Commissie van advies inzake
volkenrechtelijke vraagstukken

Rechtsgevolgen van een ernstige schending van een regel van dwingend recht: de internationale rechten en plichten van staten bij schending van het agressieverbod.

Advies 41, 17 november 2022

Leden Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken

Voorzitter	Prof. dr. L.J. (Larissa) van den Herik
Vicevoorzitter	Dr. mr. C.M. (Catherine) Brölmann
Leden	Dr. mr. R. (Rosanne) van Alebeek Dr. mr. D.A. (Daniëlla) Dam-de Jong Dr. G.R. (Guido) den Dekker Dr. B. (Bibi) van Ginkel Dr. mr. A.J.J. (André) de Hoogh Prof. dr. J.G. (Johan) Lammers Mr. A.E. (Annebeth) Rosenboom Prof. C. (Cedric) Ryngaert
Secretaris	K.E. (Kirsten) van Loo LLM

Postbus 20061
2500 EB Den Haag
T: 070 - 348 5011
E: cavv@minbuza.nl

Inhoudsopgave

Introductie 4

— Deel I
Drie verplichtingen voor staten 6

1 De verplichting tot samenwerken om de ernstige schending tot een einde te brengen 6

2 De verplichting tot niet-erkenning van de situatie die ontstaan is door de ernstige schending 10

3 De verplichting om geen hulp of assistentie te verlenen aan het handhaven van de situatie 11

— Deel II
De rechtmatigheid van tegenmaatregelen in het algemeen belang 13

1 Terminologie 13

2 Rechtmatigheid van tegenmaatregelen in het algemeen belang 13

3 Bezwaren tegen eenzijdige maatregelen 15

4 Aandachtspunten 16

Afsluiting en advies 19

Eindnoten 21

Lijst van afkortingen 29

Introductie

inhoud

In augustus 2022 heeft de Minister van Buitenlandse Zaken advies gevraagd over de rechtsgevolgen van een ernstige schending van een regel van dwingend recht *(ius cogens)*. De aanleiding hiervoor was de invasie door de Russische Federatie in Oekraïne, in de adviesaanvraag gekwalificeerd als 'een ernstige schending van het verbod op het gebruik van geweld, de territoriale integriteit en politieke onafhankelijkheid van Oekraïne.' De adviesaanvraag benadrukt dat dit een ernstige schending is van een regel van dwingend recht en dat een dergelijke schending verplichtingen schept voor (de gemeenschap van) staten. De adviesaanvraag heeft als oogmerk meer duidelijkheid te krijgen over wat deze verplichtingen precies inhouden, en wat de rechtsgevolgen van een ernstige schending van dwingend recht voor Nederland en andere staten zijn.

De twee concrete vragen die gesteld worden zijn:

- Welke type maatregelen moeten (en mogen) staten nemen, individueel dan wel collectief, om aan hun verplichtingen van artikel 41 van de Artikelen inzake Staatsaansprakelijkheid (ARSIWA) te voldoen?
- Mogen staten (collectieve) tegenmaatregelen nemen in reactie op een schending van dwingend recht, ook wanneer zij niet direct geraakt zijn door de schending?

Corresponderend met deze twee vragen bestaat het advies uit twee delen, voorafgegaan door een korte inleiding op het begrip 'dwingend recht' en op de focus van dit advies.

Deel I behandelt drie concrete verplichtingen die voortvloeien uit Artikel 41 van de Artikelen inzake Staatsaansprakelijkheid (ARSIWA),[1] namelijk (1) de verplichting om samen te werken om de schending te beëindigen, (2) de verplichting tot niet-erkenning van de situatie die is ontstaan als gevolg van de schending, en (3) de verplichting om geen steun of assistentie te geven aan het in stand houden van die situatie.

Deel II gaat in op sancties, en meer specifiek op de vraag of derde staten tegenmaatregelen in het algemeen belang mogen nemen, dat wil zeggen of derde staten maatregelen mogen nemen die onder normale omstandigheden zelf ook het internationaal recht schenden maar gerechtvaardigd zijn als reactie op de ernstige schending van een regel van dwingend recht, in het bijzonder het verbod op agressie.

Het begrip 'dwingend recht' en de focus van het advies
Regels van dwingend recht beschermen de fundamentele waarden van de internationale gemeenschap. Zij zijn hiërarchisch superieur aan andere regels van internationaal recht en ze hebben universele gelding. Voorbeelden van regels die algemeen als regels van dwingend recht worden erkend zijn: het agressieverbod, het genocideverbod en het recht op zelfbeschikking.

In een eerder advies is de CAVV in zijn algemeenheid ingegaan op het speciale rechtsregime dat geldt ten aanzien van regels van dwingend recht.[2] Het onderhavige advies richt zich specifiek op bepaalde rechtsgevolgen. Bovendien gaat het advies vooral in op de rechtsgevolgen van een schending van één bepaalde norm van dwingend recht, namelijk het agressieverbod. Deze focus vloeit voort uit de concrete aanleiding van het advies, zijnde de invasie van Oekraïne door de Russische Federatie. De CAVV hanteert de agressie-kwalificatie in navolging van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (VN). Dit orgaan kwalificeerde op 2 maart 2022 het optreden van de Russische Federatie met een overweldigende meerderheid als agressie.[3]

De Algemene Vergadering gebruikte wel de kwalificatie ‘agressie’, maar niet het begrip ‘dwingend recht’ als zodanig. Desalniettemin volgt de toepasselijkheid van dit begrip automatisch uit de kwalificatie van agressie, omdat het agressieverbod algemeen erkend is als een regel van dwingend recht. In andere situaties kan de toepasselijkheid van het begrip van dwingend recht evenwel aan discussie onderhevig zijn, ofwel omdat onenigheid bestaat over de vraag of een specifieke norm een norm van dwingend recht is, ofwel omdat onenigheid bestaat over de vraag of de feiten als zodanig aanleiding geven tot de vaststelling dat een norm van dwingend recht is geschonden.
In dit kader kan ook gewezen worden op het belang van de aanbevolen procedure in Conclusie 21 van de ontwerpconclusies van de International Law Commission (ILC) over dwingende regels van algemeen internationaal recht.[4] Deze conclusie gaat specifiek over de situatie waarin een staat een regel van dwingend recht inroept als grond voor de ongeldigheid of beëindiging van een andere regel van internationaal recht. Conclusie 21 heeft als oogmerk misbruik van het begrip dwingend recht door eenzijdige en arbitraire inroeping te voorkomen. Conclusie 21 is echter beperkt in haar reikwijdte en heeft als zodanig geen bindend karakter. Het risico van eenzijdige en arbitraire inroeping van de regels van dwingend recht om aan andere regels van internationaal recht voorbij te gaan is in zijn algemeenheid reëel, maar niet aan de orde met betrekking tot de invasie van Oekraïne.

Drie verplichtingen voor staten

Artikel 41 ARSIWA behandelt de specifieke rechtsgevolgen van een ernstige schending van een regel van dwingend recht.[5] De bepaling bevat drie verplichtingen voor staten die in dit deel beurtelings besproken worden.

— 1
De verplichting tot samenwerken om de ernstige schending tot een einde te brengen

De verplichting om samen te werken is een algemene verplichting onder het internationaal recht. Op basis van deze vrij open geformuleerde algemene samenwerkingsverplichting is door de ILC ook een meer gerichte verplichting erkend om samen te werken specifiek met het doel om een ernstige schending van een regel van dwingend recht tot een einde te brengen.[6] Deze is neergelegd in artikel 41(1) van de ARSIWA en conclusie 19(1) van de ILC ontwerpconclusies inzake dwingendrechtelijke regels.

Ten aanzien van deze meer specifieke verplichting wordt in deze paragraaf het volgende behandeld: (i) de status van deze verplichting tot samenwerking, (ii) de vraag op welk niveau, waar en hoe de samenwerking dient plaats te vinden, en (iii) de inhoud van de verplichting tot samenwerking om een ernstige schending van een regel van dwingend recht tot een einde te brengen.

(i) Is er een specifieke verplichting tot samenwerking om een ernstige schending van een regel van dwingend recht tot een einde te brengen?

De verplichting tot samenwerking om een ernstige schending van dwingend recht te beëindigen werd in 2001 door de ILC geïntroduceerd als 'progressive development'.[7] Echter, ook toen werd aangegeven dat dergelijke samenwerking al wel plaatsvond, en dan vooral binnen de context van internationale organisaties zoals de Verenigde Naties. Zoals destijds door de ILC onderstreept, is samenwerking om ernstige schendingen te beëindigen 'often the only way of providing an effective remedy'.[8]

In 2022 heeft de ILC onomwonden gesteld dat de verplichting tot samenwerking om een ernstige schending van dwingend recht te beëindigen inmiddels algemeen wordt erkend onder internationaal recht.[9] Er lijkt onder staten weinig weerstand te zijn tegen het bestaan van deze verplichting tot samenwerking. Tijdens het debat in de Zesde Commissie van de Algemene Vergadering en in later ingezonden schriftelijke reacties wordt de gewoonterechtelijke status van deze verplichting tot samenwerking nauwelijks betwist.[10] Net als Australië en Japan heeft Nederland de ILC verzocht haar positie met betrekking tot het bestaan van de verplichting nader te onderbouwen met voorbeelden van statenpraktijk en *opinio iuris*.[11] De door de ILC genoemde voorbeelden van resoluties zouden kunnen worden beschouwd als gevolg gevend aan dit verzoek.[12] De CAVV leidt hier uit af dat het bestaan van een gewoonterechtelijke verplichting tot samenwerking om ernstige schendingen van dwingend recht tot een einde te brengen op voldoende steun van staten kan rekenen.

Ondanks voldoende steun voor het bestaan van een dergelijke verplichting, zijn er echter veel onduidelijkheden met betrekking tot de precieze invulling van de verplichting. De CAVV zal in de volgende paragrafen trachten nadere duiding te geven, op basis van de schaarse rechtspraktijk op dit terrein.

(ii) Op welk niveau, waar en hoe dient samenwerking plaats te vinden?

