede worden bepaald door een aantal factoren, die vooral verband houden met de aard van het te regelen onderwerp, zoals de vereiste mate van expertise, de omvang van de daarbij betrokken belangen, het procedurele dan wel materiële karakter en het vernieuwende dan wel het bevestigende karakter.

Al deze modaliteiten gaan uit van de volgende uitgangspunten:

- 1 - Het redigeren van teksten wordt moeilijker naarmate het aantal deelnemende personen groter wordt;
- 2 - Alle geïnteresseerde staten wensen bij de opstelling van ontwerpen te worden betrokken, met dien verstande dat, indien grote belangen in het geding zijn, zij ook opstelling van het eerste voorontwerp niet aan anderen zullen willen overlaten.

Opstelling van een tekst in het eerste stadium kan, al naar gelang het gewicht van de hierboven genoemde factoren, geschieden door een of meer expert-rapporteurs. Aldus aangewezen experts oriënteren zich, hetzij langs schriftelijke weg, hetzij door middel van bezoeken aan diverse hoofdsteden, omtrent de opvattingen en wensen van regeringen.

N.B. Bij opstelling van een ontwerp door een expert-rapporteur valt uiteraard o.m. te denken aan de procedure gevolgd door de ILC, waarbij de tekst van een aan regeringen voor te leggen eerste lezing door de ILG wordt vastgesteld.

In bepaalde gevallen kan het noodzakelijk zijn dat in een groep van regeringsvertegenwoordigers afkomstig uit de verschillende belangengroeperingen (en/of regio's) tevoren de verschillende standpunten terzake naar voren worden gebracht op basis waarvan het secretariaat van de organisatie een eerste voorlopige tekst opstelt.

Na toezending van het eerste ontwerp aan regeringen ten behoeve van commentaar wordt een tekst in tweede lezing opgesteld afhankelijk wederom van de aard van het onderwerp, door een commissie van deskundigen (vgl. ILC-procedure) of door een commissie van regeringsvertegenwoordigers (ad hoc of bestaand), waarin alle belangengroepen zijn vertegenwoordigd. Deze tweede lezing wordt, al dan niet vergezeld van regeringscommentaren, voorgelegd aan een diplomatieke conferentie ter vaststelling van de tekst.

* In dit verband zij gewezen op de door de ILO gevolgde procedures die, althans in het verleden, tot goede resultaten hebben geleid.

In al deze stadia van voorbereiding van een verdragstekst vervult het Secretariaat een belangrijke rol bij het verzamelen van relevant materiaal en bij het inwinnen van opvattingen van regeringen, alsmede bij het in eerste lezing opstellen van teksten. In dit stadium zal veelal nog met alternatieve teksten moeten worden gewerkt. Tenslotte zij in dit verband gewezen op de procedure die is gevolgd door het Internationale Comité van het Rode Kruis bij de opstelling van de beide Aanvullende Protocollen bij de Rode Kruis verdragen van Genève van 1949.

De procedure hield achtereenvolgens in: consultatie van experts, vervolgens van regeringsexperts, gevolgd door een conferentie (onder auspiciën van de Zwitserse regering) van regeringsvertegenwoordigers.

Het hierboven gegeven voorbeeld, toegepast op het opstellen van verdragsteksten in VN-verband, ondersteunt de stelling dat bij de voorbereiding van een verdragstekst, hetzij in de vorm van een rapport, hetzij in de vorm van een ontwerp-tekst, zeer wel niet-gouvernementele organisaties kunnen worden ingeschakeld die een bijzondere kennis van en ervaring met het betrokken ontwerp hebben. Gewezen kan o.m. worden op de tekst van een ontwerp-verdrag inzake foltering dat, opgesteld door de "International Association for Penal Law", door toedoen van de "International Commission of Jurists" is voorgelegd aan de VN-Commissie voor de Rechten van de Mens, tezamen met een Zweeds ontwerp terzake. Voorts kan gewezen worden op de praktijk van intersessionele consultaties die zich heeft ontwikkeld in het kader van de Derde VN-Zeerechtconferentie. Hoewel het nut van deze consultaties in genoemde conferentie nog niet duidelijk vaststaat, vormen zij in beginsel een middel om in beperkte kring knelpunten, waarin wellicht niet alle delegaties evenzeer zijn geïnteresseerd, op te lossen.

