

Handboek Internationaal Recht

Redactie

Nathalie Horbach
René Lefeber
Olivier Ribbelink

Hieronder treft u aan hoofdstuk 10 uit het *Handboek Internationaal Recht*:

Staatsaansprakelijkheid

Nathalie Horbach en René Lefeber

Voor de publicatie op de Asser website van de afzonderlijke hoofdstukken van het handboek is in 2014 toestemming verleend door de auteurs en de uitgever, T.M.C. Asser Press.

Dit boek biedt een bundeling van het merendeel van de in Nederland aanwezige specialismen op internationaalrechtelijk gebied bijgewerkt tot het jaar van publicatie 2007.

Het *Handboek Internationaal Recht* is een initiatief van het T.M.C. Asser Instituut te Den Haag en werd mede mogelijk gemaakt door een subsidie van het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatie Centrum van het Ministerie van Justitie. Voor de ontstaansgeschiedenis van het boek wordt verwezen naar het als aparte PDF bijgevoegde Voorwoord van de redacteurs.

Hoofdstuk 10

STAATSAANSPRAKELIJKHEID

Nathalie Horbach en René Lefeber

Dr. N.L.J.T. Horbach is universitair hoofddocent van het Nuclear Law & Policy Programme bij het Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy van de Universiteit van Dundee, Schotland, en internationaal juridisch adviseur op het gebied van milieu- en kernenergierecht; Dr. R. Lefeber is senior jurist bij de afdeling Internationaal Recht van het ministerie van Buitenlandse Zaken van het Koninkrijk der Nederlanden. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven en vertegenwoordigt niet noodzakelijkerwijs de opvattingen van het Koninkrijk der Nederlanden.

1.	Inleiding.....	2
2.	Het ontstaan van staatsaansprakelijkheid	4
2.1	Inbreuk op een internationale verplichting	5
2.2	Toerekenbaarheid.....	8
2.3	Rechtvaardigingsgronden voor onrechtmatig gedrag	14
2.3.1	Toestemming	14
2.3.2	Tegenmaatregelen	15
2.3.3	Overmacht	15
2.3.4	Nood	15
2.3.5	Noodzaak.....	16
2.3.6	Zelfverdediging	17
2.3.7	Naleven van normen van dwingend internationaal recht	18
2.3.8	Gevolgen van een beroep op een rechtvaardigingsgrond.....	18
3.	De rechtsgevolgen van staatsaansprakelijkheid	19
3.1	De inhoudelijke rechtsgevolgen van staatsaansprakelijkheid	19
3.1.1	Het herstel van de rechtsbetrekking.....	19
3.1.1.1	De beëindiging van een internationale onrechtmatige daad.....	20
3.1.1.2	Verzekeringen van en garanties voor niet-herhaling van een internationale onrechtmatige daad.....	21
3.1.2	Het herstel van de inbreuk op de rechtsbetrekking	22
3.1.2.1	Herstel in oude toestand	24

3.1.2.2	Schadevergoeding.....	26
3.1.2.3	Genoegdoening.....	27
3.1.3	Additionele rechtsgevolgen in het geval van een ernstige inbreuk op de internationale rechtsorde.....	28
3.2	De implementatie van staatsaansprakelijkheid	29
3.2.1	Het stellen van staatsaansprakelijkheid	30
3.2.2	Het nemen van tegenmaatregelen	32
4.	Schadevergoeding zonder een internationale onrechtmatige daad.....	34

1. INLEIDING

In het volkenrecht kan een staat door een andere staat aansprakelijk worden gesteld. In het algemeen wordt aansprakelijkheid gegenereerd door een internationale onrechtmatige daad, *i.e.* een schending van een verplichting jegens een andere staat die tevens toerekenbaar is aan de staat die de verplichting schendt. Indien deze schending een inbreuk van een algemeen rechtsbeginsel of een regel van gewoonterecht betreft, spreekt men van een delictuele aansprakelijkheid. Vindt er een inbreuk plaats op een verdragsrechtelijke verplichting van een staat, dan ontstaat er een conventionele aansprakelijkheid. Tevens kan er sprake zijn van een contractuele aansprakelijkheid, indien de staat handelt in strijd met een verplichting van een contract dat is gesloten met private rechtspersonen. In hoeverre deze laatste vorm van aansprakelijkheid door internationaal dan wel nationaal recht wordt geregeld, en in hoeverre een staat zijn soevereiniteit kan invoeren om een dergelijke aansprakelijkheid af te wenden, is in principe afhankelijk van de specifieke contractbepalingen. Dit betreft evenwel geen schending van een internationale verplichting en valt daarom buiten het staatsaansprakelijkheidsrecht. Verder is het van belang te weten dat ten aanzien van de regels betreffende staatsaansprakelijkheid men spreekt over 'secundaire normen', *i.e.* de regels die van toepassing zijn als gevolg van een schending van 'primaire normen'. Primaire normen zijn de regels die staten verplichten tot een bepaald gedrag waarvan de schending kan leiden tot staatsaansprakelijkheid.

Staatsaansprakelijkheid als concept en term werd oorspronkelijk slechts gebruikt in verband met schade toegebracht aan vreemdelingen op het grondgebied van een staat. Het was van origine grotendeels gerelateerd aan de rechten en verplichtingen van staten op het gebied van diplomatieke bescherming, hoewel ook elementen als toerekenbaarheid en eventuele rechtsgevolgen van staatsaansprakelijkheid hieronder vielen. Dit traditionele staatsaansprakelijkheidsbegrip is dan ook terug te vinden in de allereerste pogingen begin twintigste eeuw tot codificatie en specificatie van de regels betreffende staatsaansprakelijkheid binnen de Volkenbond, maar ook binnen

enkele onafhankelijke instituten.¹ Pas veel later, toen het onderwerp op de agenda van de VN-Commissie voor internationaal recht (International Law Commission, ILC) (hierna: Commissie) werd gezet, is het traditionele begrip van staatsaansprakelijkheid verder verruimd en gespecificeerd in overeenstemming met meer recente ontwikkelingen binnen het internationale recht.

De Commissie heeft sinds 1954 de taak om de internationale regels over de aansprakelijkheid van staten voor onrechtmatig gedrag te codificeren en verder te ontwikkelen. De Commissie rapporteerde jaarlijks aan de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (VN) over de voortgang in deze. Na 47 jaar, meer dan dertig rapporten, en intensief onderzoek door vijf speciale rapporteurs, waaronder een Nederlander (Willem Riphagen), kon de Commissie uiteindelijk in 2001 haar werk op het terrein van de staatsaansprakelijkheid voltooien en is overeenstemming over de ontwerp-artikelen en het commentaar daarop bereikt.² De specifieke regels betreffende de bescherming van vreemdelingen (bijv. recht op eerlijk proces) zijn met de ontwikkeling van het gewoonterecht en de latere codificatie daarvan in internationale verdragen op het gebied van de rechten van de mens uiteindelijk binnen die context behandeld en grotendeels komen te vervallen binnen het staatsaansprakelijkheidsrecht.³

Op 12 december 2001 werden de Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts door de Algemene Vergadering van de VN ter kennisgeving aangenomen.⁴ Het eerste deel van de artikelen bevat de voorwaarden voor het ontstaan van aansprakelijkheid van staten voor een internationaal onrechtmatige daad (zie par. 2), terwijl het tweede deel zich toelegt op de inhoudelijke rechtsgevolgen van die aansprakelijkheid (zie 3.1). Het derde deel zet vervolgens uiteen welke staat of staten mogen reageren op een internationale onrechtmatige daad en specificeert de manier waarop ze dat kunnen doen (zie 3.2). Het laatste en vierde deel bevat algemene beginselen die op alle regels betreffende staatsaansprakelijkheid van toepassing zijn (zie 2.3). Algemeen wordt aangenomen dat de artikelen grotendeels het internationale gewoonterecht weerspiegelen. Ten aanzien van de inhoudelijke rechtsgevolgen geldt dit in mindere mate voor de bepalingen die betrekking hebben op ernstige schendingen van dwingend internationaal recht (zie 3.1.3). Voor de wijze waarop de aansprakelijkheid kan worden geïmplementeerd geldt dit in mindere mate voor de bepalingen die betrekking hebben op een staat die niet opkomt voor een individueel belang, maar voor een algemeen belang van een groep staten waarvan die staat deel uitmaakt of van de internationale gemeenschap als geheel (zie 3.2.1).

1. Voor een overzicht van de oorsprong van staatsaansprakelijkheid, zie het eerste rapport over staatsaansprakelijkheid, VN Doc. A/CN.4/96 (1956), p. 173-231.

2. Voor de ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, 2001, zie VN Doc. A/56/10 (2001), p. 29-365.

3. Voor een overzicht van de rapporten inzake staatsaansprakelijkheid van de verschillende rapporteurs, zie VN Doc. A/56/10 (2001), p. 29-32.

4. Zie VN Doc. A/RES/56/83 (2002), par. 3 en Annex.

In 2001 heeft de Algemene Vergadering van de VN de mogelijkheid opengelaten om de artikelen later in een verdrag vast te leggen.⁵ In deze tussenliggende fase zou de Commissie dan tevens kunnen bezien of, en zo ja welke, regels op het gebied van geschillenbeslechting zouden kunnen worden opgenomen in een eventueel verdrag.⁶ Op voorstel van de Commissie prefereerde de Algemene Vergadering deze twee-traps benadering, aangezien het onder andere meer flexibiliteit liet en een verdere juridische ontwikkeling niet in de weg zou staan. Tegelijkertijd zou het risico van een eventueel falen om tot een verdrag te komen, wat mogelijkterwijs een 'decodificerende' werking zou hebben, kunnen worden vermeden. De vraag of de artikelen al dan niet moeten worden omgezet in een verdrag is opnieuw besproken in de Algemene Vergadering in 2004, maar dat heeft niet tot andere inzichten geleid.⁷

Nederland was (en is) vooralsnog van mening dat de ontwerp-artikelen niet in een verdragsvorm zouden moeten worden gegoten. Met verschillende andere staten was Nederland van mening dat het effectiever en realistischer zou zijn om de toepassing van de artikelen over te laten aan internationale tribunalen, statenpraktijk en doctrine. Dit had in de visie van Nederland het voordeel dat de artikelen op die manier hun gewoonterechtelijke waarde zouden behouden dan wel verkrijgen. Nederland was wel voorstander van een resolutie van de Algemene Vergadering van de VN, waarmee de artikelen ter kennisgeving zouden worden aangenomen, omdat een dergelijke resolutie namelijk ofwel een codificerende werking kan hebben, ofwel als bewijs voor statenpraktijk kan gelden. Een verdrag, daarentegen, zou ratificatie vereisen en de mogelijkheid openlaten voor staten om de normen als niet-bindend te accepteren, wat niet in overeenstemming zou zijn met het algemeen aanvaarde gewoonterechtelijke karakter van de in de artikelen verwoorde beginselen.⁸

2. HET ONTSTAAN VAN STAATSAANSPRAKELIJKHEID

In artikel 1 is vastgelegd dat elke internationale onrechtmatige daad van een staat de internationale aansprakelijkheid van de staat tot gevolg heeft: 'Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State.' Dit basisprincipe is gebaseerd op statenpraktijk en jurisprudentie.⁹ De definitie is zo opgesteld dat het niet elke aansprakelijkheid voor zogenoemde 'rechtmatige daden' uit zal slui-

5. Ibid., par. 3.

6. Zie VN Doc. A/CN.4/SR.2675 (2001), p. 18-19.

7. Zie VN Doc. A/RES/59/35 (2004).

8. Zie commentaar van Nederland, VN Doc. A/CN.4/515 (2001), p. 19-20.

9. Zoals bevestigd in o.a. *S.S. 'Wimbledon'* (France et al. v. Germany), 1923, *PCIJ, Series A*, No. 1, p. 15; *Factory at Chorzów (Claim for Indemnity)* (Germany v. Poland), Jurisdiction, 1927, *PCIJ, Series A*, No. 9, p. 21; en *ibid.*, Merits, 1928, *PCIJ, Series A*, No. 17, p. 29; *Phosphates in Morocco* (Italy v. France), Preliminary Objections, 1938, *PCIJ, Series A/B*, No. 74, p. 28; *Corfu Channel* (United Kingdom v. Albania), Merits, *ICJ Rep.* 1949, p. 23; en *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, *ICJ Rep.* 1949, p. 184.

ten. Om een internationale onrechtmatige daad vast te stellen zijn twee elementen noodzakelijk:

- a. een gedraging (een daad of een nalaten/verzuim) van de staat moet een inbreuk maken op een volkenrechtelijke verplichting van die staat (objectieve element);
- b. deze inbreuk moet de staat kunnen worden toegerekend (subjectieve element).

Het schadevereiste vormt dus geen constitutief element van een onrechtmatige daad, maar is afhankelijk van de primaire norm die wel of niet de aanwezigheid van enig toegebracht nadeel kan vereisen om een inbreuk op die regel te kunnen constateren.¹⁰ De aansprakelijkheid van de staat resulteert in een nieuwe internationale rechtsbetrekking ten opzichte van de benadeelde staat.¹¹ Deze rechtsbetrekking hoeft niet louter bilateraal te zijn. Sommige onrechtmatige daden kunnen tevens leiden tot de aansprakelijkheid van een staat ten opzichte van meerdere staten of de internationale gemeenschap in haar geheel.

2.1 Inbreuk op een internationale verplichting

Een inbreuk op een internationale verplichting doet zich voor wanneer een staat een verdragsrechtelijke verplichting schendt, of inbreuk maakt op een regel van internationaal gewoonterecht of een algemeen rechtsbeginsel. Artikel 12 luidt overeenkomstig:

‘There is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character.’

De oorsprong van de verplichting, hetzij verdragsrechtelijk, gewoonterechtelijk of anderszins, is dus irrelevant voor het ontstaan van de aansprakelijkheid van een staat voor een internationale onrechtmatige daad. Echter, de vaststelling van een conventionele aansprakelijkheid is doorgaans eenvoudiger omdat de verplichtingen duidelijk zijn uiteengezet in het desbetreffende verdrag en de staat door ratificatie deze verplichtingen expliciet heeft aanvaard.¹² Ten aanzien van gewoonterecht of een algemeen rechtsbeginsel is dat moeilijker vast te stellen, omdat deze normen vaak inhoudelijk minder precies zijn gedefinieerd en het daarom lastiger is te bepalen in welke mate een dergelijke regel verbindend is voor de desbetreffende staat.

10. Zie commentaar van Nederland op deel I van de ontwerpartikelen inzake staatsaansprakelijkheid, zoals aanvaard door de ILC in eerste lezing in 1980, VN Doc. A/CN.4/328/Add.4 (1980), p. 10-12, par. 4.