Uit de aard van de verplichting tot samenwerking vloeit voort dat deze in eerste instantie wordt vormgegeven via samenwerking binnen internationale organisaties.[13] Uit het karakter van de normen van dwingend recht, die de hele internationale gemeenschap aangaan, kan bovendien een voorkeur voor de VN volgen.[14] Ten aanzien van het recht op zelfbeschikking heeft het Internationaal Gerechtshof (IGH) inderdaad een voorkeur voor de VN uitgesproken

in twee zaken betreffende het voormalig mandaatgebied Palestina en betreffende de dekolonisatie van de Chagos archipel.[15] Aangezien het VN-Handvest voorziet in speciale procedures ten aanzien van zelfbeschikking is deze voorkeur van het IGH niet onlogisch. Ten aanzien van andere regels van dwingend recht kan een dergelijke voorkeur evenwel minder voor de hand liggend of richtinggevend zijn. De vraag kan daarom worden gesteld of er bij andere schendingen van dwingend recht, zoals schending van het agressieverbod, ook uiting kan worden gegeven aan de verplichting tot samenwerking buiten het collectieve systeem van de VN om.

In geval van het verbod van agressie, dat in onderhavig advies centraal staat, heeft de VN Veiligheidsraad een primaire verantwoordelijkheid voor de handhaving van de internationale vrede en veiligheid. Echter, het feit dat de permanente leden besluiten kunnen tegenhouden door het uitspreken van een veto leidt ertoe dat een absolute voorkeur voor samenwerking binnen de VN Veiligheidsraad de verplichting tot samenwerking in feite buiten werking zou stellen, vooral als een permanent lid zelf als agressor optreedt zoals het geval is in de situatie die aanleiding vormt voor dit advies. Japan heeft de vraag opgeworpen of de verplichting tot samenwerking om een schending van dwingend recht te beëindigen niet ook zo gelezen moet worden dat er een verplichting bestaat voor de permanente leden om zich te onthouden van het uitbrengen van een veto in situaties waarin een ernstige schending van dwingend recht aan de orde is.[16] Ook andere landen hebben zich uitgesproken over de veto-problematiek en het disfunctioneren van de VN Veiligheidsraad met name ook in de voorliggende situatie.[17] Een conclusie die in ieder geval getrokken kan worden naar aanleiding van deze discussies is dat het in dergelijke situaties van belang is om naar oplossingen te zoeken buiten de VN Veiligheidsraad om. Het ligt dan voor de hand dat de voorkeur voor samenwerking binnen de VN verschuift naar andere organen, zoals in het bijzonder de Algemene Vergadering van de VN en de Mensenrechtenraad. Er zijn talloze voorbeelden van resoluties van deze organen die schendingen als agressie, genocide en andere regels van dwingend recht veroordelen; verzoeken om deze schendingen te beëindigen en/of verantwoordingsmechanismen instellen.[18] Bovendien heeft de Algemene Vergadering op 26 april 2022 een resolutie aangenomen die voorziet in een doorlopend mandaat voor de Algemene Vergadering om bijeen te komen wanneer een of meerdere leden van de Veiligheidsraad een veto hebben uitgesproken.[19] Hoewel de Algemene Vergadering geen verplichtingen kan opleggen aan staten (behoudens ten aanzien van interne aangelegenheden zoals bijvoorbeeld het budget van de VN), legt een breed gesteunde resolutie die staten verzoekt om op een bepaalde manier samen te werken om een ernstige schending van dwingend recht tot een einde te brengen, aanmerkelijk gewicht in de schaal. Er bestaan derhalve alternatieven voor samenwerking *binnen* het raamwerk van de Verenigde Naties. De CAVV hecht er daarom aan de algemene, zij het niet exclusieve, voorkeur voor samenwerking binnen internationale organisaties, en dan het liefst binnen de Verenigde Naties, te benadrukken. Deze voorkeur voor samenwerking binnen internationale organisaties strekt zich tevens uit tot vaststellingen dat er een schending van een dwingendrechtelijke regel heeft plaats gevonden, zoals de CAVV ook in een eerder advies al heeft aangegeven.[20] Dit ook om misbruik van het speciale regime dat geldt voor regels van dwingend recht te voorkomen.

De verplichting tot samenwerking kan evenwel ook geïmplementeerd worden op een niet-geinstitutionaliseerde manier, dat wil zeggen buiten internationale organisaties om.[21] Niettegenstaande een voorkeur voor de VN danwel internationale organisaties meer algemeen, kan zowel de vaststelling dat er een ernstige schending van een regel van dwingend recht geschonden is als de samenwerking buiten de VN plaatsvinden. In het eerdere advies dat de CAVV uitbracht ten aanzien van regels van dwingend recht verwelkomde de CAVV al de overwegingen van de ILC dat staten ook buiten instituties om geacht kunnen worden maatregelen te nemen om een einde te maken aan ernstige schendingen van dwingendrechtelijke regels.[22] In dit kader is van belang dat het IGH in zijn advies inzake de muur gebouwd door Israël onderstreept heeft dat het aan alle staten is om erop toe te zien dat dergelijke schendingen tot een einde worden gebracht.[23] Iedere staat moet

zich inspannen om de situatie tot een einde te brengen. Vooral als samenwerking binnen de VN niet tot (voldoende) resultaat leidt, is het aan staten om ook buiten de VN om, in coalities of via regionale organisaties, gevolg te geven aan de verplichting tot samenwerking om de schending tot een einde te brengen. Regionale organisaties kunnen met name een goed alternatief zijn wanneer de staat die de dwingendrechtelijke regel heeft geschonden zelf lid is van die organisatie. In de situatie die aanleiding heeft gegeven voor dit advies, zou de Raad van Europa tot voor kort een goed alternatief zijn geweest.[24]

(iii) Wat houdt de verplichting tot samenwerking in?

Een cruciale vraag is wat de verplichting tot samenwerking inhoudt, wat worden staten precies geacht te doen? Deze vraag is niet eenvoudig te beantwoorden, omdat de bestaande praktijk beperkt is en het van de geschonden regel afhangt hoe invulling moet worden gegeven aan de verplichting. Binnen de Verenigde Naties wordt de verplichting tot samenwerking vaak vormgegeven via resoluties aangenomen door de Algemene Vergadering van de VN en de VN Mensenrechtenraad, die schendingen van dwingend recht veroordelen, verzoeken om deze schendingen te beëindigen en/of verantwoordingsmechanismen instellen. Het nemen van dergelijke collectieve maatregelen wordt beschouwd als de essentie van de verplichting tot samenwerking.[25]

Dit roept de vraag op of staten handelen tegen de (geest van de) verplichting tot samenwerking wanneer zij tegen een veroordelende resolutie stemmen of zich onthouden van stemming. Deze vraag is niet eenduidig te beantwoorden. Resoluties bevatten veelal meerdere overwegingen en bepalingen en kunnen bijvoorbeeld tevens voorstellen doen ten aanzien van modaliteiten om een schending van dwingendrechtelijke regels te beëindigen. Wanneer een staat tegen een dergelijke resolutie stemt of zich onthoudt van stemming, betekent dit derhalve niet automatisch dat deze weigert om de schending als zodanig te veroordelen. Daarbij moet bovendien onderscheid worden gemaakt tussen een tegenstem en een onthouding. Staten kunnen goede redenen hebben om zich te onthouden van stemmen en tegelijkertijd een constructieve houding innemen met betrekking tot het nemen van maatregelen om de schending te beëindigen.[26] Bovendien heeft een onthouding geen consequenties voor het behalen van een gekwalificeerde meerderheid voor de resolutie, omdat de betreffende staat niet wordt meegeteld bij het bepalen van de stemverhoudingen.[27] Dit ligt anders bij tegenstemmen. Daarom is het van belang om de beweegredenen van de tegenstemmende staat te achterhalen: is er sprake van een weigering om de schending als zodanig te veroordelen en zo ja, op welke grond, of maakt de betreffende staat bezwaar tegen overige aspecten van de resolutie? Onder specifieke omstandigheden, bijvoorbeeld indien een staat niet te goeder trouw handelt, valt niet uit te sluiten dat een weigering om in te stemmen met een resolutie die de schending als zodanig veroordeelt, zou kunnen worden aangemerkt als een schending van de verplichting tot samenwerking. Een dergelijke karakterisering zou kunnen voortvloeien uit de gedachte dat collectieve maatregelen, waaronder het aannemen van resoluties die schendingen vaststellen en/of veroordelen, de essentie vormen van de verplichting tot samenwerking.[28] Vooralsnog is er echter geen concrete praktijk die onderschrijft dat een tegenstem neerkomt op een schending van de verplichting tot samenwerking. Het is daarom van belang dat staten die deze mening zijn toegedaan zich nadrukkelijk op dit standpunt stellen en zich inzetten voor het creeëren van relevante praktijk. Dit kunnen zij bijvoorbeeld doen door tegenstemmende staten te verzoeken om een stemverklaring af te geven, vooral bij herhaald tegenstemmen. Een dergelijke verklaring kan de omstandigheden van het geval verhelderen en daarmee een duidelijker beeld bieden van de beweegredenen van de tegenstemmende staat. Het biedt bovendien de mogelijkheid voor het voeren van een dialoog met de betreffende staat.

Een volgende vraag is of de verplichting tot samenwerking verder gaat dan het veroordelen van de schending, het verzoeken om de schending te beëindigen en/of het collectief instellen van verantwoordingsmechanismen. Met andere woorden, kan het actief nemen van maatregelen ook onder de verplichting tot samenwerking vallen? In het advies van het IGH

inzake de Chagos archipel, overwoog het Hof dat samenwerking met de VN om de modaliteiten voor de dekolonisatie van Mauritius in werking te stellen, onderdeel uitmaakt van de verplichting tot samenwerking.[29] Dit veronderstelt dat de verplichting tot samenwerking inderdaad ook actieve maatregelen kan behelzen. De keuze welke soorten maatregelen worden ingezet, wordt echter aan staten zelf overgelaten en zal afhangen van de situatie.[30] Een belangrijke voorwaarde is dat de genomen maatregelen in overeenstemming moeten zijn met het internationaal recht.[31] Deze voorwaarde is zowel van belang wanneer staten samenwerken binnen de VN als buiten de VN om. Echter, in dat laatste geval zullen zij extra alert moeten zijn, aangezien institutionele waarborgen ten aanzien van de rechtmatigheid van maatregelen dan ontbreken. De vraag hoe unilaterale sancties als een vorm van samenwerking zich verhouden tot het internationaal recht wordt behandeld in deel II van dit advies.[32]

De verplichting tot samenwerking komt, zoals eerder aangegeven, neer op een inspanningsverplichting, waarbij van staten wordt verwacht dat zij naar hun beste kunnen invulling geven aan de verplichting. Dit betekent ook dat staten hun verplichting tot samenwerking op verschillende wijzen kunnen invullen, mede afhankelijk van hun capaciteiten. Zij moeten echter wel kunnen aantonen dat zij alles hebben gedaan wat redelijkerwijs van hen kon worden verwacht. Dit kan worden afgeleid uit de uitspraak van het IGH inzake de genocide in Bosnië, waarin het Hof overwoog dat een inspanningsverplichting inhoudt dat staten alle middelen die redelijkerwijs tot hun beschikking staan moeten inzetten. Het Hof overwoog bovendien dat het argument dat de individuele inbreng van een staat niet voldoende zou zijn geweest om het beoogde resultaat te bereiken, irrelevant is. Het Hof beredeneerde dit als volgt: ‘the possibility remains that the combined efforts of several States, each complying with its obligation […], might have achieved the result […] which the efforts of only one State were insufficient to produce.’[33] Op basis van dit uitgangspunt, kunnen staten elkaar ook ter verantwoording roepen bij een vermeend gebrek aan inspanning en/of elkaar om uitleg vragen met betrekking tot de respectievelijke invulling van de verplichting tot samenwerking.

