

No. 1289

Rapport inzake Staatsaansprakelijkheid

Inleiding:

1. Bij brief nr DIO/HJ 69427 van 13 maart 1979 verzocht de Minister van Buitenlandse Zaken de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken om advies terzake van een aantal door de VN-Commissie voor Internationaal Recht (ILC) opgestelde artikelen inzake Staatsaansprakelijkheid.
2. Alvorens in te gaan op de afzonderlijke artikelen merkt de Adviescommissie het volgende op. Een regeling van de aansprakelijkheid van de Staat voor diens onrechtmatige daden is bij de voortgaande ordening van de Statengemeenschap, zoals die blijkt uit de formulering van economische rechten en plichten van Staten en de zich uitbreidende werkingssfeer van het internationale recht, zoals ten aanzien van de zee en de ruimte, van groot belang. Een regeling van de Staatsaansprakelijkheid vormt ook een noodzakelijke aanvulling op de "law of treaties". Om deze reden moet naar een spoedige afronding van dit onderwerp worden gestreefd.
3. De aan de Adviescommissie voorgelegde artikelen 1 tot en met 26 vormen slechts een onderdeel van het ontwerp dat door de ILC zal worden opgesteld. Tijdens de discussies in de Adviescommissie is herhaalde malen gebleken dat een gefundeerd oordeel zowel ten aanzien van de door de ILC gekozen aanpak als ten aanzien van de individuele bepalingen eerst mogelijk zal zijn wanneer het ILC-ontwerp in zijn geheel beschikbaar is. Zowel het onderdeel dat betrekking heeft op de implementatie, waaronder geschillenbeslechting, als het onderdeel waarin inhoud, vorm en mate van aansprakelijkheid worden geregeld, zullen in belangrijke mate de thans voorliggende ontwerp-artikelen nader moeten invullen en aanvullen. Het navolgend commentaar is dan ook opgesteld onder het voorbehoud dat een oordeel over een deel van het ontwerp slechts voorlopig kan zijn. Zulks houdt in dat bij finalisering van het ontwerp in eerste lezing regeringen in staat moeten worden gesteld hun oordeel te geven over het ontwerp als geheel, en niet slechts over de thans resterende bepalingen.

Hoofdstuk I, Algemene Beginselen

4. Met de algemene beginselen die de ILC als grondslag voor het ontwerp heeft gekozen, kan worden ingestemd. Met betrekking tot de volgorde van de artikelen komt het logischer voor het ontwerp te laten aanvangen met een artikel (overeenkomstig het huidige artikel 3) waarin wordt vastgesteld aan welke voorwaarden een handelen of nalaten in ieder geval moet voldoen alvorens, in de zin van dit ontwerp, als onrechtmatige daad te kunnen worden gekwalificeerd.
Eerst daarna kan (conform het huidige artikel 1) de consequentie van een "door" de Staat gepleegde onrechtmatige daad worden vastgesteld, te weten de aansprakelijkheid van de Staat. Door een dergelijke volgorde wordt tevens duidelijk dat het begrip "act" zowel "action" als "omission" omvat.
5. Met de door de ILC gekozen benadering om schade niet als constitutief element op te nemen kan eveneens worden ingestemd. Zulks volgt immers uit de systematiek van het ontwerp: het schadevereiste hoort thuis in de sfeer van de primaire norm. Ook los van systematische overwegingen is deze benadering juist: een Staat kan een legitiem belang hebben bij naleving van de in het concrete geval geschonden internationale verplichting, ook al lijdt hij geen schade.
Ook in de verdere uitwerking en met name ten aanzien van de consequenties welke een gelaedeerde aan een onrechtmatige daad mag verbinden, dient dit uitgangspunt te worden vastgehouden. Het element schade zou ook niet op indirecte wijze, bijvoorbeeld als een algemeen ontvankelijkheidsvereiste, in het ontwerp moeten worden opgenomen.
Overigens zij erop gewezen dat weglating van het schade-element de aanzet vormt voor de erkenning, vervat in ontwerp-artikel 19, dat schending van een op de Staat rustende verplichting de belangen van de Statengemeenschap als geheel kan raken.
6. Artikel 2 is uit oogpunt van de "progressive development of international law" een waardevol element van het ontwerp, al staat vast dat het eerst praktische betekenis zal krijgen, indien Staten bereid zijn zich aan het oordeel van een boven hen staande instantie te onderwerpen.
Redactioneel (en wellicht ook inhoudelijk) zou de volgende wijziging een verbetering zijn: "Every State is subject to the possibility of being held responsible for having committed an internationally wrongful act."