11. Zie W. Wengler, *Völkerrecht*, vol. 1, 1964, p. 499; G.I. Tunkin, *Teoria mezhdunarodnogo prava*, 1970, p. 470; E. Jiménez de Aréchaga, ‘International responsibility’, in M. Sørensen (red.), *Manual of Public International Law*, 1968, p. 533. Zie ook par. 3.

12. Zie *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, Second Phase, Advisory Opinion, *ICJ Rep.* 1950, p. 228.

Een handeling die inbreuk maakt op een internationale verplichting leidt tot een internationale onrechtmatige daad ongeacht of dat als onrechtmatig kan worden bestempeld onder nationaal recht (art. 3). Omgekeerd geldt ook dat er geen sprake van een internationale onrechtmatige daad indien een handeling van een staat niet strijdig is met een internationale verplichting, zelfs al is deze strijdig met een regel van nationaal recht. Dit betekent eveneens dat een staat zich niet kan beroepen op het feit dat haar handelen conform de regels van haar nationaal recht was om de onrechtmatigheid van het gedrag onder internationaal recht te betwisten. Zo heeft het Permanente Hof van Internationale Justitie (Permanent Court of International Justice, PCIJ) in de *S.S. 'Wimbledon'* zaak het argument van de Duitse regering, die de doorvaart van een schip door het Kielerkanaal weigerde omdat dat een schending van een Duitse neutraliteitsverordening zou zijn, expliciet afgewezen, omdat een dergelijke weigering in strijd was met een internationale verplichting voor Duitsland onder het Verdrag van Versailles.¹³ Dit beginsel gaat zelfs op als het een internationale verplichting betreft die een staat verplicht om in overeenstemming met de regels van nationaal recht te handelen, zoals de verplichting om vreemdelingen dezelfde behandeling te geven als eigen onderdanen.

Of en wanneer er sprake is van een schending van een internationale verplichting is afhankelijk van de exacte inhoud, de interpretatie en de strekking van die verplichting, met inachtneming van de omstandigheden van het geval. Het is verder van belang om na te gaan of er enige uitzonderingen of rechtvaardigingsgronden zijn. In principe is er sprake van een schending als gedrag van een staat niet overeenkomt met het handelen of nalaten zoals een internationale verplichting van die staat vereist, zelfs als dat slechts gedeeltelijk niet conform die verplichting is. De oorsprong of het karakter van de verplichting is niet van belang. Zo bevestigde het Internationaal Gerechtshof (International Court of Justice, ICJ) in de *Gabčíkovo-Nagymaros* zaak die betrekking heeft op het gebruik van het water van de Donau door Hongarije en Slowakije dat: 'it is well established, when a State has committed an internationally wrongful act, its international responsibility is likely to be involved whatever the nature of the obligation it has failed to respect.'¹⁴ Er bestaat dus in het internationaal recht geen verschil tussen een contractuele of delictuele aansprakelijkheid, *i.e.* aansprakelijkheid *ex contractu* of *ex delicto*, zoals bevestigd in de *Tweede Rainbow Warrior* zaak: 'in the international law field there is no distinction between contractual and tortuous responsibility.'¹⁵

Tevens kan van een inbreuk op een internationale verplichting slechts dan sprake zijn, indien deze verplichting ook daadwerkelijk van kracht en bindend was voor de

13. *S.S. 'Wimbledon'*, *supra* n. 9, p. 29-30; Versailles Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Germany 1919, *Stb.* 1923, 456.

14. Zie *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), *ICJ Rep.* 1997, p. 38, par. 47.

15. Zie *Difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair* (New Zealand/France), *RIAA* (20) p. 217, par. 75 (hierna: *Rainbow Warrior II*).

staat ten tijde van de schending daarvan (art. 13). Dit is duidelijk uiteengezet in de *Island of Palmas* zaak van 4 april 1928 tussen Nederland en de Verenigde Staten, waarin werd gesteld:

'Both Parties also agreed that a juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or fails to be settled.'¹⁶

Een uitzondering hierop vormt de situatie waarin het gedrag van een staat een verplichting schendt, welke vervolgens dwingend internationaal recht is geworden (*ius cogens*).¹⁷ Het gedrag moet derhalve niet alleen rechtmatig, maar tevens verplicht zijn, overigens zonder dat dit terugwerkende kracht *ab initio* heeft. De uitzondering geldt slechts vanaf het moment dat de nieuwe regel van *ius cogens* van kracht is geworden. Indien dergelijk strijdig gedrag een continuerend karakter heeft, dan beperkt de schending zich tot de periode gedurende welke het gedrag voortduurt terwijl de verplichting voor die staat van kracht is. Dit geldt tevens voor een schending die bestaat uit een serie van strijdige gedragingen met betrekking tot afzonderlijke incidenten, of voor gedragingen van dezelfde of verschillende staatsorganen ten aanzien van hetzelfde incident. In dit laatste geval, wordt een schending geacht te beginnen met een handeling of nalaten gedurende de periode dat de verplichting van kracht is voor de staat, zelfs indien dat gedrag na die periode is beëindigd. Deze vorm van schending doet zich bijvoorbeeld vaak voor inzake normen die de staat verplichten een bepaald resultaat te realiseren, welke door verschillende elkaar aanvullende gedragingen van staatsorganen onmogelijk is gemaakt (art. 15).

De tijdsduur van een schending varieert al naar gelang het continuerende karakter van de verplichting. Een verplichting die niet een zodanig karakter heeft, zal worden geschonden op het moment dat de handeling of het nalaten geschiedt, zelfs als de gevolgen daarna nog voortduren. Echter, betreft het een verplichting van een voortdurend karakter, dan zal de schending zich uitstrekken tot de gehele periode dat de handeling of het nalaten niet in overeenstemming is met de internationale verplichting. Zo ook zal ten aanzien van een schending van een verplichting om een bepaalde situatie te voorkomen, een schending geëffectueerd worden op het moment dat die situatie zich wel voordoet en zolang die situatie blijft voortbestaan (art. 14). Dit betreft vaak een zorgplicht, zoals bijvoorbeeld de verplichting om geen grensoverschrijdende milieuschade te veroorzaken door luchtvervuiling, hetgeen onderwerp van geschil was in de beroemde *Trail Smelter* zaak. Hier oordeelde het arbitragetribunaal dat deze verplichting geschonden was door Canada gedurende de tijd dat schadelijke stoffen uitgestoten op haar grondgebied luchtvervuiling bleven veroorzaken in de

16. Zie verklaring van arbiter Max Huber, *Island of Palmas* (United States/Netherlands), *RIAA* (2) p. 845.

17. Over *ius cogens*, zie hfdst 4.

Verenigde Staten.¹⁸ De tijdsduur van de verplichting en schending is ook relevant voor de gevolgen van staatsaansprakelijkheid (zie 3.1.2).

Verder moet er een onderscheid gemaakt worden tussen voorbereidend gedrag, wat (nog) niet leidt tot een schending van een verplichting, en het daadwerkelijke begaan van een onrechtmatige daad, de feitelijke schending. In de *Gabčíkovo-Nagymaros* zaak stelde het Internationaal Gerechtshof dat zolang er niet feitelijk en eenzijdig een dam was gebouwd ter uitvoering van het al eerder bestaande plan daartoe, er nog geen sprake kon zijn van een eventuele schending van een verplichting:

‘A wrongful act or offence is frequently preceded by preparatory actions which are not to be confused with the act or offence itself. It is as well to distinguish between the actual commission of a wrongful act (whether instantaneous or continuous) and the conduct prior to that act which is of a preparatory character and which does not qualify as a wrongful act.’¹⁹

2.2 Toerekenbaarheid

Een staat kan aansprakelijk worden gesteld voor handelingen van zijn organen, indien deze een internationale verplichting schenden. Met organen bedoelt men in eerste instantie alle organen die officiële staatshandelingen uitvoeren. Aangemerkt als staatsorgaan worden organen die behoren tot de uitvoerende, wetgevende, rechterlijke of andere (bestuurs)macht, ongeacht of zijn functies een internationaal of intern karakter dragen en ongeacht of dit orgaan een superieure of een ondergeschikte positie binnen de organisatie van de staat heeft (art. 4). Dit kunnen dus daden zijn van de laagste beambten, maar tevens van de hoogste gezagsdragers, het staatshoofd, de regering, het parlement of de rechterlijke macht. In principe wordt het gedrag van elk staatsorgaan dat een dergelijke status volgens het nationale recht bezit, beschouwd als een handeling van de staat in het internationale recht, indien dat orgaan als zodanig in die functie heeft gehandeld.

Het is niet van belang voor de toerekenbaarheid dat het gedrag van een staatsorgaan als ‘commercieel’ of als *acta iure gestionis* aangemerkt kan worden.²⁰ Hoewel contractbreuk door een staat als zodanig niet een inbreuk op een internationale verplichting is, zal dat in combinatie met andere elementen wel het geval zijn, zoals het weigeren van rechtsgang door de rechtbank van een staat in een procedure die als gevolg daarvan is aangespannen door de contractuele wederpartij (‘denial of justice’).

Het is in principe niet mogelijk dat het nationale recht, of de mate van interne ordening van verschillende staatsorganen met afzonderlijk rechtspersoonlijkheid onder

18. *Trail Smelter* (United States/Canada), *RIAA* (3) p. 1938, 1941.

19. *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, *supra* n. 14, par. 79.

20. Voor discussie over en bevestiging van de irrelevantie van een classificatie van daden van staatsorganen als *iure imperii* of *iure gestionis* in het Zesde Comité van de Algemene Vergadering, zie VN Doc. A/53/10 (1998), par. 35. Zie echter R. Lefeber, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, 1996, p. 56-60.

nationaal recht, een beperking kan aanbrengen op de reikwijdte van overheidshandelingen welke onder het internationale recht worden toegerekend aan de staat. In dit verband heeft Nederland opgemerkt dat het begrip 'governmental authority' onmogelijk duidelijk kan worden afgebakend in het internationale recht, omdat de inhoud van dit begrip verschilt in plaats en tijd en tevens afhankelijk is van het nationale recht. Hier werd als voorbeeld verwezen naar de rol van staatsondernemingen en de tendens tot privatisering.²¹ Dit betekent echter niet dat *alle* handelingen van staatsorganen *a priori* als een handeling van de staat onder het internationale recht worden beschouwd. Omdat organen nu eenmaal uit individuen bestaan die tevens in staat zijn om op eigen initiatief en verantwoordelijkheid te handelen, is het noodzakelijk om in ieder afzonderlijk geval na te gaan of deze individuen ook daadwerkelijk als staatsorgaan hebben gehandeld.

Zelfs het gedrag van andere entiteiten of personen die als zodanig gemachtigd zijn om met enig overheidsgezag te handelen, en in het desbetreffende geval ook in die hoedanigheid gehandeld hebben, kunnen worden toegerekend aan de staat (art. 5). Dit is bijvoorbeeld van toepassing op semi-overheidsinstanties, die bepaalde overheidstaken uitoefenen in de plaats van staatsorganen, voormalige staatsbedrijven die geprivatiseerd zijn maar nog wel publieke of regulerende functies vervullen of zelfs private organen of bedrijven die bij wet bevoegd zijn om bepaalde taken van publieke aard uit te oefenen. De toekenning van handelingen aan de staat geldt alleen in zoverre het die overheidstaken betreft, niet de overige activiteiten.

Binnen het Nederlands staatsrecht wordt het begrip 'overheid' ruim gedefinieerd. Hieronder worden begrepen alle natuurlijke personen of rechtspersonen aan wie publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend (met inbegrip van uitvoerende, wetgevende en rechterlijke macht), en van andere landen van het Koninkrijk. Dit behelst dus de centrale overheid, *i.e.* de regering en haar ministers, en de decentrale overheid, *i.e.* de provincies, gemeenten, waterschappen en andere territoriaal gedecentraliseerde overheden, de openbare lichamen voor beroep en bedrijf en andere openbare lichamen, als bedoeld in artikel 134 Grondwet, zoals publiekrechtelijke bedrijfsorganen (PBO's), en ten slotte, de niet onder dat artikel vallende andere zelfstandige bestuursorganen (zbo's ofwel functioneel gedecentraliseerde overheden).

Het is tevens zo dat het gedrag van een orgaan dat door een bepaalde staat ter beschikking is gesteld aan een andere staat kan worden gezien als een daad van die ontvangende staat, indien dat orgaan als zodanig in de zendende staat die status heeft en tevens daadwerkelijk elementen van overheidsbevoegdheid van die ontvangende staat uitoefent, *i.e.* ervan uitgaande dat dat orgaan handelt met toestemming, onder de bevoegdheid, exclusieve leiding en controle, en voor doeleinden van de ontvangende staat (art. 6). Te denken valt aan situaties waarin een staat een medisch team of ander orgaan ter beschikking stelt aan een andere staat om een epidemie of natuurramp te bestrijden, tenzij het puur en alleen hulp of assistentie betreft. Zo zal bijvoorbeeld het zenden van troepen ter assistentie naar een andere staat, terwijl deze troepen onder de

21. Zie commentaar van Nederland, VN Doc. A/CN.4/515 (2001), p. 22.

bevoegdheid of controle van de zendende staat blijven, niet leiden tot aansprakelijkheid van de ontvangende staat. Verder vallen ook situaties van interstatelijke samenwerking op basis van een verdrag of anderszins buiten deze bepaling. Om die reden was bijvoorbeeld het gedrag van Italiaanse politiebeamten om illegale activiteiten op zee op te sporen op basis van een overeenkomst met Albanië, niet toerekenbaar aan Albanië.²² Niettemin was Nederland van mening dat de omschrijving die de Commissie hier aanhield iets te beperkt is, omdat er zich ook situaties kunnen voordoen waarin er een gezamenlijke aansprakelijkheid zou kunnen ontstaan van beide staten.²³

Bovenstaande situaties dienen wel onderscheiden te worden van omstandigheden waarin een staatsorgaan buiten zijn bevoegdheid handelt (*ultra vires*).²⁴ Ook voor dergelijke handelingen kan een staat aansprakelijk worden gesteld, mits het orgaan is opgetreden in zijn officiële functie en in het algemene kader van zijn bevoegdheid. Echter, indien de wederpartij wist of had behoren te weten dat het een onbevoegde handeling betrof, zal dit niet leiden tot staatsaansprakelijkheid (art. 7).