De nadruk op de ‘combined efforts of all States’ brengt tevens met zich mee dat staten de maatregelen die andere staten hebben genomen ter implementatie van de verplichting tot samenwerking niet direct mogen ondermijnen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer staten de economische sancties die andere staten hebben opgelegd met opzet frustreren. Wanneer een staat doelbewust en te kwader trouw maatregelen van andere staten ondermijnt, dan zou dit aangemerkt kunnen worden als een schending van de verplichting tot samenwerking. Het is aan die andere staten om deze expliciete kwalificatie te maken. Een dergelijke kwalificatie zou vervolgens een basis kunnen zijn voor gerechtvaardigde tegenmaatregelen om de ondermijning tegen te gaan.[34] In dergelijke gevallen van ondermijning kan mogelijk ook worden gesteld dat de betreffende staat de verplichting om geen hulp of assistentie te verlenen aan het handhaven van de situatie, zoals hieronder besproken, schendt.

Een andere vraag die zich voordoet is of het uiten van politieke steun aan een staat die dwingendrechtelijke regels schendt, de verplichting tot samenwerking schendt. In dit verband kan worden gewezen op het rapport van de door het Ministerie van Buitenlandse Zaken ingestelde ad hoc commissie inzake humanitaire interventie en politieke steun voor interstatelijk geweldgebruik dat stelt dat het uiten van politieke steun ten aanzien van schendingen van dwingendrechtelijke regels indruist tegen de geest van de verplichting om samen te werken om dergelijke schendingen tot een einde te brengen.[35] De CAVV sluit zich bij dit standpunt aan.

Tot slot kan worden opgemerkt dat (coalities van) staten die maatregelen nemen, temeer wanneer dit buiten de Verenigde Naties om gebeurt, duidelijk moeten aangeven dat deze maatregelen een implementatie van de verplichting tot samenwerking betreffen en dat zij van oordeel zijn dat het internationaal recht hen verplicht om deze maatregelen te nemen. Op deze manier dragen deze staten bij aan het verder inhoud geven aan de verplichting tot samenwerking om een ernstige schending van een regel van dwingend recht te beëindigen. Voorbeelden van maatregelen die kunnen gelden

als maatregelen genomen ter implementatie van de verplichting tot samenwerking zijn: wapenleveranties, sancties (zie verder deel II van dit advies) en meewerken aan (het oprichten van) verantwoordingsmechanismen. Door mensen die de situatie ontvluchten waarin de ernstige schendingen worden gepleegd op te nemen, kan bovendien worden bijgedragen aan het beëindigen van andere schendingen van internationaal recht, zoals schendingen van het internationaal humanitair recht en het verbod op misdrijven tegen de menselijkheid.

— 2
De verplichting tot niet-erkenning van de situatie die ontstaan is door de ernstige schending

(i) Is er een verplichting tot niet-erkenning?

De verplichting tot niet-erkenning is opgenomen in artikel 41(2) van de ARSIWA en in Conclusie 19(2) van de ILC ontwerpconclusies inzake dwingendrechtelijke regels. Al in 2001 kwalificeerde de ILC de verplichting tot niet-erkenning als gewoonterechtelijk van aard.[36] Er is inderdaad een aanzienlijke rechtspraktijk die uiting geeft aan de verplichting, onder meer ten aanzien van het racistische minderheidsregime in Zuid-Rhodesië in de jaren 60 van de vorige eeuw, de inval door Irak van Koeweit in de jaren 90 van de vorige eeuw en de bouw van een afscheidingsmuur door Israël, deels grenzend aan en deels in de Palestijnse gebieden, begin van deze eeuw.[37] Tegelijkertijd is de bestaande praktijk beperkt tot situaties ontstaan door schendingen van enkele specifieke dwingendrechtelijke regels, waaronder agressie.[38] Dit is niet onlogisch, omdat erkenning alleen kan worden onthouden wanneer er sprake is van een situatie die om erkenning vraagt, bijvoorbeeld bij het uitroepen van een nieuwe staat door een agressor. Gezien deze praktijk, sluit de CAVV zich aan bij de positie van de ILC inzake de gewoonterechtelijke status van de verplichting tot niet-erkenning van de situatie die is ontstaan door een ernstige schending van een dwingendrechtelijke regel.

(ii) Wat wordt van staten verwacht?

De verplichting tot niet-erkenning van de situatie ontstaan door de ernstige schending houdt in dat staten zich *onthouden* van handelingen die erkenning kunnen inhouden. Er is dus sprake van een negatieve verplichting (een niet-doen), in tegenstelling tot de verplichting tot samenwerking om een schending van dwingendrechtelijke regels tot een einde te brengen, die positieve actie van staten vereist. Van belang is verder dat de verplichting tot niet-erkenning specifiek betrekking heeft op de situatie die is ontstaan als gevolg van de schending van een dwingendrechtelijke regel. Dit betekent onder meer dat staten geen wijziging van de territoriale status quo mogen erkennen, zoals wanneer een onafhankelijke staat wordt uitgeroepen op het grondgebied van door agressie ingenomen gebieden of wanneer aansluiting bij een andere staat wordt gezocht.[39] Deze verplichting geldt ook voor de agressor staat zelf. Deze mag niet pogen om een situatie die is ontstaan door een schending van het verbod op agressie te bestendigen door een nieuwe staat te erkennen of door het veroverde grondgebied te annexeren.[40]

De verplichting tot niet-erkenning is bovendien zowel van toepassing op formele erkenning (een politieke verklaring) als op andere handelingen die kunnen worden uitgelegd als het inhouden van erkenning.[41] Voorbeelden van dergelijke impliciete erkenning betreffen het sluiten van een verdrag met de onwettig tot stand gekomen staat (ook wel aangeduid als de facto staat) of de agressor, of het aangaan van diplomatieke, economische en consulaire betrekkingen met een dergelijke entiteit of de agressor. Ook mogen staten reisdocumenten die zijn uitgegeven door een *de facto* staat of de agressor niet erkennen.[42] Voor zover het gaat om betrekkingen met de agressor staat zelf, moet worden opgemerkt dat deze regels uitsluitend van toepassing zijn wanneer de agressor optreedt ten behoeve van de betreffende gebieden of wanneer het afspraken betreft die deze gebieden aangaan. Dit vloeit voort uit de observatie dat de verplichting tot niet-erkenning alleen betrekking heeft op de situatie die is ontstaan door de schending van een dwingendrechtelijke regel.

De verplichting tot niet-erkenning gaat echter niet zover dat iedere vorm van samenwerking met *de facto* staten of geannexeerde gebieden moet worden uitgesloten. Al in 1971 formuleerde het IGH een uitzondering op de verplichting tot niet-erkenning, gebaseerd op humanitaire gronden. Het Hof overwoog meer specifiek dat het onthouden van erkenning aan het bestuur van Zuid-Afrika over Namibië er niet toe mocht leiden dat de bevolking van Namibië van alle voordelen van internationale samenwerking zou worden uitgesloten.[43] Deze zogenaamde 'Namibië uitzondering' heeft navolging gekregen in de praktijk van de VN en statenpraktijk.[44] De uitzondering vindt bovendien weerslag in het internationaal bezettingsrecht, dat bezetters toestaat om publieke goederen in bezet gebied te beheren voor zover zij handelen in het belang van de lokale bevolking. Dit betekent dat bezetters uit dien hoofde ook internationale (handels)betrekkingen moeten kunnen aangaan wanneer dit in het belang is van de lokale bevolking, wat een uitzondering inhoudt op de algemene regel dat het aangaan van economische betrekkingen met een agressor de verplichting tot niet-erkenning zou schenden, zoals hierboven uiteengezet. Staten zullen derhalve per geval moeten afwegen of er humanitaire redenen zijn die minimale betrekkingen met een *de facto* staat of bezetter rechtvaardigen. Dergelijke minimale betrekkingen maken geen inbreuk op de verplichting tot niet-erkenning van de situatie ontstaan door de schending van een dwingendrechtelijke regel.

Een laatste vraag betreft de aard van de verplichting tot niet-erkenning: is het aan iedere staat individueel om tot niet-erkenning over te gaan of is een collectief besluit vereist? In het commentaar bij de artikelen inzake staatsaansprakelijkheid, refereert de ILC specifiek aan een verplichting tot collectieve niet-erkenning.[45] Ook het Namibië advies van het IGH wordt soms geïnterpreteerd als bewijs dat er een formeel besluit moet worden genomen door de politieke organen van de VN. De CAVV steunt deze positie niet. Uit diverse gezaghebbende verklaringen van de Algemene Vergadering van de VN, waaronder de Verklaring inzake vriendschappelijke betrekkingen tussen staten, kan worden opgemaakt dat de verplichting tot niet erkenning van toepassing is op staten, ongeacht of er al dan niet een collectief besluit wordt genomen.[46] Een dergelijk collectief besluit kan echter wel gewicht in de schaal leggen en de inhoud van de verplichting tot niet-erkenning in een specifiek geval nader specificeren.

— 3
De verplichting om geen hulp of assistentie te verlenen aan het handhaven van de situatie

(i) Is er een verplichting om geen hulp of assistentie te verlenen?

De verplichting om geen hulp of assistentie te verlenen aan het handhaven van de situatie ontstaan door een schending van een dwingendrechtelijke regel is opgenomen in artikel 41(2) ARSIWA en in Conclusie 19(2) van de ILC ontwerpconclusies inzake dwingendrechtelijke regels. Ook deze verplichting is in 2001 door de ILC aangemerkt als gewoonterechtelijk van aard.[47] Zoals in haar eerdere advies aangegeven, steunt de CAVV de positie die de ILC in deze inneemt.[48]

(ii) Wat wordt van staten verwacht?