Hoofdstuk II, "act of the State" krachtens internationaal recht

7. De ILC heeft voor dit hoofdstuk inzake de toerekening van bepaald gedrag aan de Staat gekozen voor het uitgangspunt dat gedrag van particulieren niet aan de Staat kan worden toegerekend. Met dit uitgangspunt kan worden ingestemd. Daaruit vloeit echter wel voort dat het begrip Staatsorgaan ruim moet worden opgevat, in de betekenis van elke persoon (of groep van personen) die de jure (en onder bepaalde omstandigheden ook de facto) optreedt namens de Staat. Indien met name artikel 8 in deze zin kan worden opgevat, behoeft het ontbreken van een definitie van het begrip Staatsorgaan geen problemen op te roepen.
8. Het is de Adviescommissie niet geheel duidelijk in welke zin de gevallen bedoeld respectievelijk in artikel 8 a) en b) zich van elkaar onderscheiden. Lid a) kan naar het voorkomt zonder bezwaar vervallen, indien tevens in lid b) de term "in the absence of the official authorities" vervalt.
9. Artikel 10 stelt vast dat overschrijding van bevoegdheid of handelen in strijd met instructies toerekening van gedrag aan de Staat niet verhindert.
Naar het voorkomt is deze regel niet alleen van toepassing op de genoemde (aan artt. 5 en 7 ontleende) organen, maar ook op het orgaan bedoeld in artikel 9.
10. Naar aanleiding van artikel 11 lid 2 is de vraag gerezen of de Staat, die voor wat betreft aan particulieren toe te rekenen onrechtmatige daden aansprakelijk gesteld kan worden voor een redelijke mate van preventie, ook aansprakelijk is voor voorzienbare onrechtmatige gevolgen van op zichzelf niet onrechtmatig handelen. Deze vraag is gerezen in het kader van een discussie over de vraag of aan de Staat ook toegerekend kan worden onrechtmatig handelen van particulieren, indien dat handelen een gevolg is van zijn eigen daden. Daargelaten dat een en ander niet zou stroken met de systematiek van het ontwerp, wordt een dergelijke aansprakelijkheid door de Adviescommissie in meerderheid afgewezen, omdat zulks waarschijnlijk zal meebrengen dat de greep van de overheid op de burgers versterkt wordt.

Hoofdstuk III, De schending van een internationale verplichting

11. Het ontwerp kent als hoofdregel dat de onrechtmatigheid van een handelen of nalaten moet worden beoordeeld aan de hand van de rechtsregel(s) die geldt (gelden) op het moment van dat handelen of nalaten zelf. Artikel 18 werkt deze regel voor een aantal gevallen nader uit. Dit uitgangspunt kan worden onderschreven. De rechtszekerheid eist dat een bepaald gedrag niet door toepassing van een latere regel als onrechtmatig kan worden beschouwd. Voor de omgekeerde situatie creëert de ILC in artikel 18, lid 2 een uitzondering. Met de daaraan ten grondslag liggende gedachte kan worden ingestemd. De vraag kan echter gesteld worden of een dergelijk artikel, zo het al thuishoort in een regeling die zich tot secundaire normen beperkt, niet meer op zijn plaats is in het onderdeel dat handelt over de omstandigheden die onrechtmatigheid uitsluiten. Een bezwaar tegen de huidige redactie van het tweede lid is dat het onvoldoende uit laat komen dat het de (primaire) norm van dwingend recht zelf is die bepaalt welk effect daaraan toekomt: hetzij terugwerkende kracht, hetzij een onmiddellijk effect.
12. Van de thans voorliggende artikelen vormt artikel 19 zonder twijfel het meest fundamentele. Het artikel vormt een zeer belangwekkende poging een onderscheid aan te brengen tussen misdrijven en overtredingen. Bij de beoordeling ervan vormt echter het vooralsnog ontbreken van een nadere uitwerking van dit onderscheid een ernstig gemis.
Zowel ten aanzien van de zin van dit onderscheid als ten aanzien van de opsomming in artikel 19, lid 3 a, b, c en d van internationale misdrijven behoudt de Commissie zich haar oordeel voor totdat bekend is welke consequenties door de ILC aan dit onderscheid worden verbonden.
Overigens is het wel opmerkelijk dat in het artikel elk aanknopingspunt ontbreekt om te differentiëren tussen de verschillende misdrijven onderling ten aanzien van de juridische consequenties. Gelet op de in het VN-Handvest omschreven consequenties van het misdrijf agressie (zelfverdediging, dwangactie Veiligheidsraad) is er aanleiding om een en ander nader te bezien in verband met de nog op te stellen hoofdstukken 2 en 3.
13. Tussen de regel van artikel 21 lid 1 en die van artikel 23 bestaat naar het voorkomt slechts verschil t.a.v. de omschrijving van de inhoud van de primaire norm, te weten het bereiken van een wel omschreven resultaat respectievelijk het voorkomen van een bepaalde gebeurtenis. Dit verschil lijkt onvoldoende om een afzonderlijke behandeling, die in de huidige formulering benadrukt wordt door de plaatsing van artikel 22, te rechtvaardigen.

14. De ILC heeft in verband met artikel 22 uitdrukkelijk de vraag aan de orde gesteld of het stellen van de eis van uitputting van lokale rechtsmiddelen al dan niet beperkt zou moeten worden tot die gevallen waarin de aan de Staat verweten niet-nakoming van een internationale verplichting zich heeft afgespeeld binnen de rechtsmacht van die Staat.

De Adviescommissie is in meerderheid de opvatting toegedaan dat deze vraag bevestigend (en dus in beperkte zin) moet worden beantwoord en wel om de volgende redenen. Toepassing van de "local remedies" regel zal niet zelden het beoogde resultaat, te weten gedrag van de Staat in overeenstemming brengen met diens internationale verplichtingen, niet naderbij brengen, omdat de nationale rechter vaak niet bevoegd is het gedrag van de Staat te toetsen aan diens internationale verplichtingen. Anderzijds is de ratio voor het stellen van de eis van uitputting van de lokale rechtsmiddelen nu juist dat de vreemdeling zich begeeft binnen de rechtsmacht van een derde Staat. Het is dan ook niet juist om, wanneer de Staat buiten zijn rechtsmacht is opgetreden, van de vreemdeling, ten opzichte van wie deze Staat zijn internationale verplichtingen heeft geschonden, te eisen dat deze eerst de nationaal voorgeschreven procedure doorloopt, alvorens kan worden vastgesteld dat er sprake is van schending van een internationale verplichting.

4-