Omgekeerd kan een gedraging van een individu of een groep van individuen die geen staatsorgaan zijn onder bepaalde omstandigheden toch de staat internationaal-rechtelijk worden toegerekend. Dit is het geval indien zij feitelijk handelden namens de staat (*de facto* link) dan wel feitelijke elementen van overheidsgezag uitoefenden in de afwezigheid van officiële autoriteiten onder omstandigheden die een dergelijke uitoefening van gezag rechtvaardigden (art. 9). Hetzelfde geldt indien het gedrag van een individu of groep van personen in feite onder instructies, leiding of controle van de staat staan (art. 8). Het maakt niet uit of de persoon in kwestie individueel handelt of dat zijn gedrag een overheidsactiviteit is, dergelijke gedrag kan dan als handeling van de staat worden gezien. Dit doet zich in het bijzonder voor in situaties waar staatsorganen hun eigen activiteiten delegeren aan individuele personen of groepen die buiten de officiële staatsstructuur functioneren. Te denken valt aan individuen of groepen van individuen die, ook al zijn ze niet expliciet aangesteld door de staat en maken ze geen deel uit van politie of leger, te werk zijn gesteld als dienstverleners in of uitgezonden als vrijwilligers naar (buur)landen of die geïnstrueerd zijn om bepaalde missies in het buitenland uit te voeren. Het is wel van belang of het desbetreffende gedrag integraal onderdeel was van een bepaalde operatie die onder de leiding of controle van staat werd uitgeoefend. De mate van leiding en controle van de staat is uiteraard een cruciaal element om te bepalen of het gedrag de staat toerekenbaar is.²⁵

In principe is een staat niet aansprakelijk voor handelingen van natuurlijke personen op zijn grondgebied of daarbuiten. Dit geldt ook niet voor de handelingen van

22. Zie *Xhavara and Others v. Italy and Albania* (dec.), no. 39473/98, ECtHR 11 January 2001 (unreported), korte samenvatting in *Human Rights Case Digest* (12) 2001, p. 113.

23. Zie commentaar van Nederland, VN Doc. A/CN.4/515 (2001), p. 24-25.

24. Zie bijv. United States-Mexico General Claims Commission in *Mallén*, RIAA (4) p. 173.

25. Zie *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States), Merits, ICJ Rep. 1986, p. 14, par. 86, 109, 115; zie ook *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Judgment, ICTY Appeals Chamber, 5 July 1999, par. 117, reprinted in *ILM* (38) 1999, p. 1541.

internationale ondernemingen die in een bepaald land gevestigd zijn. In dit verband kan men verwijzen naar de reactie van het Nederlandse ministerie van Buitenlandse Zaken in 1965 met betrekking tot de 'Boycot of Southern Rhodesia' van Operating Companies door Iran:

'with regard to the possible consequences resulting from the company's Dutch nationality, the ministry's legal adviser said that the sole fact that Operating Companies were incorporated in the Netherlands did not make the Kingdom responsible under international law for the dealings of these Companies.'²⁶

Staatsaansprakelijkheid kan slechts dan ontstaan wanneer op enigerlei wijze de daad van een natuurlijke persoon of rechtspersoon aan de staat kan worden toegerekend. Indien een staat bijvoorbeeld nalaat bepaalde onrechtmatige handelingen van onderdanen die nadeel toebrengen aan een andere staat of diens belangen, voldoende te bestrijden of te bestraffen, of zelfs medewerking hieraan verleent, kan een staat wel aansprakelijk worden gesteld. Zo concludeerde een speciaal Comité van Juristen van de Volkenbond in het *Tellini* geschil tussen Italië en Griekenland betreffende de moord in Griekenland van de voorzitter en enkele leden van een internationale commissie die de taak hadden de Grieks-Albanese grens vast te stellen dat: 'The responsibility of a State is only involved by the commission in its territory of a political crime against the persons or foreigners if the State has neglected to take all reasonable measures for the prevention of the crime and the pursuit, arrest and bringing to justice of the criminal.'²⁷

Belangrijk is verder dat de toerekenbaarheid van handelingen aan een staat niet territoriaal begrensd is, maar dat een staat eveneens niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor elke handeling die op haar grondgebied plaatsvindt. Onder het internationale recht kan het gedrag van een staatsorgaan handelend als zodanig op het grondgebied of elk ander gebied onder de controle van een andere staat, niet aan deze laatste worden toegerekend. Dit laat onverlet de situatie waarin een gerelateerde gedraging van die andere staat afzonderlijk wel aan deze staat kan worden toegerekend. Een voorbeeld is de aanwezigheid van een overheidsorgaan die in een vreemde staat spionage of militaire activiteiten onderneemt jegens een andere vreemde staat. In een dergelijk geval kan het gedrag niet aan de vreemde staat waar het feit plaatsvindt worden toegerekend, maar slechts dat gedrag of daarmee gerelateerd gedrag dat deze vreemde staat zelf kan worden toegerekend. Dit is bijvoorbeeld het geval indien die vreemde staat zich bewust was, of bewust had moeten zijn, van het feit dat bepaalde handelingen van dat buitenlands orgaan uitgevoerd vanaf zijn grondgebied de rechten van derde staten zouden kunnen schenden, maar niets deed om dat te voorkomen. Zo oordeelde het Internationaal Gerechtshof in de *Corfu Chan-*

26. Zie de reactie van het ministerie van Buitenlandse Zaken op de 'Boycot of Southern Rhodesia' van Operating Companies, 23 November 1965, *NYIL* (11) 1980, p. 231.

27. Zie *Tellini*, League of Nations, *Official Journal* (4) 1923-11, p. 1349.

nel zaak dat Albanië aansprakelijk kon worden gehouden voor de schade aan twee Britse schepen die op mijnen liepen in de Albanese wateren. Albanië had die mijnen weliswaar niet zelf gelegd, maar was er wel van op de hoogte en had derhalve daarvan moeten kennisgeven.²⁸ Situaties waarin een staat aansprakelijk kan worden gehouden voor een onrechtmatige daad van een andere staat worden behandeld in artikelen 16 t/m 18, betreffende de hulp en/of sponsoring van een staat bij het plegen van een onrechtmatige daad van een andere staat of een andere staat onder dwang aanzetten tot een bepaalde handeling die onrechtmatig is ten aanzien van een derde staat. Het commentaar van de Commissie hierop bevestigt tevens dat daar waar twee of meer staten gezamenlijk een onrechtmatige daad plegen, elk der participerende staten daarvoor individueel aansprakelijk is.²⁹

Het gedrag van revolutionaire bewegingen of andersoortige opstandige groeperingen kan alleen aan de staat worden toegerekend indien een zodanige beweging er ook daadwerkelijk in slaagt een nieuwe staat te vormen, hetzij binnen het grondgebied van een bestaande staat hetzij onder diens bestuur. Bepalend voor de toerekening hier is dat er sprake moet zijn van een daadwerkelijke en substantiële continuïteit tussen de voormalige groepering en de nieuwe staat die door hen is gevormd. In principe omvat dat georganiseerde militante groeperingen die tijdens een antikoloniale strijd, een revolutie of burgeroorlog worden gevormd (bijv. nationale bevrijdingsfronten). Situaties van geïsoleerde en sporadische geweldsdaden of andersoortige daden tijdens tijdelijke interne onrust, opstand, onlusten, munitie of rellen vallen hier niet onder. Ten slotte is niet uitgesloten dat gedrag gerelateerd aan een groepering alsnog kan worden toegerekend aan de voormalige staat op basis van andere regels van toerekenbaarheid.

In alle andere gevallen geldt dat noch het gedrag van een natuurlijk persoon of groep van natuurlijke personen een staat kan worden toegerekend indien er niet namens de staat *de iure* of *de facto* is gehandeld. Gedrag dat op basis van de voorgaande regels niet kan worden toegerekend aan een staat, zal niettemin als een handeling van de staat onder internationaal recht gelden indien en in zoverre de staat het als zodanig *zelf* erkent of beschouwt (art. 11). Als voorbeeld kan hier de *Hostages* zaak dienen aangaande een groep Iraanse gijzelnemers die 444 dagen lang 66 Amerikaanse diplomaten en consulaire personeel als gijzelaars vasthiielden in de ambassade van de Verenigde Staten te Teheran in 1979-1981. Het Internationaal Gerechtshof oordeelde dat hoewel in een eerste fase deze gijzeling niet aan de Iraanse staat toerekenbaar was, dat in een latere fase wel het geval was. Door het beleid en verschillende uitspraken van Ayatollah Khomeini en tevens een decreet van de Iraanse regering die de gijzeling expliciet steunde naderhand, konden de gijzelaars toen wel als agenten van Iran worden beschouwd en kon Iran om die reden aansprakelijk worden gehouden voor die daden. Het Hof concludeerde: "The approval given to these facts by the Ayatollah Khomeini and other organs of the Iranian State, and the decision to perpe-

28. *Corfu Channel* (United Kingdom v. Albania), Merits, *ICJ Rep.* 1949, p. 22-23.

29. Zie het commentaar op art. 16-17, *supra* n. 2, p. 150-169, m.n. par. 1.

tuate them, translated continuing occupation of the Embassy and detention of the hostages into acts of that State.³⁰ De vraag of het Taliban-regime in Afghanistan geheel of gedeeltelijk verantwoordelijk kan worden gehouden voor de daden van Al Qaida en Bin Laden, is moeilijker te vast te stellen. Elementen zoals het herbergen van Al Qaida en Bin Laden, het toelaten van trainingskampen en bewapening, en latere uitspraken betreffende de acties van Al Qaida, zouden als bewijs van indirecte steun en toestemming kunnen dienen.³¹ Maar waarschijnlijk voldoet dat niet aan het vereiste dat een staat het anderszins niet-toerekenbare gedrag specifiek moet erkennen en aanvaarden.

Verder is van belang te onderstrepen dat de staatsaansprakelijkheidsregels niet van toepassing zijn op de individuele aansprakelijkheid van een persoon handelend namens de staat (art. 58) en op de aansprakelijkheid van internationale organisaties of van een staat voor het gedrag van die organisatie (art. 57). Het gedrag van personen die door een staat ter beschikking zijn gesteld aan een internationale organisatie en handelend als orgaan of agenten van die organisatie, kan dan ook niet worden toegerekend aan de zendstaat, maar aan die organisatie op basis van regels die buiten het staatsaansprakelijkheidsregime vallen. Evenmin is het zo dat het gedrag van een orgaan van een internationale organisatie, handelend als zodanig, toerekenbaar is aan de staat op wiens grondgebied dergelijk gedrag is uitgevoerd. In tegenstelling tot bovengenoemde situaties, opereert een internationale organisatie per definitie op het grondgebied van een ander rechtssubject van internationaal recht, omdat het geen eigen grondgebied bezit. Dat gebeurt over het algemeen op basis van een zogenoemde zetelovereenkomst die de organisatie sluit met haar gaststaat en eventueel tevens onder een overeenkomst met een andere staat op wiens grondgebied bepaalde activiteiten van organen van de organisatie worden uitgevoerd buiten het hoofdkwartier. Maar organen van internationale organisaties die besluiten nemen in vergaderingen en op basis daarvan handelingen verrichten, zoals het sluiten van overeenkomsten of het zenden van vredes machten etc., hebben de toestemming van de zetelstaat daarvoor niet nodig. Met name in verband met deze situaties is expliciet duidelijk gemaakt dat aansprakelijkheid zich beperkt tot die van staten ten opzichte van elkaar en niet kan worden uitgebreid naar dergelijke aansprakelijkheid ten aanzien van andere rechtssubjecten. De artikelen sluiten elke aansprakelijkheid van niet-staatsorganen of internationale organisaties uit.

Tevens valt de wijze waarop de aansprakelijkheid van individuele staten voor het handelen binnen het verband van een internationale organisatie (bijv. optreden in VN- of NAVO-verband in het kader van een vredesmissie) buiten de reikwijdte van de artikelen (art. 59). Wel kan het zo zijn dat besluiten van organen van internationale organisaties ook aangemerkt kunnen worden als handelingen waarvoor aansprakelijk-

30. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States v. Iran), *ICJ Rep.* 1980, p. 36, par. 74.

31. Zie N. Schrijver, 'Elf september en de uitdagingen aan het volkenrecht', *Vrede en Veiligheid* (32) 2003-1, p. 40-41.

heid kan ontstaan, terwijl die de gaststaat niet in de hoedanigheid van gaststaat (maar eventueel wel als lid van de organisatie) raken.

Ten slotte zijn de aansprakelijkheidsregels en de vaststelling van een internationale onrechtmatige daad ook niet van toepassing indien de aansprakelijkheid van een staat door speciale regels van internationaal recht geregeld worden (*lex specialis derogat legi generali*), in zoverre die regels of een rechtsregime als zodanig opgesteld ook exclusief zijn, dat wil zeggen de toepassing van andere aansprakelijkheidsregels expliciet uitsluiten, op één en hetzelfde onderwerp (art. 55).

2.3 Rechtvaardigingsgronden voor onrechtmatig gedrag

Een staat kan op basis van een aantal erkende rechtvaardigingsgronden gevrijwaard worden van aansprakelijkheid voor zijn onrechtmatig gedrag. Het is niet zo dat de handeling als zodanig dan 'rechtmatig' wordt, maar er ontstaat geen staatsaansprakelijkheid en de rechtsgevolgen van aansprakelijkheid blijven dan uit. De internationale verplichting blijft wel bestaan, maar er zijn dan gronden die de niet-naleving van die verplichting rechtvaardigen zolang de betreffende omstandigheden blijven voortbestaan.³² Er worden zes algemene rechtvaardigingsgronden erkend, die soms slechts kleine verschillen kennen, maar wel van elkaar onderscheiden dienen te worden.

2.3.1 Toestemming

Indien een staat met toestemming van een andere staat een daad pleegt die strijdig is met een verplichting jegens deze laatste staat, dan zal, voorzover deze daad binnen de grenzen van deze toestemming blijft, geen aansprakelijkheid optreden van de eerste staat *vis-à-vis* de staat die daarvoor toestemming heeft verleend (*volenti non fit injuria*) (art. 20). Twee elementen dienen aanwezig te zijn, namelijk, een verzoek van een staat om in een bepaalde situatie te mogen handelen in strijd met een geldende verplichting, en tevens de expliciete en voorafgaande toestemming voor een dergelijke handeling (dus niet *ex post facto*) van de staat tot wiens voordeel deze verplichting strekt. Het objectieve element van een internationale onrechtmatige daad is dan namelijk afwezig. Ten aanzien van de bezetting van Oostenrijk door Duitse troepen in maart 1938, bijvoorbeeld, achtte het Oorlogstribunaal in Neurenberg het vooreerst noodzakelijk om te bepalen of Oostenrijk toestemming tot deze daad had gegeven om derhalve te kunnen beslissen of deze bezetting rechtmatig dan wel onrechtmatig was. Het tribunaal kwam tot de conclusie dat ondanks de sterke druk uitgeoefend op Oostenrijk er geen toestemming verleend was *in casu*. Interessant is dat het Derde Rijk zelf dergelijke toestemming noodzakelijk achtte om zodanig de anders flagrante onrechtmatigheid van zijn daad te kunnen uitsluiten.³³ Toestemming zal echter niet

32. Zie *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, *supra* n. 14, par. 48.

33. Zie *Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals*, British Command Paper Cmd. 6964 (London: HMSO, 1946), p. 17.

als disculpatiegrond gelden indien de verplichting die wordt geschonden een norm van dwingend internationaal recht betreft waarvan geen afwijking is toegestaan (zie 2.3.7).