Evenals de verplichting tot niet-erkenning, is de verplichting om geen hulp of assistentie te verlenen aan het handhaven van de situatie ontstaan door een schending van een dwingendrechtelijke regel negatief van aard: staten moeten zich onthouden van handelingen die bijdragen aan het handhaven van de situatie. Het gaat hier wederom expliciet om hulp en assistentie aan de ontstane situatie en niet aan de schending zelf. Dit betekent overigens niet dat staten aansprakelijkheid ontlopen wanneer zij hulp en assistentie verlenen aan de schending zelf. Deze aansprakelijkheid is echter gebaseerd op artikel 16 ARSIWA, dat bepaalt dat een staat die een andere staat hulp of assistentie verleent bij het plegen van een onrechtmatige daad zelf verantwoordelijk is wanneer de betreffende staat zich bewust is van de omstandigheden van de onrechtmatige daad en de daad ook onrechtmatig zou zijn wanneer gepleegd door deze staat zelf. Een staat die bijvoorbeeld willens en wetens zijn grondgebied ter beschikking stelt aan een agressor staat, zodat deze vanaf dat grondgebied aanvallen kan uitvoeren, is medeplichtig aan de agressie zelf.[49]

Artikel 41(2) ARSIWA heeft betrekking op hulp en assistentie aan de situatie die is ontstaan als gevolg van de schending, ongeacht of de schending zelf voortduurt.[50] Deze bepaling moet volgens de ILC worden gelezen in samenhang met artikel 16 ARSIWA inzake medeplichtigheid aan een onrechtmatige daad.[51] Uit deze samenhang volgt dat er sprake moet zijn van een causale relatie tussen de gegeven steun en het handhaven van de situatie veroorzaakt door de schending van een dwingendrechtelijke regel.[52] Wapenleveranties aan de agressor zijn een typisch voorbeeld van het verlenen van hulp en assistentie, ofwel aan de schending zelf (wanneer de wapens worden ingezet om territorium te veroveren) ofwel aan het in stand houden van de situatie (wanneer de wapens worden ingezet om militaire overmacht te behouden).[53] Ook het ondermijnen van maatregelen (waaronder sancties), door andere staten genomen met als doel de situatie veroorzaakt door de schending te beëindigen, kan onder omstandigheden neerkomen op hulp of assistentie in de zin van artikel 41(2) ARSIWA. Dit is met name het geval wanneer de staat die de maatregelen ondermijnt zich ervan bewust is dat deze handelingen bijdragen aan het in stand houden van de situatie.

Tot slot kan worden opgemerkt dat het in de praktijk niet altijd makkelijk is om een scherp onderscheid te maken tussen handelingen die indruisen tegen de verplichting tot niet-erkenning enerzijds of neerkomen op het verlenen van hulp of assistentie anderzijds. Moet het onderhouden van diplomatieke betrekkingen met een agressor staat in relatie tot de ingenomen gebieden bijvoorbeeld worden aangemerkt als een schending van de verplichting tot niet-erkenning, als het verlenen van hulp en assistentie of als beide? Gesteld kan worden dat de verplichting om geen hulp of assistentie te verlenen betrekking heeft op concrete hulpmaatregelen die directe gevolgen hebben voor de onrechtmatige situatie waaraan een einde moet worden gemaakt, terwijl niet-erkenning betrekking heeft op de meer algemene, politieke vormen van steun.[54] Echter, de twee verplichtingen zijn complementair en enige overlap is derhalve niet uit te sluiten.

De rechtmatigheid van tegenmaat-regelen in het algemeen belang

In de adviesaanvraag wordt eveneens de vraag opgeworpen of staten (collectieve) tegenmaatregelen in het algemeen belang mogen nemen als reactie op een ernstige schending van een regel van dwingend recht óók wanneer zij zelf niet direct geraakt worden door de betreffende schending. Deze vraag wordt in dit deel behandeld met daarbij aandacht voor (i) terminologie, (ii) de rechtmatigheid van tegenmaatregelen in het algemeen belang, (iii) bezwaren tegen tegenmaatregelen in het algemeen belang en (iv) aandachtspunten.

— 1
Terminologie

Tegenmaatregelen zijn maatregelen van staten die onder normale omstandigheden een schending opleveren van het internationaal recht, maar waarvan de onrechtmatigheid wordt weggenomen omdat zij een gerechtvaardigde reactie zijn op een eerdere schending gepleegd door een andere staat. Wanneer tegenmaatregelen in het algemeen belang worden genomen door staten die niet zelf direct geraakt worden door de eerdere schending wordt wel gesproken over ‘third party countermeasures’, ‘third State countermeasures’, ‘collective countermeasures’, ‘countermeasures in the name of community interests’, enz. In dit advies zal voornamelijk worden gesproken over tegenmaatregelen in het algemeen belang.

In meer populair taalgebruik wordt veelal de term sancties gebruikt, vooral in verband met maatregelen afgekondigd door een (orgaan van een) internationale organisatie, zoals de VN Veiligheidsraad of de Raad van de Europese Unie. Het woord sancties komt echter niet als zodanig terug in de oprichtingsverdragen van deze organisaties,[55] en dit advies spreekt daarom meer algemeen over maatregelen zoals ook gangbaar in het internationaal recht inzake staatsaansprakelijkheid.

Vanuit juridisch oogpunt dient voorts een onderscheid gemaakt te worden tussen retorsies en tegenmaatregelen. Een retorsie betreft een maatregel genomen als reactie op een eerdere schending van internationaal recht, maar deze behoeft geen rechtvaardiging aangezien de maatregel zelf op geen enkele manier een verplichting van de staat of organisatie schendt. Retorsies betreffen derhalve per se rechtmatige maatregelen en kunnen als reactie op een schending van internationaal recht dus altijd genomen worden. Of een maatregel gekwalificeerd dient te worden als tegenmaatregel of retorsie zal afhangen van de verplichtingen die op een staat of organisatie rusten naar internationaal recht en dit kan per situatie en per staat of organisatie verschillen. Typische retorsiemaatregelen zijn het uitwijzen van diplomaten en afbreken van diplomatieke betrekkingen, en inreisverboden en import- en exportverboden die geen schending van internationale verplichtingen opleveren.

Dit advies richt zich, conform de adviesaanvraag, op maatregelen die internationale verplichtingen schenden en derhalve als tegenmaatregel (in het algemeen belang) dienen te worden gekwalificeerd. Deze tegenmaatregelen kunnen in het bijzonder politieke, economische, financiële, culturele en andere activiteiten beknotten. Tegenmaatregelen kunnen geen militair of gewapend geweld inhouden.[56] Typische tegenmaatregelen zijn het verbreken van economische betrekkingen en het bevriezen van officiële banktegoeden in strijd met internationale verplichtingen.

— 2
Rechtmatigheid van tegenmaatregelen in het algemeen belang

Tegenmaatregelen kunnen door staten of internationale organisaties genomen geworden als reactie op een eerdere schending van

internationaal recht waardoor zij direct geraakt zijn. Het typerende van tegenmaatregelen is dat zij normaal gesproken een schending van verplichting(en) zouden opleveren voor de staat of organisatie die ze neemt, maar dat de onrechtmatigheid van de maatregelen wordt weggenomen door het bestaan van de eerdere schending: de maatregelen worden als gerechtvaardigd beschouwd.[58]

De vraag die de CAVV voorligt, is of staten die *niet* direct geraakt worden ook tegenmaatregelen mogen nemen in het algemeen belang indien de voorafgaande schending door de andere staat een ernstige schending van een regel van dwingend recht betreft. De ILC heeft in 2001 aangegeven dat staten die niet direct geraakt worden de aansprakelijkheid van de schendende staat mogen inroepen en stopzetting van de ernstige schending mogen eisen. Niet direct geraakte staten kunnen ook toezeggingen van niet-herhaling en garanties tegen herhaling eisen, en zij kunnen nakoming van de plicht tot restitutie, schadevergoeding of genoegdoening ten behoeve van een geraakte staat of organisatie of de begunstigden van de verplichting verzoeken. Met betrekking tot de vraag of niet-geraakte staten ook tegenmaatregelen mogen nemen bleek echter weerstand te bestaan.[59]

Vandaar dat de ILC besloot artikel 54 ARSIWA op te nemen, een clausule waarin de vraag naar de rechtmatigheid van tegenmaatregelen in het algemeen belang onbeantwoord werd gelaten.[60] Ook in het recente werk van de ILC inzake regels van dwingend recht is deze vraag niet geadresseerd ondanks een oproep daartoe van de Nederlandse regering.[61] De CAVV betreurt deze omissie en acht deze niet in overeenstemming met de stand van het internationaal recht op dit punt, vooral ook gezien de recente statenpraktijk. Voordat wordt ingegaan op deze meer recente praktijk mag worden opgemerkt dat de praktijk van tegenmaatregelen door niet-geraakte staten of internationale organisaties al vóór 2001 veel wijdverbreider was dan de toelichting van de ILC bij artikel 54 ARSIWA suggereert.[62] Daarnaast kan worden geconstateerd dat de staten die betrokken waren bij deze (vroege) praktijk lang niet alleen westerse staten waren maar juist ook die uit andere delen van de wereld.[63] Sterker nog, tot in de tweede helft van de jaren 90 van de vorige eeuw hield de ILC de positie aan dat ingeval van de schending van collectieve verplichtingen en verplichtingen tegenover de internationale gemeenschap alle staten (of alle staten gebonden door de betreffende regel) als 'injured State' dienden te worden beschouwd.[64] De bepalingen inzake tegenmaatregelen waren indertijd verder onverkort van toepassing bij de schendingen van collectieve verplichtingen en verplichtingen tegenover de internationale gemeenschap.[65]

Na 2001 is deze praktijk van maatregelen in het algemeen belang voortgezet. Daarbij gaat het om maatregelen tegen Soedan, Myanmar, Zimbabwe, Belarus, Libië, Syrië en Rusland, waarbij in een aantal gevallen ook andere dan westerse staten betrokken waren.[66] Sinds de militaire machtsovername en omverwerping van de civiele regering van Myanmar heeft onder andere de EU nieuwe beperkende maatregelen aangekondigd.[67] Als laatste en meest recente voorbeeld van maatregelen mag natuurlijk genoemd worden de zeer verstrekkende beperkende maatregelen genomen tegen Rusland door voornamelijk maar niet exclusief westerse staten.[68] In dit kader kunnen ook maatregelen worden genoemd tegen staten die direct betrokken zijn bij de Russische agressie, zoals tegen Belarus en Iran.[69] Bovendien gaan ook niet-Westerse staten vaker over tot het instellen van sancties. Hierbij is het niet altijd duidelijk of het retorsies of tegenmaatregelen betreft, maar deze praktijk geeft wel een verschuivend beeld weer van de praktijk en de rechtsopvatting over wat toelaatbaar en rechtmatig is. In dit kader kan bijvoorbeeld verwezen worden naar een aantal maatregelen genomen tegen Qatar door Saoedi-Arabië, de Verenigde Arabische Emiraten, Bahrein en Egypte tussen 2017 en 2021.[70] Maar ook de praktijk van staten zoals China, Rusland en India laat een verschuivend beeld zien.[71]