Het verdient aanbeveling één zodanige mogelijkheid voor alle potentiële verdragspartners tot het leveren van commentaar te creëren dat een zinvol besluitvormingsproces wordt bevorderd en gegarandeerd ten aanzien van het in studie nemen van een verdrag-ontwerp, de keuzemogelijkheden (politiek en verdragstechnisch) die de regeling van het betreffende onderwerp biedt, alsmede ten aanzien van de uiteindelijke vormgeving. Deze consultatie kan plaatsvinden door middel van beantwoording van enquêtes, commentaar op tekstvoorstellen, bijeenkomsten van regeringsdeskundigen en worden afgesloten tijdens een diplomatieke conferentie. Bij deze consultatie moet in voorkomend geval ook plaats worden ingeruimd voor bij het onderwerp betrokken goevernementele en niet-gouvernementele organisaties. Daarbij zou ook kunnen worden overwogen om reeds in dit stadium middels vooroverleg te komen tot een standpuntbepaling binnen de verschillende betrokken groepen (geografisch of anderszins) van staten.

Het verdient de voorkeur, wanneer eenmaal het besluit tot opstelling van een verdrag is genomen op basis van een discussie over de erin vast te leggen elementen en hoofdlijnen, zo spoedig mogelijk - zonodig alternatieve - tekstvoorstellen te formuleren, opdat het commentaar zich kan concentreren op de formulering en op een keus tussen alternatieven.

Ter voorbereiding van de uiteindelijke besluitvorming in een conferentie van regeringsvertegenwoordigers zouden de instanties belast met de opstelling van een ontwerp-tekst tevens een toelichtend rapport moeten opstellen, waarin zijn vervat een analytisch * overzicht van ontvangen regeringscommentaren alsmede een toelichting van de overwegingen die aan de keuze van een bepaalde formulering ten grondslag hebben gelegen. In sommige gevallen zou het overweging verdienen in dat rapport tevens een overzicht op te nemen van de gevolgen welke de voorgestelde regeling heeft voor de interne wetgeving van de potentiële verdragspartners. Of een dergelijk overzicht van belang is (N.B. de gevolgen voor de interne wetgeving zijn in de onderhandelingsfase in beginsel vooral van belang voor de betrokken staat) zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld.

4. Vaststelling van de verdragstekst

Er bestaat geen vaste maatstaf ter beantwoording van de vraag of een bepaald tekstvoorstel rijp is voor behandeling door een conferentie van regeringsvertegenwoordigers. Wel dient bedacht dat verschillen van opvatting juist tijdens een conferentie zullen moeten worden overbrugd door middel van onderhandelingen waarbij wederzijds concessies worden gedaan. Ter bevordering van een efficiënt verloop van een dergelijke conferentie zou o.m. gedacht kunnen worden aan het volgende.

Aangezien in de voorafgaande stadia ruimschoots gelegenheid is geweest voor discussie over hoofdlijnen en meer of minder gedetailleerd (schriftelijk) commentaar, zou afgezien moeten worden van een algemeen debat. Desnoods zou gedacht kunnen worden aan een algemeen debat waarin slechts plaats is voor woordvoerders namens bepaalde groeperingen.

Vervolgens zou overwogen kunnen worden om ook bij de discussie en onderhandelingen over concrete teksten alleen vertegenwoordigers namens een bepaalde groepering toe te laten (uiteraard zou de opportuniteit daarvan van tevoren moeten worden nagegaan). Hierbij dienen dan wel garanties te worden geschapen voor een bevredigend functioneren van een dergelijke formule. De moeilijkheden op dit punt tijdens de Noord-Zuid-dialoog hebben de noodzaak hiervan genoegzaam aangetoond.

In de praktijk blijken groepsvertegenwoordigers in onderhandelingen te weinig speelruimte te hebben, zodat het onderhandelingsproces stagneert. Daarbij zou m.n. gedacht kunnen worden aan het creëren van kanalen waarlangs de betrokken onderhandelaars hun respectieve "constituencies" over het verloop van de onderhandelingen kunnen informeren en op hun beurt kunnen worden "geïnstrueerd". De daarvoor vereiste infrastructuur (o.m. PV's) dwingt er wel haast toe dergelijke onderhandelingen te laten plaatsvinden in VN-hoofdkwartieren.

* Dit analytisch overzicht zou meer moeten doen dan de ontvangen commentaren systematisch rangschikken. Een dergelijke aanpak zou kunnen worden bevorderd indien de Algemene Vergadering het Secretariaat tot een meer actieve taakopvatting zou aanmoedigen.