2.3.2 *Tegenmaatregelen*

Een handeling van een staat jegens een andere staat wordt tevens niet als onrechtmatig aangemerkt, indien deze een legitieme maatregel vormt tegen een internationale onrechtmatige daad van die andere staat (art. 22). Onder welke omstandigheden een tegenmaatregel gerechtvaardigd is, wordt behandeld in 3.2.2.

2.3.3 *Overmacht*

Een andere erkende rechtvaardigingsgrond is de situatie waarin het plegen van een onrechtmatige daad het gevolg is van een onweerstaanbare kracht of een onvoorzienbaar extern voorval, buiten de controle van de staat, die het feitelijk onmogelijk maakt om conform een bepaalde verplichting te handelen of te kunnen weten dat het handelen strijdig was met die verplichting ('force majeure' en 'fortuitous event'), tenzij de staat aan die materiële onmogelijkheid zelf heeft bijgedragen (artikel 23). Ten eerste moet de 'force majeure'-situatie feitelijk onweerstaanbaar zijn en de gebeurtenis van een extern voorval objectief niet voorzienbaar; met andere woorden, de staat moet geen reële mogelijkheid hebben om de gevolgen van een dergelijke kracht of voorval te ontwijken. Ten tweede mag de staat niet zelf, opzettelijk of door zijn schuld, aan het ontstaan van die situatie hebben bijgedragen. Een staat kan bijvoorbeeld niet als rechtvaardiging de vernietiging van eigendom aanvoeren voor de niet-nakoming van de verplichting om dat eigendom over te dragen aan een andere staat, indien het zelf willens en wetens dat eigendom heeft vernietigd of dergelijke vernietiging heeft veroorzaakt, of indien het door zijn schuld gefaald heeft om dat te voorkomen. Ten derde moet er een causaal verband bestaan tussen de onweerstaanbare kracht of het onvoorzienbare externe voorval, enerzijds, en de materiële onmogelijkheid, anderzijds. De verplichting blijft echter bestaan, maar is dan tijdelijk of definitief niet van toepassing vanwege 'force majeure'. Deze grond verschilt van de twee voorafgaande rechtvaardigingsgronden in zoverre daar de handeling van een andere staat als rechtvaardiging wordt aangevoerd, terwijl het hier een externe gebeurtenis betreft geheel buiten de macht van een staat.

2.3.4 *Nood*

Zowel nood als noodzaak kunnen tevens worden aangevoerd als rechtvaardigingsgrond voor met een internationale verplichting strijdig gedrag van een staat. Beide hebben met 'force majeure' gemeen dat het gedrag van de benadeelde staat voorafgaand aan de schending van een verplichting waartegen de rechtvaardigingsgrond wordt ingeroepen irrelevant is. Nood onderscheidt zich van 'force majeure' in die zin dat een orgaan of persoon handelend krachtens de staat blootgesteld is aan een ex-

treem ernstig gevaar voor zijn leven of dat van andere personen wier zorg hem is toevertrouwd, terwijl hij geen enkele andere mogelijkheid had om dit gevaar te ontwijken dan in strijd met een bepaalde verplichting van zijn staat te handelen (art. 24). Nood is in de praktijk voornamelijk aangevoerd in gevallen van grensschending van vreemde staten (van zee of het luchtruim, in het bijzonder) en wordt als zodanig ook erkend als rechtvaardigingsgrond in enkele internationale verdragen.³⁴ Echter, de schending van de internationale verplichting moet wel proportioneel zijn aan het beschermde belang (het opgeofferde belang is van minder essentiële waarde) en tevens mag de staat niet hebben bijgedragen aan de noodsituatie noch mag het gedrag in kwestie tot een vergelijkbaar of ernstiger gevaar hebben geleid.

2.3.5 *Noodzaak*

Eenzelfde situatie doet zich voor in geval van noodzaak, met dit verschil dat het belang dat wordt beschermd niet een persoonlijk belang betreft, maar een essentieel of wezenlijk belang van de staat zelf (art. 25). Noodzaak (*ius necessitatis*) wordt als rechtvaardigingsgrond minder snel aangevoerd. Het kan alleen maar ingeroepen worden indien het met een verplichting strijdende gedrag de enige mogelijkheid was om een essentieel belang van de staat te waarborgen tegen een ernstig en dreigend gevaar, terwijl dit gedrag niet daarmee een essentieel belang van een andere staat, jegens wie de geschonden verplichting bestond, in gevaar brengt. Evenals in geval van toestemming, zal een beroep op deze rechtvaardigingsgrond falen indien de geschonden verplichting *ius cogens* betreft. Dit is ook zo indien de desbetreffende verplichting is neergelegd in een verdrag dat, impliciet of expliciet, deze rechtvaardigingsgrond voor die verplichting uitsluit, of indien de staat zelf, opzettelijk of door schuld, aan de oorzaak van de noodzaak heeft bijgedragen.

Onder beide omstandigheden, nood en noodzaak, heeft de staat theoretisch gezien een keuze, zelfs indien die beperkt is tot strijdig dan wel conform gedrag met een internationale verplichting, maar de keuze voor conform gedrag betreft een onmogelijk offer (ook wel 'relatieve onmogelijkheid' genoemd). Sterker nog, met name in situaties van gedrag gepleegd onder het voorwendsel van een noodzaak gericht op het bestaan van de staat zelf, of tenminste de bescherming van enkele cruciale belangen tegen een ernstig en direct gevaar, is het vrijwillige karakter van dat gedrag niet alleen ontegenzeggelijk maar tevens logischerwijs inherent aan de rechtvaardiging, ongeacht de objectieve waarde daarvan. Er is bijvoorbeeld niets vrijwilligs aan de situatie waarin, vanwege storm of schade, een piloot van een staatsvliegtuig controle verliest, en ondanks al zijn pogingen om dat te voorkomen zich toch begeeft binnen het luchtruim van een vreemde staat.

34. Zie bijv. art. 14 lid 3 Verdrag inzake de territoriale zee en de aangrenzende zone 1958; art. IV lid 1(a) Verdrag ter voorkoming van verontreiniging van de zee door olie 1954; art. V Verdrag inzake de voorkoming van verontreiniging van de zee ten gevolge van het storten van afval en andere stoffen 1972.

De noodzaak kan een ernstig gevaar inhouden voor het bestaan van de staat zelf, zijn politieke of economische voortbestaan, het behoud van de voorwaarden waaronder de essentiële diensten van een staat kunnen functioneren, het behoud van interne vrede, het overleven van een deel van de bevolking etc. Deze rechtvaardigingsgrond is voornamelijk aangevoerd in geval van niet-nakoming van de verplichting tot aflossing of uitstel van betaling van internationale schulden omdat dat tot serieuze economische problemen van de staat zouden leiden,³⁵ maar ook in geval van de noodzakelijke bescherming tegen een ernstig en imminent gevaar voor het behoud van de flora en fauna en het ecologische evenwicht van bepaalde gebieden ter land, ter zee of in de lucht (zelfs buiten de jurisdictie van de staat). Een typisch voorval van noodzaak om een ecologisch belang van de staat te beschermen is het tot zinken brengen van vreemde olie lekkende schepen op de volle zee om op die manier grote milieuschade te voorkomen aan de eigen kust. Een voorbeeld is de 'Torrey Canyon' schipbreuk van 1967, die grote olie vervuiling teweegbracht en dreigde de Engelse kust te vervuilen, hetgeen Engeland, ondanks alle andere pogingen, niet anders kon vermijden dan met het bombarderen van het buitenlandse schip.³⁶

2.3.6 Zelfverdediging

Ten slotte kan ook een succesvol beroep op collectieve of individuele zelfverdediging, een staat vrijwaren van aansprakelijkheid voor de schending van een bepaalde internationale verplichting indien het met de verplichting strijdige gedrag een rechtmatige maatregel van zelfverdediging vormt, genomen conform het VN-Handvest (art. 21).³⁷ Zelfverdediging is vergelijkbaar met noodzaak, zij het dat de bedreiging waartegen de staat zich verdedigt moet veroorzaakt zijn door het gebruik van militair geweld van een andere staat, terwijl in geval van noodzaak de staat die in zijn belangen wordt geraakt, juist volledig onschuldig kan zijn. Zelfverdediging, evenals in geval van een tegenmaatregel, vereist een voorafgaand onrechtmatig gedrag van de staat waarvan de verplichting is geschonden. Deze legitieme maatregelen kunnen meerdere vormen aannemen en moeten als doel hebben de rechtsbetrekking en de inbreuk daarop te herstellen. Daarentegen kan alleen zelfverdediging het gebruik van geweld rechtvaardigen om een directe militaire aanval af te wenden ter bescherming van de territoriale integriteit of onafhankelijkheid en te voorkomen dat het doel van de onrechtmatige daad van een andere staat wordt bereikt. Vormen van ideologisch, economisch of politiek geweld, hoezeer ook onrechtmatig, veroorloven de staat die daarvan slachtoffer is niet om militair geweld te gebruiken als middel om daartegen weerstand te bieden. Alleen een gewapende aanval kan de toevlucht tot militair geweld onder strikte voorwaarden rechtvaardigen in geval van zelfverdediging.

35. Zie bijv. '*Société Commercial de Belgique*' (Belgium v. Greece), 1939, *PCIJ, Series C*, No. 87, p. 141, par. 281; en ook *Payment of Various Serbian Loans Issued in France* (France v. Serbia), 1929, *PCIJ, Series A*, No. 20; *Russian Indemnity* (Russia v. Turkey), *RIAA* (11) p. 443.

36. *The 'Torrey Canyon'*, Cmnd. 3246 (London: HMSO, 1967).

37. Over zelfverdediging, zie hfdst. 12.

2.3.7 *Naleven van normen van dwingend internationaal recht*

Een beroep op bovengenoemde rechtvaardigingsgronden zal falen, indien een staat handelt in strijd met een norm van dwingend internationaal recht (art. 26). Afgezien van het inherente recht op zelfverdediging en collectieve veiligheidsmaatregelen in het kader van de Verenigde Naties kan geen enkele reden van welke aard dan ook, politiek, economisch of anderzins, dienen als rechtvaardiging voor het gebruik van geweld (art. 2 lid 4 VN-Handvest) dan wel de schending van normen van humanitair recht of mensenrechten. Zo zal in geval van genocide een staat niet gerechtigd zijn om een vorm van genocide als tegenmaatregel te nemen.³⁸ Het Internationaal Gerechtshof concludeerde bijvoorbeeld in de *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* zaak dat het gebruik van kernwapens in geval van zelfverdediging niet als rechtvaardigingsgrond kan worden erkend indien dit een schending van 'intransgressible principles of international customary law' veroorzaakt.³⁹ Echter, regels betreffende milieubescherming werden niet als zodanig erkend, maar, zo voegde het Hof er aan toe: 'States must take environmental considerations into account when assessing what is necessary and proportionate in the pursuit of legitimate military objectives. Respect for the environment is one of the elements that go to assessing whether an action is in conformity with the principles of necessity and proportionality.'⁴⁰ Het betreft dus uitsluitend die normen die zijn geaccepteerd en erkend als *ius cogens*, zoals bijvoorbeeld het verbod op agressie, genocide, slavernij, rassendiscriminatie, misdaden tegen de mensheid en marteling en het recht op zelfbeschikking.

2.3.8 *Gevolgen van een beroep op een rechtvaardigingsgrond*

Indien een beroep op één van de rechtvaardigingsgronden slaagt, wil dit niet zeggen dat een staat per definitie van alle gevolgen van zijn daad is gevrijwaard. Behalve in geval van zelfverdediging, laat de erkenning van een rechtvaardiging van het met een verplichting strijdig gedrag van een staat, de vraag of dergelijk gedrag desalniettemin kan leiden tot een schadevergoedingsplicht onverlet (art. 27). Het is dus niet zo dat er dan een plicht tot eventuele schadevergoeding bestaat, maar enkel dat een succesvol beroep op een rechtvaardigingsgrond niet de (reeds bestaande dan wel in de toekomst erkende) mogelijkheid ontnemt dat dergelijk gedrag van de staat, anders dan op basis van aansprakelijkheid voor een internationale onrechtmatige daad, in bepaalde verplichtingen resulteert, zoals de plicht om het veroorzaakte nadeel ongedaan te maken. Deze plicht kan ook ontstaan op basis van een aansprakelijkheid voor rechtmatige daden, ook al valt dat laatste juridisch-technisch gezien meer in de categorie

38. Zie *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Counter Claims, Order of 17 December 1997, *ICJ Rep.* 1997, p. 243, par. 35.

39. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *ICJ Rep.* 1996, p. 226, par. 79.

40. *Ibid.*, par. 30.

van primaire normen dan secundaire normen,⁴¹ en heeft de Commissie dit onderwerp uiteindelijk ook als zodanig verder ontwikkeld (zie par. 4).

3. DERECHTSGEVOLGEN VAN STAATSAANSPRAKELIJKHEID

Een internationale onrechtmatige daad vormt een inbreuk op de internationale rechtsorde en mag derhalve niet zonder rechtsgevolgen blijven. In de artikelen inzake de aansprakelijkheid van staten voor internationale onrechtmatige daden zijn de inhoudelijke rechtsgevolgen van de aansprakelijkheid vastgelegd alsmede de procedurele vereisten voor de implementatie daarvan (art. 28-54). De bepalingen bevatten zowel de plichten van de pleger van de internationale onrechtmatige daad als de rechten en plichten van andere staten. Buiten beschouwing blijven de rechten van derden, waaronder natuurlijke personen of rechtspersonen, die nadeel hebben ondervonden van de internationale onrechtmatige daad.

3.1 De inhoudelijke rechtsgevolgen van staatsaansprakelijkheid

Als gevolg van de internationale onrechtmatige daad ontstaat een nieuwe rechtsbetrekking tussen de pleger daarvan en de staat of staten die rechten kunnen ontleen aan de inbreuk op de rechtsbetrekking. Onderscheiden worden plichten van de pleger van de internationale onrechtmatige daad die gericht zijn op het herstel van de rechtsbetrekking (3.1.1) en de inbreuk daarop (3.1.2). Indien sprake is van een ernstige inbreuk op de internationale rechtsorde als gevolg van een schending van internationaal recht, rusten er ook plichten op andere staten om de inbreuk op de rechtsbetrekking te corrigeren (3.1.3).