Uit deze groeiende en verschuivende praktijk kan de rechtsovertuiging worden afgeleid dat dit soort maatregelen rechtmatig kunnen zijn.[72] In dit verband mag ook worden opgemerkt dat veel van de genomen maatregelen niet tot protest aan de kant van andere staten leidden of soms zelfs werden gesteund,[73] behoudens natuurlijk protest van de kant van de doelstaten en bij gelegenheid ook gesteund door andere

staten.[74] Naast de impliciete rechtsovertuiging mag worden vermeld dat staten zich bij tijd en wijle ook explicieter hebben geuit.[75] Zo heeft de Europese Unie aangegeven dat eenzijdige economische maatregelen toelaatbaar zijn in bepaalde omstandigheden, in het bijzonder ter bestrijding van terrorisme en proliferatie van massavernietigingswapens of ter waarborging van respect voor mensenrechten, democratie, de rechtstaat en behoorlijk bestuur.[76] De CAVV adviseert de regering om zich bij gelegenheid en bij herhaling ook expliciet uit te laten over de rechtmatigheid van tegenmaatregelen in het algemeen belang.

— 3
Bezwaren tegen eenzijdige maatregelen

Een grote groep staten wijzen eenzijdige maatregelen af als strijdig met beginselen van internationaal recht neergelegd in het Handvest van de Verenigde Naties; basisbeginselen van het multilaterale handelssysteem (vrijheid van handel en investeringen en mededinging); de soevereiniteit van ontwikkelingslanden (soevereine gelijkheid); de plicht tot niet-inmenging in interne aangelegenheden; beginselen van vreedzame betrekkingen tussen staten; de plicht tot samenwerking; of mensenrechten.[77] Op basis van dergelijke overwegingen wordt in resoluties van de Algemene Vergadering de terminologie ‘eenzijdige dwangmaatregelen’ gebruikt waarbij vooral verwezen wordt naar politieke en economische dwang tegen ontwikkelingslanden en waarbij geen duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen tegenmaatregelen en retorsies.[78] In deze paragraaf worden twee belangrijke bezwaren besproken. Ten eerste het bezwaar dat alleen de VN Veiligheidsraad dwangmaatregelen mag opleggen, en ten tweede het bezwaar dat maatregelen in het algemeen belang het non-interventieverbod schenden.

De VN Veiligheidsraad heeft onder Hoofdstuk VII van het VN Handvest de bevoegdheid om dwangmaatregelen op te leggen.[79] Deze dwangmaatregelen van de VN Veiligheidsraad worden opgelegd in geval van bedreigingen van de vrede, inbreuken op de vrede en daden van agressie.[80] Deze maatregelen vormen echter geen *lex specialis* die de algemene regels inzake tegenmaatregelen opzij zou zetten.[81] De VN Veiligheidsraad heeft geen alomvattend mandaat om het internationaal recht te handhaven. Het standpunt dat het recht betreffende dwangmaatregelen exclusief en uitputtend zou zijn neergelegd in het VN Handvest en daarmee eenzijdige maatregelen door lidstaten zou uitsluiten is onjuist.[82] Als zodanig behouden de lidstaten dan ook de vrijheid om, binnen de grenzen van het internationaal recht, maatregelen te nemen ter handhaving van dat recht.[83]

De vraag rijst of dwangmaatregelen gekwalificeerd kunnen worden als strijdig met het non-interventie beginsel, dat staten verbiedt te interveniëren in de interne en externe aangelegenheden van andere staten. Van een “verboden” interventie is sprake, volgens het IGH in de Nicaragua zaak, wanneer deze ziet op aangelegenheden waarover een staat op grond van het beginsel van staatssoevereiniteit vrijelijk mag beschikken. Als voorbeelden van dergelijke aangelegenheden noemt het IGH de keuze van het politieke, economische, sociale en culturele systeem en het bepalen van het buitenlands beleid van een staat. Interventie is onrechtmatig, aldus IGH, wanneer dwang wordt gebruikt met betrekking tot dergelijke keuzes, die vrij dienen te blijven.[84]

Hoewel eenzijdig beperkende maatregelen in beginsel een dwangkarakter hebben,[85] kunnen zij als tegenmaatregelen in het algemeen belang niet als “verboden” of “onrechtmatige” interventie in de interne of externe aangelegenheden van de doelstaat worden beschouwd. Dit soort maatregelen zijn immers een reactie op schendingen van internationaal recht en hebben tot doel de schendende staat tot stopzetting, het bieden van verzekeringen of garanties tegen herhaling, restitutie, schadevergoeding of genoegdoening ten bate van de direct geraakte staat of begunstigden aan te zetten. Op grond van de regels van staatsaansprakelijkheid is de doelstaat juist niet vrij te beschikken over dit soort aangelegenheden, nu deze in strijd met het internationaal recht heeft gehandeld en gehouden is de schending(en) ongedaan en goed te maken.[86]

De bezwaren dienen serieus genomen te worden voor zover zij zien op ongewenste effecten van tegenmaatregelen en sancties in meer algemene zin. Maar dit betekent niet dat tegenmaatregelen in het algemeen belang per definitie onrechtmatig zijn. De resoluties van de Algemene Vergadering waarin dwangmaatregelen worden bekritiseerd hinken op vele gedachten, hetgeen deels kan verklaren waarom de stemverhoudingen gespleten zijn tussen rond de 130 ontwikkelingslanden die voorstemmen en zo'n 50 ontwikkelde landen die tegenstemmen of zich onthouden.[87]

De CAVV ziet tegenmaatregelen in het algemeen belang als belangrijk middel om de ernstigste schendingen van internationaal recht te adresseren. Dit belang is nog groter in die situaties waarin een permanent lid van de VN Veiligheidsraad de schendende staat is. Op basis van deze overwegingen en met name ook gelet op de groeiende en verschuivende praktijk zoals in de voorgaande paragraaf besproken acht de CAVV de stelling dat tegenmaatregelen in het algemeen belang onder omstandigheden rechtmatig zijn verdedigbaar. De CAVV acht het toepassen van deze maatregelen in bepaalde omstandigheden zelfs wenselijk als reactie op de ernstige schendingen van internationaal recht waarover in dit advies wordt gesproken.

— 4
Aandachtspunten

Alhoewel de bezwaren zoals besproken in de voorgaande paragraaf niet tot de conclusie leiden dat tegenmaatregelen in het algemeen belang per definitie onrechtmatig zijn, geven zij wel aan dat er legitieme zorgen zijn over misbruik of excessieve maatregelen.[88] De CAVV onderkent deze zorgen en is daarom van mening dat nadere regulering gewenst is waarbij meer duidelijkheid kan worden geschapen voor wat betreft de voorwaarden waaronder tegenmaatregelen in het algemeen belang kunnen worden genomen. Dit is met name gewenst omdat de regels van de ARSIWA vooral zijn toegespitst op reguliere, dat wil zeggen bilaterale, tegenmaatregelen.

De aspecten waarop verduidelijking welkom zou zijn betreffen:

- *Aard van de verplichtingen en ernst van de schendingen:* Allereerst meent de CAVV dat meer duidelijkheid moet worden geboden over wanneer tegenmaatregelen in het algemeen belang genomen mogen worden; als reactie op welke schendingen precies? Men mag aannemen dat niet alle collectieve verplichtingen een gelijk gewicht toekomt,[89] zelfs al wordt veelvuldig gesteld dat alle mensenrechten 'inalienable and indivisible' zijn. In vergelijkbare zin kan gesteld worden dat niet elke verplichting ter bescherming van het milieu in gebieden buiten nationale jurisdictie bij schending daarvan tot tegenmaatregelen door andere staten zou kunnen leiden. Er kan derhalve voor worden gekozen om de toelaatbaarheid van tegenmaatregelen in het algemeen belang te beperken tot ernstige schendingen van regels van dwingend recht en alleen voor bepaalde collectieve verplichtingen.[90]

- *Vaststelling van schending(en):* Gezien het horizontale karakter van de betrekkingen tussen staten, gebaseerd op het beginsel van hun soevereine gelijkheid, is de beginpositie van het internationaal recht dat elke staat voor zichzelf bepaalt wanneer een verplichting is geschonden.[91] De CAVV is van mening, nu collectieve verplichtingen en verplichtingen tegenover de internationale gemeenschap primair het algemeen belang van staten dienen, dat zoveel mogelijk in multilateraal verband dient te worden gehandeld, in het bijzonder middels de procedures van de Verenigde Naties,[92] en dat tegenmaatregelen in het algemeen belang *bij voorkeur* genomen dienen te worden nadat de ernstige schendingen in multilateraal verband zijn vastgesteld en dus niet op basis van een unilaterale vaststelling alleen.

- *Geschillenbeslechting:* Aangezien de betrekkingen tussen staten horizontaal van karakter zijn, brengt dit met zich mee dat een staat geen besluiten kan nemen die een andere staat binden. Wanneer een staat, groep van staten, of een internationale organisatie tegenmaatregelen in het algemeen belang neemt, is daarmee niet definitief of zelfs maar overtuigend vastgesteld dat een andere staat een schending van internationaal recht

heeft gepleegd. Vandaar dat het nemen van tegenmaatregelen tot geschillen kan leiden met de staat die het doelwit van de maatregelen is voor wat betreft het bestaan van een schending, de rechtvaardiging voor tegenmaatregelen of de naleving van voorwaarden voor het nemen van tegenmaatregelen. Geschillen kunnen natuurlijk voorgelegd worden aan internationale tribunalen of hoven, maar het internationaal recht eist in dat geval dat staten hebben ingestemd met de rechtsmacht daarvan. Gezien het belang van tegenmaatregelen in het algemeen belang en de steun die daarvoor ook gevraagd wordt van andere staten, meent de CAVV dat in beginsel de bereidheid zou dienen te bestaan mee te werken aan het beslechten van geschillen inzake tegenmaatregelen. Daarbij geldt wel als randvoorwaarde dat een internationaal tribunaal of hof eveneens kan oordelen over mogelijke schendingen door de doelstaat.[93] In dit verband mag worden opgemerkt dat het Koninkrijk der Nederlanden de jurisdictie van het Internationaal Gerechtshof in zijn algemeenheid heeft erkend, zonder veel beperkende voorwaarden, middels een verklaring in de zin van artikel 36, tweede lid, van het Statuut IGH, en dat geschillen inzake tegenmaatregelen potentieel dus voor het IGH kunnen worden gebracht.[94]

- *Proportionaliteit:* Indien tegenmaatregelen parallel worden genomen door een (groot) aantal staten kan dit vragen opwerpen inzake de proportionaliteit van die maatregelen tezamen ten opzichte van de eerdere schending(en) gezien de ernst en effecten en de doelen die met de tegenmaatregelen worden nagestreefd.[95] Het is de vraag of artikel 51 van de ARSIWA voldoende is toegespitst op de situatie van parallelle tegenmaatregelen. Hierbij dient wel te worden opgemerkt dat tegenmaatregelen naar aanleiding van een grove schending van het agressieverbod zoals het geval is bij de huidige invasie van Oekraïne door Rusland, waarbij ook nog kernregels van het internationaal humanitair recht op systematische wijze worden geschonden, alleen in de meest uitzonderlijke gevallen als disproportioneel zouden kunnen worden aangeduid.