Bij de uiteindelijke vaststelling van verdragsteksten wordt in toenemende mate een (gedeeltelijke) consensus-procedure gevolgd. Deze procedure is voor de Derde VN-Zeerechtconferentie zelfs formeel in het huishoudelijk reglement vastgelegd. De procedure heeft het voordeel dat voor sommige deelnemers onaanvaardbare onderdelen er niet zonder meer door een meerderheid bij stemming kunnen worden doorgedrukt, daarmee de aanvaardbaarheid van het verdrag als geheel voor alle deelnemers in gevaar brengend. Anderzijds bergt deze procedure het risico in zich van langdurige onderhandelingen en een poly-interpretabele verdragstekst, waarbij de duidelijkheid wordt opgeofferd aan de wens naar eenstemmigheid. Deze nadelen vormen een overweging om deze procedure alleen toe te passen ten aanzien van verdragen waarbij grote belangen zijn gemoeid en/of in gevallen waarin het van groot belang is dat er een tekst (desnoods een minder duidelijke) tot stand komt. Bij de totstandkoming van verdragen komt overigens aan het consensus-element minder betekenis toe dan bij de opstelling van aanbevelingen. In eerstgenoemde gevallen wordt consensus nl. steeds gevolgd door een uitdrukkelijke wilsverklaring b.v. in de vorm van ondertekening en bekrachtiging. Staten die overwegen partij te worden bij een bepaald verdrag kunnen zich bovendien in beperkte mate van de inhoud ervan distanciëren door middel van toelaatbare reserves.

In regionaal verband (b.v. Raad van Europa) bestaat de gewoonte een tot stand gebracht verdrag te voorzien van een (onverbindende) toelichting. Of een dergelijke formule ook gewenst is voor universele verdragen zal van geval tot geval moeten worden bezien. Een vergezellend commentaar/toelichting kan een nuttige functie vervullen in geval van geschillen over uitleg en toepassing van het verdrag in kwestie. Anderzijds kan een dergelijke toelichting de totstandkoming van een verdrag belemmeren doordat deze de mogelijk gewenste speelruimte in de uitleg beperkt. Deze toelichting zou in ieder geval duidelijk kunnen maken in hoeverre de opvattingen van de lidstaten, zoals blijkt uit het onder 3 genoemde toelichtend rapport, naar elkaar toe zijn gegroeid.

5. Inwerkingtreding

Zoals in de Inleiding reeds opgemerkt, dient men zich reeds in het stadium van de opstelling van een verdrag rekenschap te geven van de problemen die zich bij de implementatie kunnen voordoen. De tenuitvoerlegging van verdragen is in belangrijke mate nog steeds een taak van nationale overheden met alle risico's van dien voor uiteenlopende interpretatie en toepassing. Deze risico's nemen uiteraard af naarmate de eenheid van interpretatie en toepassing zou worden verzekerd door inschakeling van één rechterlijke of arbitrale instantie. Terecht streeft de Nederlandse regering er dan ook naar om tenminste in verdragen, die onder auspiciën van de VN of de gespecialiseerde organisaties tot stand komen een clause op te nemen inzake voorlegging van geschillen over uitleg of toepassing aan het Internationale Gerechtshof. (vgl. VN Doc. A/AC 119/L21 van 15-9-1964) Bij verdragen, waarin zo'n clause is of wordt opgenomen en meer nog bij verdragen, waar dit niet geschiedt, kan bovengenoemd risico voorts worden verminderd door het opnemen van zoveel mogelijk uitgewerkte regelingen, om nationale instanties bij de implementatie zo min mogelijk ongewenste speelruimte te bieden.

Indien een verdrag voor het realiseren van zijn doelstellingen bepaalde middelen voorschrijft (b.v. het strafbaar stellen van bepaald handelen of nalaten) dan dient het die verplichting duidelijk te omschrijven.

In het verband van de inwerkingtreding van verdragen zij tenslotte nog gewezen op de voorstellen die de Adviescommissie heeft geformuleerd in haar in de Inleiding reeds genoemde rapport inzake de verbetering van procedures voor internationale wetgeving. Deze voorstellen lijken ook in het kader van het onderhavige onderwerp relevant, omdat een "review of the multilateral treaty-making process" niet voorbij kan gaan aan het hoofddoel van dit proces. Dat doel is uiteraard niet het zo efficiënt mogelijk tot stand brengen van multilaterale verdragen, maar het creëren van een zo breed mogelijk internationaal rechtsregime.