3.1.1 *Het herstel van de rechtsbetrekking*

Het herstel van de rechtsbetrekking is gericht op de naleving van de geschonden internationale verplichting in de toekomst. In beginsel ontslaat een internationale onrechtmatige daad de pleger daarvan niet van de verplichting om de geschonden internationale verplichting na te leven (art. 29). Dit beginsel lijdt uitzondering indien een benadeelde staat naar aanleiding van de internationale onrechtmatige daad besluit om de rechtsbetrekking met de pleger daarvan op te schorten of te beëindigen. De voorwaarden die hieraan zijn verbonden worden niet beheerst door het aansprakelijkheidsrecht, maar door de geschonden internationale verplichting.⁴² Het aansprakelijk-

41. Zie N.L.J.T. Horbach, *Liability Versus Responsibility Under International Law: Defending Strict State Responsibility for Transboundary Damage*, 1996, p. 9-76.

42. Over het opschorten en beëindigen van verdragen, zie hfdst. 5; zie ook R. Lefeber, 'The Gabčíkovo-Nagymaros Project and the law of state responsibility', *LJIL* (11) 1998, p. 620-622.

heidsrecht regelt wel (i) de beëindiging van de internationale onrechtmatige daad, en (ii) de verzekering van en garanties voor niet-herhaling daarvan.

3.1.1.1 De beëindiging van een internationale onrechtmatige daad

Een internationale onrechtmatige daad kan bestaan uit een handeling die niet voortduurt in de tijd (bijv. de onrechtmatige opening van een diplomatieke tas), een handeling die voortduurt in de tijd (bijv. de onrechtmatige invasie en bezetting van grondgebied) of een handeling die had kunnen en moeten worden voorkomen (bijv. de bezetting door burgers van een ambassade). Indien de betrokken staten het onrechtmatige karakter van de twee laatstgenoemde handelingen betwisten, zal de betrokken handeling voortduren in de tijd op het moment dat staten besluiten om het geschil te beslechten. Indien de handeling (in het kader van een geschillenbeslechtingsprocedure) wordt gekwalificeerd als een internationale onrechtmatige daad, dient zij zo snel als redelijkerwijs mogelijk te worden beëindigd.

In de *Tweede Rainbow Warrior* zaak stelde het arbitrage-tribunaal dat de beëindiging van een internationale onrechtmatige daad alleen kan worden geëist en toegekend in het kader van de beslechting van een geschil indien aan twee onlosmakelijk met elkaar verbonden voorwaarden is voldaan. Volgens dit tribunaal is daarvoor vereist dat het geschil betrekking heeft op (i) een internationale onrechtmatige daad die voortduurt in de tijd, en (ii) een internationale verplichting die nog van kracht is op het moment dat het geschil wordt beslecht.⁴³ In deze zaak was niet aan beide voorwaarden voldaan. Het geschil tussen Frankrijk en Nieuw-Zeeland betrof de naleving van een verdrag dat deze staten hadden gesloten ter uitvoering van de uitspraak van de arbiter in de *Eerste Rainbow Warrior* zaak.⁴⁴ In deze uitspraak was vastgesteld dat Frankrijk een internationale onrechtmatige daad had gepleegd door haar betrokkenheid bij de plaatsing van een bom op een schip van Greenpeace (de 'Rainbow Warrior') in de haven van Auckland in Nieuw-Zeeland. Het verdrag bepaalde dat de daarvoor verantwoordelijke agenten van de Franse geheime dienst gedurende een periode van drie jaar moesten verblijven op het eiland Hao in de Stille Oceaan. De Franse regering stemde er evenwel in toe dat beide agenten voor het verstrijken van het uit het verdrag voortvloeiende tijdstip mochten terugkeren naar Frankrijk. Aangezien het arbitrage-tribunaal in de *Tweede Rainbow Warrior* zaak pas uitspraak deed na het verstrijken van het uit het verdrag voortvloeiende tijdstip, concludeerde het dat de internationale verplichting niet langer van kracht was en de internationale onrechtmatige daad dus niet meer voortduurde in de tijd. Het tribunaal kon derhalve niet meer van Frankrijk verlangen dat zij de internationale onrechtmatige daad zou beëindigen door de agenten van de geheime dienst terug te sturen naar Hao. Deze uitspraak is

43. Zie *Rainbow Warrior II*, *supra* n. 15, par. 114; zie ook art. 30, *supra* n. 2. Vgl. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (SW Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, *ICJ Rep.* 1971, p. 16, par. 117-118 (hierna: *Namibia*).

44. Zie *Differences Between New Zealand and France Arising from the Rainbow Warrior Affair* (New Zealand/France), *RIAA* (19) p. 199 (hierna: *Rainbow Warrior I*).

overigens bekritiseerd, omdat het tribunaal niet voorzag in een herstel van de inbreuk op de rechtsbetrekking waarmee een gelijkwaardig resultaat zou kunnen worden bereikt. De Franse agenten hadden immers kunnen worden teruggestuurd voor de resterende duur van de termijn om het door Nieuw-Zeeland ondervonden nadeel zo veel mogelijk ongedaan te maken. Het tribunaal stelde evenwel dat een eis van Nieuw-Zeeland met die strekking niet als zodanig diende te worden opgevat, maar als een eis tot beëindiging van de internationale onrechtmatige daad.

Hoewel de beëindiging van een internationale onrechtmatige daad in de praktijk vaak hetzelfde effect zal hebben als herstel in oude toestand (zie 3.1.2.1), is dit rechtsgevolg in de visie van de Commissie geen onderdeel van het herstel van de inbreuk op de rechtsbetrekking. Gewezen wordt op het toekomstgerichte karakter van de beëindiging van een internationale onrechtmatige daad,⁴⁵ terwijl het herstel van de inbreuk op de rechtsbetrekking zich daarentegen juist richt op het door de benadeelde staten in het verleden ondervonden nadeel als gevolg van de internationale onrechtmatige daad. Het Internationaal Gerechtshof lijkt deze lijn evenwel niet te hebben gevolgd in de eerder genoemde *Gabčíkovo-Nagymaros* zaak die betrekking heeft op het gebruik van het water van de Donau door Hongarije en Slowakije. In deze zaak overwoog het Hof dat zowel Hongarije als Slowakije een internationale onrechtmatige daad hadden gepleegd door een tussen deze twee staten gesloten verdrag in strijd met het recht op te zeggen (Hongarije) respectievelijk door het verdrag in gewijzigde vorm uit te voeren (Slowakije). Het Hof oordeelde dat Hongarije en Slowakije hun samenwerking bij het gebruik van het water van de Donau moesten hervatten overeenkomstig het genoemde verdrag teneinde de gevolgen van de gepleegde internationale onrechtmatige daden zo veel als mogelijk ongedaan te maken.⁴⁶ Uit de voorafgaande overwegingen blijkt dat het Hof dit beschouwde als een herstel van de inbreuk op de rechtsbetrekking en niet als de beëindiging van de internationale onrechtmatige daden van de betrokken staten.

3.1.1.2 Verzekeringen van en garanties voor niet-herhaling van een internationale onrechtmatige daad

Hoewel het geven van verzekeringen van en garanties voor niet-herhaling in de praktijk niet altijd onderscheiden wordt van genoegdoening (zie 3.1.2.3), wordt ook dit rechtsgevolg van staatsaansprakelijkheid door de Commissie onderscheiden van het herstel van de inbreuk op de rechtsbetrekking.⁴⁷ Evenals de beëindiging van de internationale onrechtmatige daad is het geven van verzekeringen van en garanties voor niet-herhaling niet gericht op het ongedaan maken van de in het verleden gepleegde internationale onrechtmatige daad, maar op de toekomst. Dit rechtsgevolg heeft duidelijk een preventief element en kan in voorkomende gevallen bijdragen aan het her-

45. Zie commentaar op art. 30, *supra* n. 2, p. 216, par. 1.

46. Zie *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, *supra* n. 14, par. 150; zie ook Lefeber, *supra* n. 42.

47. Zie commentaar op art. 30, *supra* n. 2, p. 219, par. 9, en p. 221, par. 11.

stel van het geschonden vertrouwen. In feite gaat het om de herbevestiging van de op hem rustende verplichting door de pleger van de internationale onrechtmatige daad en/of het nemen van aanvullende maatregelen om te voorkomen dat de geschonden internationale verplichting in de toekomst nogmaals wordt geschonden. Wat betreft het laatste kan worden gedacht aan voorlichting aan de natuurlijke personen of rechtspersonen die bij de internationale onrechtmatige daad betrokken zijn geweest of een wijziging van administratieve procedures of de administratieve organisatie.

De rol van deze vorm van herstel van de rechtsbetrekking kwam aan de orde in geschillen tussen de Verenigde Staten (VS) en enkele andere staten over de consulaire bescherming van hun onderdanen die in de VS ter dood waren veroordeeld. De VS had verzuimd deze personen, overeenkomstig artikel 36 lid 1(b) van het Verdrag van Wenen inzake consulaire betrekkingen, informatie te verstrekken over hun recht op consulaire bijstand na arrestatie. In deze zaken heeft de VS niet alleen uit eigen beweging zijn verontschuldiging aangeboden aan de betrokken staten voor het erkende verzuim om de betrokken personen te informeren over hun recht op consulaire bijstand, maar ook de verzekering gegeven dat een dergelijk verzuim niet nogmaals zou plaatsvinden en daartoe de nodige maatregelen getroffen.⁴⁸

3.1.2 *Het herstel van de inbreuk op de rechtsbetrekking*

Met het herstel van de rechtsbetrekking is er nog geen volledig herstel van de inbreuk op de internationale rechtsorde. Daartoe is de pleger van een internationale onrechtmatige daad verplicht om tevens de nadelige gevolgen daarvan ongedaan te maken. In de *Chorzów Factory* zaak heeft het Permanente Hof van Internationale Justitie het bestaan van deze verplichting bevestigd en daarover gezegd dat ‘reparation must, as far as possible, wipe out all consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed.’⁴⁹ Uit het citaat blijkt dat het Hof ook het intertemporele element van een internationale onrechtmatige daad in de verplichting tot reparatie betreft. Het Hof heeft niet alleen oog voor de gevolgen van de internationale onrechtmatige daad, maar ook voor het verloop van tijd vanaf het plegen van de internationale onrechtmatige daad en de nadelige gevolgen die dat voor de benadeelde staat met zich heeft meegebracht. De *Chorzów Factory* zaak betrof de onrechtmatige confiscatie door de Poolse regering van eigendommen die toebehoorden aan Duitse onderdanen. Het Hof oordeelde dat Polen een internationale onrechtmatige daad had gepleegd en dat Duitsland recht had op reparatie. Reparatie, in dit geval schadevergoeding, werd door het Hof niet alleen toegekend voor het verlies van het eigendom, maar ook voor de gederfde winst door het verlies van het beschikkingsrecht daarover.

48. Zie over deze geschillen ook hfdst. 9.

49. *Factory at Chorzów (Claim for Indemnity)*, Merits, *supra* n. 9, p. 47-48; zie ook *Gabčíkovo-Nagy-maros Project*, *supra* n. 14, par. 150.

Uit het aangehaalde citaat wordt ook afgeleid dat reparatie van de nadelige gevolgen van de internationale onrechtmatige daad 'volledig' moet zijn.⁵⁰ Het algemene internationaal recht beperkt de aansprakelijkheid van staten noch in omvang noch in tijd. Alle vormen van schade, zowel materiële als immateriële schade, komen bovendien in aanmerking voor reparatie. Het daadwerkelijk lijden van schade is echter geen voorwaarde voor het ontstaan van de verplichting tot reparatie.⁵¹ De dreiging van materiële of immateriële schade kan al reden zijn voor een staat om een gedragswijziging van een andere staat te eisen. Om het beginsel van volledige schadevergoeding te waarborgen, wordt in voorkomende gevallen ook een rentevergoeding doorberekend.⁵² Het uitgangspunt van volledige reparatie ligt uitzondering indien verwijtbaar gedrag van de benadeelde staat of zijn onderdanen heeft bijgedragen aan het ontstaan of de omvang van de schade.⁵³ Er worden drie vormen van reparatie onderscheiden, te weten: (i) herstel in oude toestand (*restitutio in integrum*); (ii) schadevergoeding; en (iii) genoegdoening.

De verplichting tot reparatie van schade ontstaat uitsluitend indien een causaal verband kan worden aangetoond tussen de schade en de internationale onrechtmatige daad. In het internationaal recht worden twee causaliteitstesten toegepast, te weten: (i) de *conditio sine qua non* test; en (ii) de *causa proxima* test.⁵⁴ Volgens de eerste test moet (door de benadeelde staat) worden aangetoond dat de schade niet of niet in dezelfde omvang zou zijn geleden indien de internationale onrechtmatige daad niet zou zijn gepleegd. Deze test vereist het bestaan van een feitelijke relatie tussen oorzaak en gevolg. Noch de duur van de relatie noch het aantal schakels daarin verbreken het feitelijk causaal verband, mits de relatie niet onderbroken is. Omdat de exclusieve toepassing van de causaliteitstest tot een zeer ruime aansprakelijkheid kan leiden, wordt daarnaast een tweede, juridische causaliteitstest toegepast. Volgens de *causa proxima* test moet de schade het 'normale' of 'natuurlijke' gevolg zijn van de internationale onrechtmatige daad. De toepassing van deze test ligt in de handen van diplomatieke onderhandelaars of rechterlijke instanties. Via criteria als redelijkheid en billijkheid en voorzienbaarheid (van de omvang van de schade) spelen in de praktijk verschillende factoren, met inbegrip van duur en het aantal schakels, een rol bij het aantonen van een juridisch causaal verband.

In de *Naulilaa* zaak kwam de toepassing van de bovengenoemde causaliteitstesten aan de orde.⁵⁵ In oktober 1914 zond de Duitse gouverneur van Zuidwest-Afrika een missie naar Naulilaa, een Portugese basis in het huidige Angola, om de doorvoer van

50. Vgl. ook art. 31 lid 1, *supra* n. 2,

51. Zie art. 31 en commentaar, *ibid.*, p. 226, par. 7; zie ook par. 2 van dit hfdst.

52. Zie art. 38 en commentaar, *supra* n. 2, p. 269-275; zie ook C. Gray, *Judicial Remedies in International Law*, 1987, p. 29-33.

53. Zie commentaar op art. 31, *supra* n. 2, p. 228, par. 11; art. 39 en commentaar, *ibid.*, p. 275-277.

54. Zie art. 31 en commentaar, *supra* n. 2, p. 227, par. 10; zie ook B. Bollecker-Stern, *La préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, 1973.