- *Ongewenste neveneffecten:* Tegenmaatregelen genomen door een collectief van staten zouden mogelijk wel ernstige neveneffecten kunnen opleveren voor andere staten dan de staten waartegen de maatregelen gericht zijn.[96] In dat geval zouden de staten die tegenmaatregelen nemen bereid dienen te zijn, naar analogie met artikel 50 Handvest van de Verenigde Naties,[97] in overleg te treden met geraakte staten om een oplossing te zoeken voor mogelijke bijzondere economische problemen die het gevolg zijn van de maatregelen.

- *Fundamentele mensenrechten:* Als ondergrens voor de rechtmatigheid van tegenmaatregelen geldt dat zij geen fundamentele mensenrechten dienen te schenden.[98] In General Comment 8 heeft het Comité inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten ook aangegeven dat het essentieel is om onderscheid te maken tussen politieke en economische druk op de bestuurselite van een staat om hen aan te zetten het internationaal recht na te leven en mogelijke nevenschade voor de meest kwetsbare groepen binnen de doelstaat. Fundamentele mensenrechten die in dit kader van belang zijn betreffen bijvoorbeeld het verbod op verhongering binnen een internationaal gewapend conflict; en artikel 1, tweede lid van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten dat aangeeft dat '[i]n geen geval mogen een volk zijn bestaansmiddelen worden ontnomen.'[99] Alhoewel een ondergrens voor tegenmaatregelen van belang is, dient wel te worden opgemerkt dat de primaire verantwoordelijkheid om mensenrechten te respecteren en te verzekeren ligt bij de overheid van de staat tegen wie de maatregelen zijn gericht. Verder mag worden opgemerkt dat, naast de mogelijkheid van derogatie, in veel gevallen mensenrechten beperkt kunnen worden op grond van legitieme doelen als nationale veiligheid. Desalniettemin is het van belang dat sanctieregimes met tegenmaatregelen en retorsies duidelijke bepalingen bevatten ten aanzien van humanitaire vrijstellingen van sancties, bijvoorbeeld met betrekking tot landbouwproducten, medicijnen en medische hulpmiddelen. Ook is meer procedurele duidelijkheid gewenst voor wat betreft de beperkingen die staten of internationale organisaties en in het bijzonder de EU opleggen aan personen die zich binnen hun jurisdictie bevinden en die onderworpen worden aan gerichte sancties.

De CAVV is van mening dat de regering bovenstaande aandachtspunten en suggesties in overweging kan nemen bij het formuleren van het eigen beleid en voor inbreng bij het beleid van de Europese Unie voor wat betreft het nemen van tegenmaatregelen in het algemeen belang.

Afsluiting en advies

inhoud

Dit advies betreft de internationale rechten en plichten van (derde) staten bij ernstige schending van dwingende regels van internationaal recht en meer specifiek het agressieverbod. In deze slotparagraaf wordt de kern van het advies puntsgewijs weergegeven:

1. Regels van dwingend recht beschermen de fundamentele waarden van de internationale gemeenschap. Zij zijn hiërarchisch superieur aan andere regels van internationaal recht en ze hebben universele gelding. Het risico van eenzijdige en arbitraire inroeping van de regels van dwingend recht om aan andere regels van internationaal recht voorbij te gaan is in zijn algemeenheid reëel, maar niet aan de orde met betrekking tot de invasie van Oekraïne.

2. Artikel 41 van de Artikelen inzake Staatsaansprakelijkheid (ARSIWA) bevat drie verplichtingen voor staten om op te treden tegen ernstige schendingen van dwingend recht, waaronder ook schending van het agressieverbod, namelijk (1) de verplichting om samen te werken om de schending te beëindigen, (2) de verplichting tot niet-erkenning van de situatie die is ontstaan als gevolg van de schending, en (3) de verplichting om geen steun of assistentie te geven aan het in stand houden van die situatie.

3. De verplichting tot samenwerking om een ernstige schending van een regel van dwingend recht tot een einde te brengen heeft gewoonterechtelijke status. De verplichting wordt bij voorkeur vormgegeven binnen internationale organisaties, en dan het liefst binnen de VN. Indien samenwerking binnen de VN niet tot (voldoende) resultaat leidt, is het aan staten om ook buiten de VN om, in coalities of via regionale organisaties, gevolg te geven aan de verplichting tot samenwerking om de schending tot een einde te brengen. Wat de verplichting tot samenwerking precies behelst is niet volledig uitgekristalliseerd. Het is daarom van belang, met name wanneer (coalities van) staten maatregelen nemen buiten de VN, om duidelijk aan te geven dat deze maatregelen een implementatie van de verplichting tot samenwerking betreffen en dat de betreffende staten van oordeel zijn dat het internationaal recht hen verplicht om deze maatregelen te nemen. Wanneer een staat doelbewust en te kwader trouw maatregelen van andere staten ondermijnt zou dit aangemerkt kunnen worden als een schending van de verplichting tot samenwerking.

4. De verplichting tot niet-erkenning van de situatie die ontstaan is door de ernstige schending heeft gewoonterechtelijke status en betreft zowel formele als impliciete erkenning. Ook mogen staten reisdocumenten die zijn uitgegeven door een *de facto* staat of de agressor niet erkennen. Humanitaire redenen kunnen minimale betrekkingen met een *de facto* staat of bezetter rechtvaardigen. Het is aan iedere individuele staat om tot niet-erkenning over te gaan; er is geen collectief besluit vereist.

5. De verplichting om geen hulp of assistentie te verlenen aan het handhaven van de situatie heeft gewoonterechtelijke status. Wapenleveranties aan de agressor zijn een typisch voorbeeld van het verlenen van hulp en assistentie aan het in stand houden van de situatie, bijvoorbeeld wanneer de wapens worden ingezet om militaire overmacht te behouden. Ook het ondermijnen van maatregelen (waaronder sancties), door andere staten genomen met als doel de situatie veroorzaakt door de schending te beëindigen, kan onder omstandigheden neerkomen op hulp of assistentie aan het handhaven van de situatie. Dit is met name het geval wanneer de staat die de maatregelen ondermijnt zich ervan bewust is dat deze handelingen bijdragen aan het in stand houden van de situatie.

6. Derde staten, dat wil zeggen staten die niet direct zelf geraakt zijn, kunnen ook op ernstige schendingen van dwingende regels van internationaal recht reageren door het opleggen van sancties. Sanctieregimes kunnen bestaan uit maatregelen die het internationaal recht niet schenden (retorsies) en maatregelen die het internationaal recht wel schenden, maar die gerechtvaardigd zijn door de eerdere ernstige schending van dwingend recht waar de maatregelen op reageren (tegenmaatregelen in het algemeen belang). Op basis van de bestaande en omvattende praktijk van tegenmaatregelen in het algemeen belang, waaronder ook die van niet-westerse staten, concludeert de CAVV dat tegenmaatregelen in het algemeen belang onder omstandigheden rechtmatig zijn onder het internationaal recht. De CAVV adviseert de regering evenwel om zich bij gelegenheid en bij herhaling expliciet uit te laten over de rechtmatigheid van tegenmaatregelen in het algemeen belang.

7. Alhoewel de bezwaren die geuit worden tegen tegenmaatregelen in het algemeen belang deze niet per definitie onrechtmatig maken, geven zij wel aan dat er legitieme zorgen zijn over misbruik of excessieve maatregelen. De CAVV onderkent deze zorgen en is daarom van mening dat nadere regulering is gewenst. Dit is met name gewenst omdat de regels van de ARSIWA vooral zijn toegespitst op reguliere, dat wil zeggen bilaterale, tegenmaatregelen. Nadere regulering is met name gewenst op de volgende punten:

   - Aard van de verplichtingen en ernst van de schendingen;
   - Vaststelling van schending(en);
   - Geschillenbeslechting;
   - Proportionaliteit;
   - Ongewenste neveneffecten;
   - Fundamentele mensenrechten.

Eindnoten

inhoud

1 Artikel 41 van de artikelen inzake staatsaansprakelijkheid (ARSIWA, afkorting van 'Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts') behandelt bijzondere rechtsgevolgen van een ernstige schending van dwingend recht en luidt als volgt: '1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40; 2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation; 3. This article is without prejudice to the other consequences referred to in this part and to such further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law.' ILC, 'Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001)', *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, p. 26.

2 CAVV, *Advies inzake de ontwerpconclusies van de International Law Commission over dwingende regels van algemeen internationaal recht*, advies nr. 37, 27 juli 2020.

3 Resolutie van de Algemene Vergadering, 2 maart 2022, VN Doc. A/RES/ES-11/1 (voorstemmers: 141, tegenstemmers: 5, onthouding: 35, niet-gestemd: 12).

4 Peremptory norms of general international law *(jus cogens)* in: ILC, *Report of the Seventy-third session*, VN Doc. A/77/10 (2022), p. 11.

5 Zie bijv. 'The Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations (1970)', resolutie van de Algemene Vergadering, 24 oktober 1970, VN Doc. A/RES/2625(XXV) , annex, para. 1 ('States have the duty to cooperate with one another, irrespective of the differences in their political, economic and social systems, in the various spheres of international relations, in order to maintain international peace and security and to promote international economic stability and progress, the general welfare of nations and international cooperation free from discrimination based on such differences').

6 ILC, *Report of the Seventy-third session*, VN Doc. A/77/10 (2022), Conclusie 19, toelichting onder (2), p. 71. Zie ook toelichting onder (9), p. 73-74.