55. Zie *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique* (Portugal v. Germany), *RIAA* (2) p. 1031-1032 (hierna: *Naulilaa*).

voorraden via Angola naar Zuidwest-Afrika veilig te stellen. Duitsland was op dat moment niet in oorlog met Portugal. De ontmoeting in Naulilaa leidde evenwel tot een schietincident als gevolg van misverstanden tussen Portugese en Duitse officieren die terug te voeren zijn op een onbekwame Duitse vertaler. Het schietincident had de dood van enkele Duitsers tot gevolg. Naar aanleiding van het schietincident zond Duitsland een militaire expeditie naar zuidelijk Angola om de Portugese basis Naulilaa te verwoesten. De Duitse troepen bezetten gedurende korte tijd een deel van zuidelijk Angola en de Portugese troepen trokken zich daarop terug in noordwestelijk Angola. Nadat de Duitse troepen zich hadden teruggetrokken op het grondgebied van Zuidwest-Afrika kwam de lokale bevolking in opstand in het gebied waarover de Portugese autoriteiten de controle hadden verloren. De Portugese regering moest een speciale expeditie organiseren om de orde te herstellen. Na de Eerste Wereldoorlog stelde Portugal Duitsland aansprakelijk voor (i) de schade van de invasie, (ii) de schade van de rebellie, en (iii) de kosten van de expeditie. Het bestaan van een causaal verband tussen de onder (ii) en (iii) genoemde schadeposten en de militaire expeditie werd door Duitsland betwist. Het arbitragetribunaal kwalificeerde de militaire expeditie van Duitsland als onrechtmatig, erkende het bestaan van een feitelijk causaal verband tussen de schade en de internationale onrechtmatige daad van Duitsland en ging vervolgens na of de schade het natuurlijke en normale gevolg daarvan was. Ten aanzien van het juridisch causaal verband concludeerde het tribunaal dat Duitsland niet de omvang van de schade had kunnen voorzien die het gevolg was van de rebellie, maar wel had moeten voorzien dat de expeditie, naast de schade van de invasie, ook andere vormen van schade voor Portugal met zich zou brengen. Op grond van overwegingen van redelijkheid en billijkheid kende het tribunaal Portugal daarom een *beperkte* schadevergoeding toe.

3.1.2.1 Herstel in oude toestand

De toekenning van *restitutio in integrum* beoogt het herstel van de *status quo ante*, dat wil zeggen de terugkeer naar de rechtsverhouding zoals die bestond voordat de internationale onrechtmatige daad werd gepleegd. Een onderscheid wordt gemaakt tussen materiële restitutie (bijv. de teruggave van goederen die onrechtmatig in beslag zijn genomen) en juridische restitutie (bijv. de intrekking van onrechtmatige wetgeving). Beide vormen van restitutie kunnen worden toegekend en het onderscheid heeft dus geen juridische betekenis.

Het 'herstellen van de oude toestand', *i.e.* de toestand die bestond voor het plegen van de internationale onrechtmatige daad, gaat voorbij aan het intertemporele element van de nadelige gevolgen die de internationale onrechtmatige daad met zich brengt. De Commissie staat een dergelijke beperkte opvatting van *restitutio in integrum* voor, omdat de bepaling van de reparatie slechts een empirische reconstructie vergt van de situatie die bestond voordat de internationale onrechtmatige daad werd gepleegd en niet van een theoretische reconstructie van de situatie die zou hebben bestaan indien

de internationale onrechtmatige daad niet zou zijn gepleegd.⁵⁶ Deze beperkte opvatting van *restitutio in integrum* sluit overigens niet uit dat de inbreuk op de rechtsbetrekking anderszins moet worden hersteld in verband met het intertemporele element van de nadelige gevolgen van de desbetreffende internationale onrechtmatige daad.

De verplichting om de oude toestand te herstellen is niet absoluut. In de rechtspraak worden enkele beperkingen van het toekennen van *restitutio in integrum* onderkend. Deze vorm van reparatie mag alleen worden toegekend, indien de uitvoering daarvan (i) niet feitelijk onmogelijk is, of (ii) niet een last tot gevolg heeft die niet in een redelijke verhouding staat tot het voordeel dat deze vorm van reparatie heeft ten opzichte van schadevergoeding. Een eis voor *restitutio in integrum* wordt niet toegekend indien de uitvoering daarvan feitelijk onmogelijk is geworden (bijv. de teruggave van onrechtmatig in beslag genomen goederen die inmiddels verloren zijn gegaan). Een eis voor *restitutio in integrum* wordt eveneens niet toegekend indien dit een last tot gevolg heeft die niet in een redelijke verhouding staat tot het voordeel dat deze vorm van reparatie heeft. Hierbij gaat het, voor alle duidelijkheid, niet om de vraag of de internationale onrechtmatige daad moet worden gerepareerd, maar om de vorm van de reparatie. Indien om deze reden geen *restitutio in integrum* wordt toegekend, is de pleger van de internationale onrechtmatige daad niet ontslagen van zijn verplichting om de inbreuk op de rechtsbetrekking op een andere wijze te herstellen. Bij de toepassing van dit artikel moet de situatie van de pleger van de internationale onrechtmatige daad worden vergeleken met de staat of staten die rechten kunnen ontleenen aan de inbreuk op de rechtsbetrekking. Hierbij gaat het volgens de Commissie om de redelijkheid en billijkheid met dien verstande dat bij de belangenafweging een voorkeur moet worden gegeven aan de benadeelde staat.⁵⁷ Factoren die bij deze belangenafweging een rol spelen, omvatten de gevolgen voor de politieke onafhankelijkheid en economische stabiliteit van de betrokken staten.

Het belang van het herstel van de oude toestand als middel om de inbreuk op de rechtsbetrekking te herstellen kwam aan de orde in de geschillen tussen de VS en enkele staten over de consulaire bescherming van hun onderdanen die in de VS ter dood waren veroordeeld (zie ook 3.1.1.2). Volgens het Internationaal Gerechtshof waren de aangeboden verontschuldigheden niet voldoende om de inbreuk op de rechtsbetrekking te herstellen. Onder verwijzing naar het beginsel van volledige reparatie concludeerde het Hof dat in deze gevallen diende te worden voorzien in effectieve procedures voor de herziening van de vonnissen waarbij de keuze voor de aard van de procedures in beginsel wordt overgelaten aan de VS.⁵⁸

56. Zie commentaar op art. 35, *supra* n. 2, p. 238, par. 2.

57. *Ibid.*, p. 243, par. 11.

58. Zie *Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States), *ICJ Rep.* 2004, p. 128, par. 123-124, 131; en *LaGrand* (Germany v. United States), *ICJ Rep.* 2001, p. 492, par. 123-125.

3.1.2.2 Schadevergoeding

Indien *restitutio in integrum* niet kan worden toegekend om één van de hierboven genoemde redenen of de inbreuk op de rechtsbetrekking daarmee niet volledig wordt hersteld, is de pleger van de internationale onrechtmatige daad verplicht de inbreuk te herstellen door vergoeding van de schade die door de internationale onrechtmatige daad is veroorzaakt. Het doel van schadevergoeding is om de (resterende) nadelige gevolgen van de internationale onrechtmatige daad te kwantificeren en de pleger daarvan in een vergelijkbare vermogenspositie te brengen als wanneer de daad niet zou zijn gepleegd. Schadevergoeding kan zowel in geld als in *natura* worden gegeven. Aan het internationaal recht kunnen staten geen recht ontlenen voor het eisen van additionele schadevergoeding.⁵⁹ Het internationale aansprakelijkheidsrecht beoogt weliswaar de gevolgen van de internationale onrechtmatige daad te corrigeren, maar heeft zeker geen strafrechtelijk karakter.

Op grond van het beginsel van volledige reparatie komen alle vormen van schade voor vergoeding in aanmerking, althans voorzover de schade op geld waardeerbaar is.⁶⁰ Dit geldt voor fysieke schade, economische schade en immateriële schade. Fysieke schade betreft letsel aan personen en het verlies of de beschadiging van zaken, met inbegrip van natuurlijke hulpbronnen en milieuwaarden. De berekening van letsel-schade is relatief eenvoudig, maar de waardebepaling van zaken blijkt in de praktijk complex, in het bijzonder in geval van onteigening. Economische schade ziet op de derving van inkomsten of winst, de vermindering van de verkoop- of verhuurwaarde van roerende of onroerende zaken en ook de kosten die de benadeelde staat heeft gemaakt om schade te beperken. Gelet op de commerciële en politieke risico's waaraan toekomstige inkomsten onderhevig zijn, komen voor vergoeding alleen juridisch beschermde belangen in aanmerking die met voldoende zekerheid kunnen worden vastgesteld.⁶¹ Onder immateriële schade valt niet alleen de psychische schade van natuurlijke of rechtspersonen, maar ook de 'juridische' schade van de benadeelde staat alsmede de 'morele en politieke' schade die daarmee verband houdt, zoals de schending van soevereiniteit. Voor de immateriële schade, bijvoorbeeld, die natuurlijke personen lijden als gevolg van onrechtmatige vrijheidsberoving, wordt in de praktijk een vaste vergoeding per dag toegekend.

De immateriële schade van de benadeelde staat is echter moeilijk op geld waardeerbaar. De Commissie sluit deze vorm van schade daarom uit van de posten die voor schadevergoeding in aanmerking komen.⁶² Desondanks wordt in de praktijk wel schadevergoeding toegekend voor deze vorm van schade. In de *Eerste Rainbow Warrior* zaak was vastgesteld dat Frankrijk een internationale onrechtmatige daad had gepleegd door haar betrokkenheid bij de plaatsing van een bom op een schip van Greenpeace (de 'Rainbow Warrior') in de haven van Auckland in Nieuw-Zeeland (zie

59. Zie commentaar op art. 36, *supra* n. 2, p. 245, par. 4; en Gray, *supra* n. 52, p. 26-28.

60. Zie commentaar op art. 36, *supra* n. 2, p. 244, par. 1; en Gray, *supra* n. 52, p. 33-40.

61. Zie art. 36 lid 2 en commentaar, *supra* n. 2, p. 258-262, par. 27-33; en Gray, *supra* n. 52, p. 29-33.

62. Zie commentaar op art. 36, *supra* n. 2, p. 244, par. 1.

3.1.1.1). De aanslag van de Franse geheime dienst had geleid tot het verlies van de 'Rainbow Warrior', die toebehoorde aan de Stichting Greenpeace, en de dood van een lid van de bemanning, maar Nieuw-Zeeland kon geen diplomatieke bescherming uitoefenen ten aanzien van het schip of het desbetreffende lid van de bemanning, omdat geen van beide de nationaliteit van Nieuw-Zeeland hadden. Frankrijk heeft overigens een rechtstreekse regeling getroffen met zowel de Stichting Greenpeace als de familie van het slachtoffer. In deze zaak heeft Nieuw-Zeeland dan ook alleen immateriële schade geleden (en *restitutio in integrum* was vanzelfsprekend niet meer mogelijk). Desondanks werd Nieuw-Zeeland reparatie in de vorm van schadevergoeding toegekend voor 'all the damage it has suffered,' met inbegrip van 'the violation of sovereignty and the affront and insult that that involved.'⁶³

3.1.2.3 Genoegdoening

Indien *restitutio in integrum* of schadevergoeding niet kan worden toegekend of de inbreuk op de rechtsbetrekking daarmee niet volledig wordt hersteld, is de pleger van de internationale onrechtmatige daad verplicht de inbreuk te herstellen door genoegdoening. Bij genoegdoening kan men denken aan verontschuldigen voor de internationale onrechtmatige daad, symbolische schadevergoeding, een declaratoire uitspraak waaruit blijkt dat de pleger van de internationale onrechtmatige daad in strijd met het internationaal recht heeft gehandeld en het treffen van disciplinaire of, in het geval van strafbare feiten, het nemen van strafrechtelijke maatregelen tegen de personen wier gedragingen ten grondslag liggen aan de internationale onrechtmatige daad. Verzekeringen van en garanties voor niet-herhaling van een onrechtmatige daad (zie 3.1.1.2) kunnen ook wel als een vorm van genoegdoening worden beschouwd. Genoegdoening strekt er weliswaar toe om de nadelige gevolgen van de internationale onrechtmatige daad ongedaan te maken, maar deze vorm van reparatie heeft in feite ook een correctief element.⁶⁴

Genoegdoening is in het bijzonder een passende vorm van reparatie voor de immateriële schade die een staat heeft geleden als gevolg van de internationale onrechtmatige daad. Deze vorm van schade is moeilijk op geld waardeerbaar (zie 3.1.2.2), terwijl dit nadeel ook niet met behulp van *restitutio in integrum* ongedaan kan worden gemaakt. In de *Eerste Rainbow Warrior* zaak had Nieuw-Zeeland, zoals gezegd, slechts immateriële schade geleden. Afgezien van de toekenning van schadevergoeding bepaalde de arbiter in deze zaak dat Frankrijk aan Nieuw-Zeeland 'a formal and unqualified apology' moest aanbieden en tevens dat de betrokken agenten van de Franse geheime dienst gedurende een periode van drie jaar moesten worden overgebracht naar 'an isolated island outside of Europe.'⁶⁵ Hoewel de immateriële schade van een benadeelde staat doorgaans ongedaan wordt gemaakt door deze en vergelijk-

63. Zie *Rainbow Warrior I*, *supra* n. 44, p. 213.

64. Dit wordt ontkend door de ILC in haar commentaar op art. 37, *supra* n. 2, p. 268, par. 8.

65. Zie *Rainbow Warrior I*, *supra* n. 44, p. 213 resp. 214.

bare vormen van genoegdoening, met inbegrip van symbolische schadevergoeding, werd in de *Eerste Rainbow Warrior* zaak ook schadevergoeding toegekend. In de *Tweede Rainbow Warrior* zaak bestreed Frankrijk dit onderdeel van de uitspraak in de *Eerste Rainbow Warrior* zaak en stelde dat genoegdoening de enige juiste vorm van reparatie is voor immateriële schade die door een benadeelde staat is geleden. Dit argument werd echter door de arbiters verworpen die de uitspraak van de arbiter in de *Eerste Rainbow Warrior* zaak op dit punt bevestigen en expliciet stellen dat schadevergoeding voor morele en juridische schade kan worden geëist en toegekend.⁶⁶

3.1.3 *Additionele rechtsgevolgen in het geval van een ernstige inbreuk op de internationale rechtsorde*

In de Algemene Vergadering van de VN, de Commissie en de doctrine is lang getwist over nut en noodzaak van de introductie van een categorie van internationale misdrijven voor internationale onrechtmatige daden die de internationale gemeenschap ernstig hebben geschokt. De Commissie heeft hiervan uiteindelijk afgezien, omdat het internationaal recht inzake aansprakelijkheid daarmee een strafrechtelijke component zou krijgen, terwijl daarvoor in de internationale rechtsontwikkeling geen aanknopingspunten konden worden gevonden.⁶⁷ Onderkend werd evenwel dat in de rechtspraktijk additionele rechtsgevolgen gelden in het geval van een ernstige inbreuk op de internationale rechtsorde. De Commissie heeft getracht om deze praktijk te codificeren en verder te ontwikkelen.

Additionele rechtsgevolgen gelden volgens de Commissie alleen in het geval van een schending van dwingend internationaal recht. Hoewel dwingend internationaal recht per definitie een verplichting *erga omnes* is, geldt dat niet *vice versa* en gelden deze additionele rechtsgevolgen niet voor alle verplichtingen *erga omnes*.⁶⁸ Hierbij kan gedacht worden aan het onrechtmatig gebruik van natuurlijke hulpbronnen van de volle zee of de onrechtmatige lozing van stoffen in de volle zee. Een tweede voorwaarde voor de toepassing van de additionele rechtsgevolgen heeft volgens de Commissie betrekking op de aard van de schending. De additionele gevolgen gelden slechts in het geval van een 'ernstige schending'. Hiervan is sprake indien de pleger van de internationale onrechtmatige daad willens en wetens systematisch verzuimt om de betrokken internationale verplichting na te leven of dat in een incidenteel geval op flagrante wijze doet.⁶⁹

Opmerkelijk is dat de additionele rechtsgevolgen zich niet of niet alleen richten op de pleger van een internationale onrechtmatige daad, maar veeleer betrekking hebben op andere staten. Op de pleger van de internationale onrechtmatige daad rusten de hierboven beschreven plichten die gelden voor elke internationale onrechtmatige

66. Zie *Rainbow Warrior II*, *supra* n. 15, par. 115-120.

67. Zie commentaar op hoofdstuk III, *supra* n. 2, p. 279, par. 5.

68. Over dwingend internationaal recht en verplichtingen *erga omnes*, zie hfdst. 4.

69. Zie art. 40 en commentaar, *supra* n. 2, p. 282-286.

daad; Nederland heeft tevergeefs aangedrongen op de introductie van een strafrechtelijk element in de vorm van een verplichting tot betaling van additionele schadevergoeding.⁷⁰ Andere staten worden verplicht om samen te werken om de internationale onrechtmatige daad te beëindigen alsmede om de onrechtmatige toestand niet te erkennen of de pleger op enigerlei wijze bij te staan bij de handhaving daarvan.⁷¹ Het verbod voor staten om een onrechtmatige toestand niet te erkennen heeft niet alleen betrekking op een formele erkenning daarvan, zoals de erkenning van een staat waarvan de onafhankelijkheid in strijd met het internationaal recht is uitgeroepen (bijvoorbeeld de Turkse Republiek van Noord-Cyprus), maar ook op handelingen die daar feitelijk op neerkomen, zoals het aangaan van diplomatieke betrekkingen met de autoriteiten daarvan. Het verbod lijdt uitzondering indien humanitaire omstandigheden daartoe aanleiding geven, zoals de erkenning door staten van door die autoriteiten afgegeven akten die betrekking hebben op persoons- en familieaangelegenheden.⁷²

Het bestaan en de inhoud van additionele rechtsgevolgen voor andere staten in het geval van een ernstige inbreuk op de internationale rechtsorde zijn ook onderkend in een advies van het Internationaal Gerechtshof over de bouw van een muur door Israël in Palestijnse gebieden die in strijd met resolutie 242 van de Veiligheidsraad door Israël worden bezet. Nadat het Hof heeft vastgesteld dat de bouw van de muur in deze gebieden onrechtmatig is en de rechtsgevolgen heeft vastgesteld, onderzoekt het Hof de rechtsgevolgen hiervan voor andere staten. Het Hof stelt vast dat de internationale onrechtmatige daad het gevolg is van de schending van enkele *erga omnes* verplichtingen. Gelet op het karakter en het belang van deze verplichtingen, zijn alle staten verplicht om de onrechtmatige toestand niet te erkennen of Israël bij te staan bij de handhaving daarvan en verder dat alle staten erop moeten toezien dat de internationale onrechtmatige daad wordt beëindigd en de naleving van het internationaal recht wordt gewaarborgd.⁷³ Het Hof stelt dus niet dezelfde eisen voor de toepassing van additionele rechtsgevolgen als de Commissie. De toepassing van additionele rechtsgevolgen wordt door het Hof niet beperkt tot schendingen van dwingend internationaal recht en ook niet tot ernstige schendingen van het internationaal recht.

3.2 De implementatie van staatsaansprakelijkheid

De beschreven verplichtingen ontstaan automatisch voor een pleger van een internationale onrechtmatige daad en vereisen dus geen afzonderlijke handelingen van andere staten. Dit neemt niet weg dat met deze verplichtingen rechten corresponderen van andere staten. Andere staten hebben het recht om de pleger van een internationale onrechtmatige daad aansprakelijk te stellen en op grond daarvan eisen te stellen alsmede om stappen te zetten om de rechten te verwezenlijken. Voor de verwezenlijking

70. Zie VN Doc. A/CN.4/515 (2001), p. 54, 56.

71. Zie art. 41 en commentaar, *supra* n. 2, p. 286-292.

72. Zie *Namibia*, *supra* n. 43, p. 16, par. 126.

73. Zie *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, *ICJ Rep.* 2004, p. 136, par. 154-159.

van de rechten kan in eerste instantie worden gedacht aan het openen van diplomatieke onderhandelingen of de inschakeling van derden om eventuele geschillen over deze rechten te beslechten, maar kunnen uiteindelijk ook unilaterale maatregelen (tegenmaatregelen) worden getroffen. Aan de uitoefening van deze rechten zijn evenwel voorwaarden verbonden.

3.2.1 *Het stellen van staatsaansprakelijkheid*

De pleger van een internationale onrechtmatige daad kan in beginsel alleen aansprakelijk worden gesteld door staten die daardoor zijn benadeeld.⁷⁴ Van belang is in dit verband het onderscheid tussen verplichtingen die een bilateraal karakter hebben en verplichtingen die een collectief karakter hebben. Als 'benadeelde staat' wordt in het eerste geval aangemerkt de andere staat die als gevolg van de internationale onrechtmatige daad in zijn individuele belangen is geraakt. De oorsprong van een verplichting met een bilateraal karakter kan een bilateraal verdrag zijn, maar ook een unilaterale rechtshandeling, een bindende uitspraak van een internationale rechter of een multilateraal verdrag die in feite een serie van bilaterale rechtsverhoudingen in het leven heeft geroepen, zoals verdragen die diplomatieke en consulaire betrekkingen regelen. Als benadeelde staat wordt in het tweede geval aangemerkt (i) een andere staat op wie de collectieve verplichting rust en die als gevolg van de internationale onrechtmatige daad in het bijzonder wordt geraakt, en (ii) de andere staten op wie de collectieve verplichting rust en voor wie de positie ten aanzien van de toekomstige naleving van de verplichting radicaal is gewijzigd als gevolg van de internationale onrechtmatige daad. De oorsprong van een verplichting met een collectief karakter is multilateraal en kan bestaan jegens een groep van staten, zoals een verdragsgemeenschap, of de internationale gemeenschap als geheel. Het eerste geval ziet bijvoorbeeld op de onrechtmatige vervuiling van de volle zee, waar alle staten een belang bij hebben, die resulteert in de vervuiling van de kusten van enkele staten die daar een bijzonder belang bij hebben. Het tweede geval ziet bijvoorbeeld op de schending van een multilateraal verdrag dat de partijen verplicht om een kernwapenvrije zone in te stellen en waarvan naleving in redelijkheid niet meer door andere partijen kan worden verlangd na de stationering van kernwapens door één van de partijen op het grondgebied van die partij. In het laatste geval kunnen de andere partijen er op grond van het verdragenrecht voor kiezen om het betrokken verdrag te schorsen of te beëindigen in relatie tot de pleger van de internationale onrechtmatige daad alsmede de andere partijen, maar zij zouden er ook op grond van het aansprakelijkheidsrecht voor kunnen kiezen om de pleger van de internationale onrechtmatige aansprakelijk te stellen en het herstel van de rechtsbetrekking en de reparatie van de inbreuk daarop te eisen.⁷⁵

74. Zie art. 42 en commentaar, *supra* n. 2, p. 292-301.

75. Zie verder Lefeber, *supra* n. 42.

Een staat die niet door een internationale onrechtmatige daad wordt benadeeld, heeft in beginsel niet het recht om de pleger van een internationale onrechtmatige daad aansprakelijk te stellen. In de *South West Africa* zaken heeft het Internationaal Gerechtshof bepaald dat een staat slechts ontvankelijk is voor dat Hof, indien die staat in zijn individuele belangen is geraakt.⁷⁶ De Commissie heeft evenwel aanleiding gezien in de rechtspraak om in bijzondere gevallen ook het recht toe te kennen aan andere staten om een staat aansprakelijk te stellen, indien de eerstgenoemde staat niet een individueel belang beoogt te behartigen, maar een algemeen belang.⁷⁷ Dit kan zowel een belang zijn van een groep van staten, zoals een verdragsgemeenschap, of de internationale gemeenschap als geheel. Het gaat in deze gevallen om de schending van *erga omnes* verplichtingen, zoals het verbod op het plegen van agressie en genocide alsmede het respecteren van fundamentele rechten van de mens en het recht op zelfbeschikking. Dit houdt in dat staat A staat B aansprakelijk kan stellen, indien staat A zijn eigen onderdanen op zijn eigen grondgebied in strijd met de rechten van de mens behandelt. De rechten van een staat die opkomt voor het algemeen belang verschillen in feite niet van die van de benadeelde staat, althans niet voorzover die betrekking hebben op het herstel van de rechtsbetrekking en de reparatie van de inbreuk daarop. Hoewel het accent in de praktijk van deze gevallen zal liggen op het herstel van de rechtsbetrekking, is een eis tot reparatie niet uitgesloten. De reparatie dient dan wel ten goede te komen van de benadeelde staat of andere entiteiten, zoals de internationale gemeenschap als geheel, die nadeel hebben ondervonden van de internationale onrechtmatige daad.

Hoewel de ontvankelijkheid van acties in het algemeen belang in het (geschreven) algemene internationaal recht (nog) omstreden is, wordt in sommige regionale verdragen, in het bijzonder verdragen die de rechten van de mens beogen te beschermen, expliciet voorzien in de ontvankelijkheid van dergelijke acties. Een voorbeeld hiervan is het Europese Verdrag voor de rechten van de mens en fundamentele vrijheden (art. 24). In de praktijk wordt van deze bepaling om politieke redenen weinig gebruik gemaakt. Slechts in het geval van ernstige schendingen van de rechten van de mens in Griekenland en Turkije hebben een aantal partijen besloten om gezamenlijk deze staten daarvoor aansprakelijk te stellen. In beide gevallen behoorde Nederland tot de eisende partijen.⁷⁸

Een staat die een pleger van een internationale onrechtmatige daad aansprakelijk mag en wil stellen dient daarvan kennis te geven en daarin ontvankelijk te zijn.⁷⁹ Deze staat is daarin alleen ontvankelijk indien hij (i) gerechtigd is diplomatieke bescherming uit te oefenen in het geval hij daarbij opkomt voor de belangen van zijn

76. Zie *South West Africa* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase, *ICJ Rep.* 1966, p. 6, par. 88.

77. Zie art. 48 en commentaar, *supra* n. 2, p. 318-324.

78. Zie *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*, Report of the Commission of 5 November 1969, *Yb ECHR* (XII) 1969, p. 126; en *France, Norway, Denmark, Sweden and the Netherlands v. Turkey*, Decision of the Commission of 6 December 1983, *Yb ECHR* (XXVI) 1983, p. 1.

79. Zie art. 43-45, alsmede art. 48 lid 3 en commentaar, *supra* n. 2, p. 301-311, 324.

onderdanen en in voorkomende gevallen deze onderdanen de beschikbare en effectieve nationale rechtsmiddelen hebben uitgeput, en (ii) niet expliciet of impliciet afstand heeft gedaan van zijn recht om de pleger van de internationale onrechtmatige daad aansprakelijk te stellen. In de *Nauru* zaak heeft het Internationaal Gerechtshof namelijk duidelijk gemaakt dat ‘delay on the part of a claimant State may render an application inadmissible.’⁸⁰ Het internationaal recht kent evenwel geen specifieke termijn waarbinnen de eis moet worden ingediend na de manifestatie van de schade. Volgens het Hof bepalen de omstandigheden van het geval uiteindelijk de lengte van die termijn.

3.2.2 *Het nemen van tegenmaatregelen*

Als gevolg van het ontbreken van verplichte rechtsmacht van internationale voorzieningen voor de beslechting van geschillen, kan een benadeelde staat het herstel van de rechtsbetrekking en reparatie van de inbreuk daarop in veel gevallen uiteindelijk alleen afdwingen door middel van eigenrichting of tegenmaatregelen.⁸¹ Om die reden is de toepassing van eigenrichting in het internationaal recht onder strikte voorwaarden toegestaan. In deze paragraaf zal worden ingegaan op de algemene regels met betrekking tot tegenmaatregelen die door de benadeelde staat mogen worden getroffen naar aanleiding van een internationale onrechtmatige daad van een andere staat. Niet zal worden ingegaan op bijzondere tegenmaatregelen, zoals de sancties die de Veiligheidsraad van de VN kan treffen na de constatering van een inbreuk op het verbod op het dreigen met of het gebruik van geweld, bedoeld in artikel 39 van hoofdstuk VII van het VN-Handvest.⁸²

Een tegenmaatregel is een handeling van een benadeelde staat die in strijd zou zijn met zijn internationale verplichtingen, indien die handeling niet wordt gerechtvaardigd door een voorafgaande internationale onrechtmatige daad van een andere staat.⁸³ Het recht van een benadeelde staat om tegenmaatregelen te treffen, stelt deze staat in de gelegenheid om het herstel van de rechtsbetrekking en de reparatie van de inbreuk daarop af te dwingen. Het is dus per definitie een tijdelijke maatregel die moet worden beëindigd zodra de rechtsbetrekking en de inbreuk daarop zijn hersteld (art. 49 lid 2, 53). De tegenmaatregelen mogen bovendien alleen inbreuk maken op de rechten van de pleger(s) van de internationale onrechtmatige daad en niet op die van andere staten (art. 49 lid 1). Indien een inbreuk zou worden gemaakt op de rechten van die andere staten, kunnen die staten de staat die de tegenmaatregelen heeft genomen daarvoor op hun beurt aansprakelijk stellen.

80. *Certain Phosphate Lands in Nauru* (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, *ICJ Rep.* 1992, p. 240, par. 32.