7 ILC, 'Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001)', *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, Artikel 41, toelichting onder (3), p. 114.

8 Ibid.

9 ILC, *Report of the Seventy-third session*, VN Doc. A/77/10 (2022), Conclusie 19, toelichting onder (2), p. 71. Zie ook toelichting onder (9), p. 73-74.

10 Zie de beraadslagingen van de Zesde Commissie in de 74e sessie. Zie ook Comments by Governments, 73rd session of the International Law Commission, VN Doc. A/CN.4/748 (2021). Alleen Israël, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten zetten vraagtekens bij de gewoonterechtelijke status van de plicht.

11 Het Nederlandse verzoek sloot aan bij CAVV, *Advies inzake de ontwerpconclusies van de International Law Commission over dwingende regels van algemeen internationaal recht*, Advies 37, 27 juli 2020.

12 ILC, 'Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001)', in: *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, p. 114, Artikel 41, toelichting onder (3).

13 Ibid. Dit kan ook worden afgeleid uit de voorbeelden van resoluties die de ILC in de toelichting bij conclusie 19 heeft opgenomen.

14 De voorkeur is onderstreept door het IGH in de hierna te noemen zaken. De voorkeur voor de VN wordt ook expliciet benoemd in verdragen waarin dwingendrechtelijke normen centraal staan, zoals artikel VIII van het Verdrag inzake de voorkoming en de bestraffing van genocide (Genocideverdrag), 9 december 1948, United Nations Treaty Series vol. 78, p. 277 en Artikel VIII van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, 7 maart 1969, United Nations Treaty Series vol. 660, p. 195.

15 IGH 9 juli 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 2004, p. 136, par. 159-160; en IGH 25 februari 2019, Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, , Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019, p. 95, par. 178-180. In deze zaken refereert het Hof aan normen met *'erga omnes'* werking en niet aan normen van dwingend recht. In het algemeen kan worden gesteld dat alle normen van dwingend recht tevens erga omnes werking hebben, oftewel deze normen brengen rechten en verplichtingen met zich mee voor alle staten, omdat de hele internationale gemeenschap wordt geacht een belang te hebben bij de bescherming van die normen. Zie ook Conclusie 17 van de ILC ontwerpconclusies inzake dwingendrechtelijke regels, ILC, *Report of the Seventy-third session*, VN Doc. A/77/10 (2022), conclusie 17.

16 VN Doc. A/CN.4/748, p. 87.

17 Zie onder meer de stemverklaringen die staten hebben afgegeven bij het aannemen van een resolutie door de Algemene Vergadering van de VN inzake een 'Standing mandate for a General Assembly debate when a veto is cast in the Security Council', VN Doc. A/RES/76/262, 26 april 2022, hieronder besproken. Zie voor de stemverklaringen VN Doc. A/76/PV.69.

18 Zie ten aanzien van Oekraïne, Algemene Vergadering resolutie VN Doc. A/RES/ES-11/1 van 2 maart 2022, par. 2, 5 en 11; en VN Mensenrechtenraad resolutie, 4 maart 2022, VN Doc. A/HRC/RES/49/1 par. 11. Zie voor andere voorbeelden, ILC, Report of the Seventy-third session, VN Doc. A/77/10 (2022), Conclusie 19, toelichting onder (9), p. 73-74.

19 Resolutie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties inzake een Standing mandate for a General Assembly debate when a veto is cast in the Security Council, A/RES/76/262, 26 april 2022. Deze resolutie bouwt voort op de oorspronkelijke basis hiervoor, Algemene Vergadering resolutie, VN Doc. A/RES/377 (V), Uniting for Peace.

20 In het CAVV/EVA, *Advies inzake mogelijkheden, betekenis en wenselijkheid van het gebruik door politici van de term genocide*, Advies 28, 3 maart 2017, werd het volgende gesteld: 'Gezien de ambitie van Nederland om de internationale rechtsorde te bevorderen, verdient het de voorkeur dat de regering en het parlement aansluiting zoeken bij internationale kwalificaties door relevante VN-organen. Hierbij kan worden onderscheiden tussen (i) meer politieke vaststellingen door de VN Veiligheidsraad of de Algemene Vergadering, waarbij de achterliggende feiten niet in detail worden benoemd, (ii) vaststellingen door VN-onderzoekscommissies, waarbij de feiten op meer gedetailleerde en nauwgezette wijze worden vastgesteld en gekwalificeerd, en (iii) vaststellingen van internationale gerechtshoven en strafhoven.'

21 ILC, *Report of the Seventy-third session*, VN Doc. A/77/10 (2022), Conclusie 19, toelichting, onder (10), p. 75. Zie ook CAVV, *Advies inzake de ontwerpconclusies van de International Law Commission over dwingende regels van algemeen internationaal recht*, Advies 37, 27 juli 2020, p. 16.

22 CAVV, *Advies inzake de ontwerpconclusies van de International Law Commission over dwingende regels van algemeen internationaal recht*, Advies 37, 27 juli 2020.

23 IGH 9 juli 2004, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, par. 159.

24 Deze keuze ligt inmiddels minder voor de hand nu Rusland onlangs uit de Raad van Europa is gezet. Zie de volgende besluiten van de Raad van Europa: Resolutie CM/RES(2022)2 inzake de beëindiging van het lidmaatschap van de Russische Federatie van de Raad van Europa, 16 maart 2022 en CM/Del/Dec(2022)1428ter/2.3 inzake de gevolgen van de agressie van de Russisiche Federatie tegen Oekraïne, 16 maart 2022.

25 ILC, *Report of the Seventy-third session*, VN Doc. A/77/10 (2022), Conclusie 19, toelichting onder (7), p. 72, waar de ILC collectieve maatregelen aanmerkt als 'the essence of "cooperation"'.

26 Zie bijvoorbeeld de volgende uitspraken van VN ambassadeur Georges Nzongola-Ntalaja van de Democratische Republiek Congo, die overigens - ondanks de hier volgende bezwaren - voor de betreffende resolutie stemde: 'We deplore the politics of the double standards of the powerful of this world when it comes to Africa, [...] We support Ukraine. We want to see the war ended [...] But we would like to

see the international community take similar action against other situations in the world where countries are being invaded and occupied.' Zie https://www.reuters.com/world/united-nations-condemns-russias-move-annex-parts-ukraine-2022-10-12/ en https://press.un.org/en/2022/ga12458.doc.htm.

27 Zie het Reglement van Orde van de VN Algemene Vergadering, regel 86, https://www.un.org/en/ga/about/ropga/plenary.shtml.

28 Zie R.J. Barber, 'Cooperating through the General Assembly to End Serious Breaches of Peremptory Norms', International and Comparative Law Quarterly, Vol. 71(1), 2022, p. 23-25; en ILC, *Report of the Seventy-third session*, VN Doc. A/77/10 (2022), Conclusie 19, toelichting onder (11), p. 75-76.

29 IGH 25 februari 2019, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019*, p. 95, par. 180.

30 ILC, 'Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001)', in: *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, Artikel 41, toelichting onder (3), p. 114: 'Neither does paragraph 1 prescribe what measures States should take in order to bring to an end serious braches in the sense of article 40. Such cooperation must be through lawful means, the choice of which will depend on the circumstances of the given situation.'

31 Ibid., Artikel 41, tekst en toelichting onder (3), p. 114, en ILC, *Report of the Seventy-third session*, VN Doc. A/77/10 (2022), tekst van Conclusie 19 en toelichting onder (7) en, specifiek met betrekking tot unilaterale maatregelen (10), p. 72-75. Zie ook IGH 9 juli 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004*, p. 136, par. 159, waar het Hof opmerkte dat 'It is also for all States, *while respecting the Charter of the United Nations and international law*, to see to it that any impediment, resulting from the construction of the wall, to the exercise by the Palestinian people of its right to self-determination is brought to an end.' (nadruk toegevoegd)

32 De vraag of regionale organisaties maatregelen (sancties) mogen nemen tegen staten buiten hun organisatie wordt ook behandeld in deel II van dit advies. De ILC stelt hierover 'Other international organizations may also adopt measures, consistent with international law, to bring to an end serious breaches of peremptory norms of general international law *(jus cogens) if their mandates permit them to do so*' (nadruk toegevoegd). ILC, *Report of the Seventy-third session*, VN Doc. A/77/10 (2022), Conclusie 19, toelichting onder (8), p. 73.

33 IGH 26 februari 2007, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 43, par. 430.

34 Zie verder deel II.

35 Report of the Expert Group Established by the Minister of Foreign Affairs of the Netherlands, *Humanitarian Intervention and Political Support for Interstate Use of Force*, December 2019, par. 14.

36 ILC, 'Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001)', in: *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, Artikel 41, toelichting onder (6), p. 114.

37 Voor deze en andere voorbeelden: ibid., Artikel 41, toelichting onder (6-8), p. 114-115; ILC, Report of the Seventy-third session, VN Doc. A/77/10 (2022), p. 76-78. Zie ook International Law Association Committee on Recognition/Non-recognition in International Law, Conference Report Sydney 2018, te vinden op: https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-report-sydney-2018-6, p.15.

38 M. Dawidowicz, 'The Obligation of Non-Recognition of an Unlawful Situation', in James Crawford et al., *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010), p. 678-679.

39 Resolutie van de Algemene Vergadering, 12 oktober 2022, VN Doc. A/RES/ES-11/4, par. 4 (voorstemmers: 143, tegenstemmers: 5, onthouding: 35, niet-gestemd: 10).

40 Ibid., par. 5; ILC, 'Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001)', in: *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, Artikel 41, toelichting onder (9), p. 115.

41 Ibid., p. 114.

[42] Deze voorbeelden zijn gebaseerd op de praktijk van de VN Veiligheidsraad en de Algemene Vergadering. Zie bijvoorbeeld VN Veiligheidsraad resolutie inzake Zuid-Rhodesië, VN Doc. S/RES/253, (1968), VN Veiligheidsraad resolutie inzake Namibië, VN Doc. S/RES/283 (1970); VN Algemene Vergadering resolutie inzake Zuid-Afrika, VN Doc. A/RES/32/105N (1977), m.n. par. 5. Zie ook M. Dawidowicz, 'The Obligation of Non-Recognition of an Unlawful Situation', in J. Crawford et al., *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010), p. 679-683.

[43] IGH 21 juni 1971, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16, par. 125.

[44] A. Cullen and S. Wheatley, 'The Human Rights of Individuals in De Facto Regimes under the European Convention on Human Rights' (2013) 14 (4) *Human Rights Law Review*, p. 691; T. de Waal, *Uncertain Ground: Engaging with Europe's De Facto States and Breakaway Territories* (Carnegie Endowment for International Peace 2018), p. 31-33.