81. Over het terminologische onderscheid tussen ‘tegenmaatregelen’, ‘sancties’, ‘represailles’ en ‘retorsies’, zie de inleidende opmerkingen van de ILC over tegenmaatregelen, VN Doc. A/56/10 (2001), p. 325-327, par. 3-5.

82. Over dergelijke bijzondere tegenmaatregelen, zie hfdst. 12.

83. Zie art. 22, *supra* n. 2; *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, *supra* n. 14, par. 82; zie ook 2.3.2.

Een tegenmaatregel is alleen gerechtvaardigd, indien aan een aantal voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats mag de benadeelde staat geen tegenmaatregelen nemen zonder de pleger van de internationale onrechtmatige daad in de gelegenheid te hebben gesteld om de daad te beëindigen en ongedaan te maken. De benadeelde staat moet kennis geven van zijn eisen en zijn voornemen om tegenmaatregelen te nemen en – behoudens voorlopige tegenmaatregelen, zoals de bevrozing van tegoeden – het herstel van de rechtsbetrekking en de reparatie van de inbreuk daarop eerst door middel van diplomatieke onderhandelingen trachten te bewerkstelligen. Het is echter omstreden of de benadeelde staat alle beschikbare rechtsmiddelen moet uitputten alvorens deze staat tegenmaatregelen mag nemen. Volgens de Commissie is de uitputting van rechtsmiddelen niet noodzakelijk. Indien diplomatieke onderhandelingen niet tot het herstel van de rechtsbetrekking en de reparatie van de inbreuk daarop hebben geleid, mag de benadeelde staat tegenmaatregelen treffen. Indien de pleger van de internationale onrechtmatige daad evenwel instemt met de beslechting van het geschil door een internationale voorziening die bevoegd is daarover een bindende uitspraak te doen en zonodig voorlopige maatregelen kan treffen om te voorkomen dat een onherstelbare inbreuk wordt gemaakt op de rechten van de benadeelde staat, moet de tegenmaatregel worden opgeschort zolang de pleger van de internationale onrechtmatige daad te goeder trouw aan de beslechting van het geschil meewerkt.⁸⁴

In de tweede plaats mag de tegenmaatregel niet behoren tot de categorie van verboden tegenmaatregelen (art. 50). Tot deze categorie behoren het dreigen met of het gebruik van geweld, een inbreuk op fundamentele mensenrechten, een inbreuk op de diplomatieke en consulaire onschendbaarheid en andere handelingen die in strijd zijn met het dwingend internationaal recht. In de *Naulilaa* zaak (zie 3.1.2) deed Duitsland een beroep op het recht om tegenmaatregelen te nemen om de militaire expeditie in zuidelijk Angola te rechtvaardigen. Het arbitragetribunaal ging niet na of het gebruik van geweld als tegenmaatregel verboden was, maar alleen of het gebruik van geweld in dat geval voldeed aan de voorwaarden voor het nemen van tegenmaatregelen.⁸⁵ Volgens de stand van het internationaal recht in die tijd was het gebruik van geweld als tegenmaatregel niet als zodanig verboden, maar volgens de stand van het huidige internationaal recht zou het gebruik van geweld als tegenmaatregel onder alle omstandigheden uitgesloten zijn geweest. Overigens voldeed het gebruik van geweld door Duitsland niet aan de voorwaarden voor het nemen van tegenmaatregelen, omdat de tegenmaatregel niet proportioneel was en Portugal ook niet in de gelegenheid was gesteld om de vermeende internationale onrechtmatige daad te beëindigen en ongedaan te maken.

In de derde plaats moeten tegenmaatregelen proportioneel zijn in het licht van de ernst van de internationale onrechtmatige daad en de rechten die in het geding zijn.⁸⁶

84. Zie art. 52 lid 3, 52 lid 4 en commentaar, *supra* n. 2, p. 347-349.

85. Zie *Naulilaa*, *supra* n. 55, p. 1024-1028.

86. Zie art. 51, *supra* n. 2; *Gabčikovo-Nagymaros Project*, *supra* n. 14, par. 85; *Naulilaa*, *supra* n. 55, p. 1028.

In de *Gabčíkovo-Nagymaros* zaak (zie 3.1.1.1) strandde het beroep van Slowakije op het recht om tegenmaatregelen te nemen op deze voorwaarde. Hongarije had volgens Slowakije een internationale onrechtmatige daad gepleegd door een bilateraal verdrag over het gebruik van het water van de Donau niet uit te voeren in overeenstemming met de bepalingen van dat verdrag, éézijdig op te schorten en uiteindelijk éézijdig op te zeggen. Slowakije besloot daarop het verdrag in gewijzigde vorm uit te voeren om de doeleinden daarvan zoveel mogelijk te realiseren en probeerde deze handelwijze voor het Internationaal Gerechtshof te rechtvaardigen met een beroep op het recht om tegenmaatregelen te nemen. Het Hof overwoog dat Slowakije 'by unilaterally assuming control of a shared resource, and thereby depriving Hungary of its right to an equitable and reasonable share of the natural resources of the Danube ... failed to respect the proportionality which is required by international law.'⁸⁷ De tegenmaatregel van Slowakije betekende een inbreuk op het fundamentele beginsel van het internationaal rivierenrecht dat alle oeverstaten recht hebben op een redelijk en billijk deel van de natuurlijke hulpbronnen van een internationale rivier. Volgens het Hof woog het belang van Slowakije om het verdrag zonder toestemming van Hongarije in gewijzigde vorm uit te voeren niet op tegen deze inbreuk en de voortdurende gevolgen daarvan. Overigens is deze uitspraak bekritiseerd, omdat het Hof de disproportionaliteit van de tegenmaatregel niet goed heeft gemotiveerd.⁸⁸

Een staat die niet door een internationale onrechtmatige daad wordt benadeeld, mag in bepaalde gevallen de pleger van een internationale onrechtmatige daad aansprakelijk stellen (zie 3.2.1). Het is (nog) meer omstreden of een dergelijke staat of groep van staten 'in het algemeen belang' tegenmaatregelen mag nemen. De Commissie komt tot een negatieve conclusie, maar wijst op de bestaande schaarse statenpraktijk en sluit niet uit dat het internationaal recht in de toekomst op dit gebied verder wordt ontwikkeld.⁸⁹

4. SCHADEVERGOEDING ZONDER EEN INTERNATIONALE ONRECHTMATIGEDAAD

Uit de statenpraktijk blijkt dat staten ook schadevergoeding betalen zonder dat bewezen is dat zij een internationale onrechtmatige daad hebben gepleegd. In een dergelijk geval bestaat daartoe geen verplichting op grond van het recht inzake staatsaansprakelijkheid (secundaire normen). In dit verband wordt een onderscheid gemaakt tussen gevallen waarin staten verplicht zijn tot het betalen van schadevergoeding op grond van een primaire norm en gevallen waarin een dergelijke verplichting noch op grond van een primaire norm noch op grond van een secundaire norm bestaat.

87. Zie *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, *supra* n. 14, par. 85.

88. Zie *ibid.*, 'dissenting opinion' van rechter Vereshchetin; J.G. Lammers, 'The Gabčíkovo-Nagymaros case seen in particular from the perspective of the law of international watercourses and the protection of the environment', *LJIL* (11) 1998, p. 305-306; en Lefeber, *supra* n. 42, p. 617-618.

89. Zie art. 54 en commentaar, *supra* n. 2, p. 349-355.

In de eerste categorie van gevallen betalen staten schadevergoeding op grond van een verplichting die voortvloeit uit een primaire norm. Als voorbeeld kan worden genoemd de schadevergoeding die krachtens het internationaal recht door een staat moet worden betaald voor een onteigening die niet in strijd is met internationaal recht.⁹⁰ Dit geval moet worden onderscheiden van een internationaal onrechtmatige nationalisatie waarop de normale rechtsgevolgen van een internationale onrechtmatige daad wel van toepassing zijn. Een ander voorbeeld betreft het geval waarin staat A toestemming ('consent') geeft aan staat B voor een inbreuk op een recht van staat A. Aangezien staat A niet gedwongen kan worden tot het geven van toestemming, kan staat A ook besluiten om de toestemming te geven op voorwaarde dat schadevergoeding wordt betaald door staat B voor de (eventuele) schade die staat A als gevolg van de handelingen van staat B lijdt. Indien in deze gevallen geen schadevergoeding zou worden betaald, is dat de schending van een internationale verplichting en kan de desbetreffende staat wel worden aangesproken op grond van het recht inzake staatsaansprakelijkheid.

In de tweede categorie van gevallen betalen staten schadevergoeding zonder dat zij daartoe een verplichting hebben op grond van een secundaire norm of een primaire norm (schadevergoeding *ex gratia*).⁹¹ In dit verband wordt een onderscheid gemaakt tussen de betaling van een schadevergoeding (i) aan een getroffen staat, die vervolgens deze vergoeding op een door hem te bepalen wijze kan verdelen, of (ii) rechtstreeks aan natuurlijke of rechtspersonen (transnationale aansprakelijkheid). Een voorbeeld van de betaling van een schadevergoeding *ex gratia* betreft de schade die het gevolg was van de bovengrondse kernproeven die de VS op 1 maart 1954 uitvoerde op de atollen Eniwetok en Bikini in de Grote Oceaan. In die tijd werden bovengrondse kernproeven nog niet als onrechtmatig aangemerkt, althans niet door de kernmogendheden. Hoewel de VS een veiligheidszone had ingesteld, had deze voorzorgsmaatregel niet het gewenste effect als gevolg van verkeerde calculaties van de kracht van de explosie en de windrichting. Radioactieve neerslag veroorzaakte letsels en zaakschade op enkele Japanse schepen buiten de veiligheidszone, terwijl ook de Japanse visverwerkende industrie aanzienlijke schade leed als gevolg van de besmetting van de vangsten en de negatieve publiciteit die dat met zich bracht. De VS boden Japan aan de schade te vergoeden 'as an additional expression of its concern and regret over the injuries sustained.'⁹² De schadevergoeding werd aangeboden 'without reference to the question of legal liability' en 'in full settlement of any and all claims

90. Zie AV Res. inzake de permanente soevereiniteit van staten over natuurlijke hulpbronnen, VN Doc. A/RES/1803 (XVII) en bilaterale investeringsverdragen.

91. Vgl. ook art. 27(b), *supra* n. 2, dat het bestaan van een verplichting tot betaling van compensatoire schadevergoeding niet uitsluit indien de onrechtmatigheid van een handeling is opgeheven door toestemming, 'force majeure', nood of noodzaak (zie 2.3.8).

92. Agreement Between Japan and the United States Regarding the Settlement of Personal and Property Damage Claims 1955, *UNTS* (237) p. 197.

against the United States of America or its agents, nationals, or juridical entities.⁹³ Het aanbod werd door Japan aanvaard.

Overigens verdient het vermelding dat in de tweede categorie van gevallen in het algemeen niet het beginsel van de volledige aansprakelijkheid wordt toegepast. De betrokken staten plegen in deze gevallen zogenoemde 'lump-sum' overeenkomsten te sluiten waarbij slechts een deel van de schade wordt vergoed. Het is evenwel omstreden of door deze praktijk positief internationaal (gewoonte)recht is ontstaan of dat deze betalingen slechts voortvloeien uit een gevoelde morele verplichting om de aangerichte schade te vergoeden.⁹⁴

De Commissie heeft het internationaal recht met betrekking tot dit onderwerp separaat van het onderwerp staatsaansprakelijkheid geanalyseerd onder de titel 'International Liability for the Injurious Consequences Arising Out of Acts Not Prohibited by International Law.' In 2006 heeft deze analyse geleid tot de aanvaarding van de Principles on the Allocation of Loss in the Case of Transboundary Harm Arising Out of Hazardous Activities met de aanbeveling aan de Algemene Vergadering van de VN om deze beginselen aan te nemen door middel van een resolutie.⁹⁵ De Algemene Vergadering heeft kennis genomen van de beginselen en besloten dit onderwerp verder te bespreken in samenhang met de Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities.⁹⁶ Deze ontwerpartikelen zijn door de Commissie in 2001 aan de Algemene Vergadering voorgelegd met de aanbeveling om op grond daarvan een verdrag op te stellen.⁹⁷ Het voorstel van de Commissie om het voorkomen van schade anders te behandelen dan het vergoeden van schade wordt niet door alle leden van de VN – en de auteurs van dit hoofdstuk – gedeeld en zal een belangrijk onderwerp zijn in de discussie over de toekomst van deze producten van de Commissie.

Het doel van de Principles on the Allocation of Loss in the Case of Transboundary Harm Arising Out of Hazardous Activities is (a) te waarborgen dat grensoverschrijdende schade die veroorzaakt wordt door risicovolle, maar rechtmatige, activiteiten prompt en adequaat wordt vergoed en (b) de bescherming van het milieu in geval van grensoverschrijdende schade, in het bijzonder door de beperking van de schade aan het milieu en het herstel daarvan.⁹⁸ Staten dienen daartoe te verzekeren dat buitenlandse slachtoffers over effectieve rechtsmiddelen kunnen beschikken om de private beheerders van risicovolle activiteiten onder hun jurisdictie of controle aansprakelijk te kunnen stellen. Er worden daartoe zowel procedurele als inhoudelijke eisen gesteld aan deze rechtsmiddelen. In het bijzonder dienen nationale rechters de bevoegdheid te hebben om de eisen van de buitenlandse slachtoffers in behandeling te kunnen nemen indien er geen internationale rechtsmiddelen beschikbaar zijn en dient

93. Ibid.

94. Tot de conclusie dat uit deze praktijk positief internationaal (gewoonte)recht is ontstaan, komt Horbach, *supra* n. 41, p. 260-261; maar tot een negatieve conclusie komt Lefeber, *supra* n. 20, p. 177.

95. Zie VN Doc. A/61/10 (2006), p. 101-182.

96. Zie VN Doc. A/RES/61/36 (2006), par. 2-3.

97. Zie VN Doc. A/56/10 (2001), p. 366-436; zie ook hfdst 19.

98. Zie ook Lefeber, *supra* n. 20, p. 229-311, 320-325.

de standaard van de aansprakelijkheid voor deze activiteiten niet te zijn gebaseerd op schuld. Indien de schade van de buitenlandse slachtoffers ondanks dergelijke maatregelen niet adequaat wordt vergoed, dient de betrokken staat aanvullende financiële middelen ter beschikking te stellen. Het verzuim om deze primaire normen na te leven kan resulteren in aansprakelijkheid op grond van een internationale onrechtmatige daad. In het bijzonder de introductie van de verplichting om aanvullende schadevergoeding ter beschikking te stellen is zonder twijfel een progressieve ontwikkeling van het internationaal recht, maar wel één die door Nederland wordt ondersteund.⁹⁹

99. Zie commentaar van Nederland, VN Doc. A/CN.4/562 (2006), p. 4-5.