[45] ILC, 'Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001)', *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, Artikel 41, toelichting onder (5), p. 114.

[46] Zie ook S. Talmon, 'The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation without Real Substance?', in C. Tomuschat and J-M. Thouvenin, *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (Brill 2006), p. 112-113.

[47] ILC, 'Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001)', *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, Artikel 41, toelichting onder (6), p. 114.

[48] CAVV, *Advies inzake de ontwerpconclusies van de International Law Commission over dwingende regels van algemeen internationaal recht*, Advies 37, 27 juli 2020, p. 16.

[49] M. Jackson, *Complicity in International Law* (Oxford University Press 2015), p. 137-144; Resolutie van de Algemene Vergadering, 14 december 1974, VN Doc. A/RES/3314 (XXIX), Annex, Definition of Aggression, Artikel 3(f).

[50] ILC, 'Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001)', *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, Artikel 41, toelichting onder (11), p. 115.

[51] Ibid., Artikel 41, toelichting onder (11), p. 115.

[52] Zie H. Aust, *Complicity and the Law of State Responsibility* (Cambridge University Press 2011), p. 336.

[53] M. Jackson, *Complicity in International Law* (Oxford University Press 2015), p. 146.

[54] H. Aust, *Complicity and the Law of State Responsibility* (Cambridge University Press 2011), p. 337.

[55] Artikel 41 VN Handvest; artikel 215 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie. Zie ook ILC, 'Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001)', *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, Artikel 22, toelichting onder (3), p. 75.

[56] Dit volgt reeds uit het geweldsverbod als neergelegd in artikel 2(4) VN Handvest en het internationaal gewoonterecht, en is ook specifiek bevestigd in de ARSIWA en in de ILC, 'Draft Articles on the Responsibility of International Organizations with Commentaries Thereto', in: *Yearbook of the International Law Commission* 2011, vol. II, Part Two, p. 46 (DARIO) voor wat betreft tegenmaatregelen (respectievelijk artikelen 50(1)(a) en 53(1)(a)). Zie ook de toelichting bij artikel 22 lid 1 DARIO, toelichting 'countermeasures' art. 22 lid. 3 DARIO, toelichting artikel 50 lid 4 en 5 DARIO, toelichting artikel 54 lid 3 en 4 DARIO. Dit laat overigens onverlet de handelingen die op basis van (collectieve) zelfverdediging in reactie op een daad van agressie geoorloofd zouden kunnen zijn, artikel 51 VN Handvest.

[57] Artikelen 22, 49-53 ARSIWA; artikelen 22, 51-56 ILC, 'Draft Articles on the Responsibility of International Organizations with Commentaries Thereto', in: *Yearbook of the International Law Commission* 2011, vol. II, Part Two, p. 46 (DARIO).

[58] Zie ILC, 'Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001)', *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, 'Circumstances precluding wrongfulness', toelichting onder (2-4) en (7-8), p. 71-72; en ibid., Artikel 22, toelichting onder (1-2) en (4), p. 75.

[59] Zie bijv. in deze zin opmerkingen van regeringen in VN Doc. A/CN.4/515, p. 90 (Argentinië); p. 79 (China), dat collectieve tegenmaatregelen afwees en op schrapping aandrong; p. 91, par. 2 en 5-16 (Mexico); p. 93 en 93-94, par. 1-3 (Japan); p. 94 (Korea); p. 94 (VK). Voor wat betreft eenzijdige dwangmaatregelen, zie de meest recente resoluties van de Algemene Vergadering, VN Doc. A/RES/76/161, Human rights and unilateral coercive measures, 16 december 2021 (voorstemmers: 131, tegenstemmers: 54, onthouding: 0, niet gestemd: 8); VN Doc. A/RES/76/191, Unilateral Economic Measures as a means of political and economic coercion against developing countries, 17 december 2021 (voorstemmers: 126, tegenstemmers: 6, onthouding: 46, niet gestemd: 15). Opvallend genoeg heeft de Algemene Vergadering zelf in het verleden juist wel opgeroepen tot het nemen van (eenzijdige) maatregelen, bijv. tegen Portugal, Rhodesië, Zuid Afrika en Israël.

[60] Artikel 54 ARSIWA: 'This chapter does not prejudice the right of any State, entitled under article 48, paragraph 1, to invoke the responsibility of another State, to take lawful measures against that State to ensure cessation of the breach and reparation in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached.'

[61] N.a.v. voorstellen in CAVV, *Advies inzake de ontwerpconclusies van de International Law Commission over dwingende regels van algemeen internationaal recht*, Advies 37, 27 juli 2020.

[62] E. Katselli Proukaki, *The Problem of Enforcement in International Law* (Routledge 2009), p. 110; M. Dawidowicz, *Third-Party Countermeasures in International Law* (Cambridge University Press 2017) p. 111: 'The true extent of State practice on third-party countermeasures has not always been fully appreciated. Already in 2001, at the time of the adoption of the savings clause in Article 54 ARSIWA, relevant instances of practice on third-party countermeasures greatly exceeded the rather limited examples identified by the ILC.'

[63] E. Katselli Proukaki, *The Problem of Enforcement in International Law* (Routledge 2009), p. 114-116 (lidstaten OAS tegen Dominikaanse Republiek), p. 122-126 (Arabische staten tegen Israël), p. 126 (Afrikaanse lidstaten OAU tegen Portugal), p. 135 (lidstaten ECOWAS tegen Liberia), p. 166-169 (India en Afrikaanse staten tegen Zuid-Afrika), p. 189-190 (lidstaten Commonwealth tegen Nigeria), 190 (Afrikaanse staten tegen Burundi); M. Dawidowicz, *Third-Party Countermeasures in International Law* (Cambridge University Press 2017), bespreekt dezelfde voorbeelden in hoofdstuk 4, en komt tot de conclusie na een evaluatie van de consistentie van de praktijk dat deze 'virtually uniform' is, p. 245-250.

[64] Zie de bepalingen van Artikelen 40(2)(e)(iii), 40(2)(f) en 40(3) [ARSIWA] van ILC, Text of the draft articles provisionally adopted by the Commission on first reading, *Yearbook of the International Law Commission* 1996, vol. II, Part Two, p. 58.

[65] Ibid., Artikelen 47-50.

[66] M. Dawidowicz, *Third-Party Countermeasures in International Law* (Cambridge University Press 2017) p. 176-181 (Soedan), p. 193-203 (Myanmar; nieuwe maatregelen zijn doorgevoerd na de militaire coup d'état van 2021, zie https://www.sanctionsmap.eu/#/main/details/8/?search=%7B%22value%22:%22%22,%22searchType%22:%7B%7D%7D, p. 203-211 (Zimbabwe), p. 211-216 (Belarus), p. 216-220 (Libië), p. 220-231 (Syrië), p. 231-238 (Rusland).

[67] Zie https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2021/06/21/myanmar-burma-third-round-of-eu-sanctions-over-the-military-coup-and-subsequent-repression en https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/02/21/myanmar-burma-eu-imposes-restrictive-measures-on-22-individuals-and-4-entities-in-fourth-round-of-sanctions.

[68] Zie Reuters Graphics, Tracking sanctions against Russia, updated 7 July 2022, via https://graphics.reuters.com/UKRAINE-CRISIS/SANCTIONS/byvrjenzmve. Voor EU-maatregelen, zie https://www.consilium.europa.eu/en/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine.

69 Zie voor de EU-sancties tegen Belarus en Iran respectievelijk https://www.consilium.europa.eu/en/policies/sanctions/restrictive-measures-against-belarus en https://www.consilium.europa.eu/en/policies/sanctions/iran.

70 Zie A. Hofer, 'Sanctioning Qatar: the Finale?', *EJIL:Talk!*, 16 June 2021, https://www.ejiltalk.org/sanctioning-qatar-the-finale.

71 Zie voor een analyse van deze praktijk, Rishika Chauhan, From pessimism to accommodation: Indias stand and practice on unilateral sanctions, Congyan Cai, Chinas position and practice concerning unilateral sanctions, Ivan N. Timofeev, Unilateral and extraterritorial sanctions policy: the Russian dimension, in in Charlotte Beaucillon (ed.), *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, Elgar, 2021, chapters 4, 5 and 6.

72 E. Katselli Proukaki, *The Problem of Enforcement in International Law* (Routledge 2009), p. 287-288; M. Dawidowicz, *Third-Party Countermeasures in International Law* (Cambridge University Press 2017), p. 250-255. De methode die deze auteurs hanteren om te bepalen of bepaalde maatregelen kunnen gelden als tegenmaatregelen en daarmee als relevante statenpraktijk is de volgende. Maatregelen uit de statenpraktijk worden geëvalueerd om te bepalen of een maatregel in strijd zou kunnen komen met een internationale verplichting van de staat of juist als retorsie dient te worden gekwalificeerd. Indien het eerste het geval is, wordt daarna bekeken of de maatregel redelijkerwijs toelaatbaar zou kunnen zijn onder het toepasselijke rechtsregime (als legitieme beperking op een verplichting, uitzondering, derogatie of opschorting of beëindiging van een verdrag). Indien het toepasselijke rechtsregime geen adequate verklaring biedt voor de schending van een verplichting wordt vervolgens geconcludeerd dat de maatregel slechts gerechtvaardigd kan worden als tegenmaatregel. Zie E. Katselli Proukaki, ibid., p. 7-8 en 90-93; en M. Dawidowicz, ibid., p. 14-15, 29-30 en 111-112.

73 E. Katselli Proukaki, *The Problem of Enforcement in International Law* (Routledge 2009), p. 207; M. Dawidowicz, *Third-Party Countermeasures in International Law* (Cambridge University Press 2017), p. 126 (voetnoot 83), p. 143 (voetnoot 203), p. 145, p. 165-166, 175-176, 181, 184, 192, 201-202, 210, 237, 243, 243-245, 249-250, en 283 ('the relative absence of diplomatic protests against third-party countermeasures is also noteworthy').

74 M. Dawidowicz, *Third-Party Countermeasures in International Law* (Cambridge University Press 2017), p. 126 (voetnoot 83), p. 143 (voetnoot 203), p. 145 (Oost-Europese staten protesteerden tegen maatregelen gericht tegen Argentinië als schending van Hoofdstuk VII VN Handvest) en p. 146-147, 163, 165, 174-175, 180 en 181 (OIC-lidstaten riepen op tot beëindiging van de eenzijdige dwangmaatregelen van de VS vanwege schadelijke effecten), 184, 202, 210 (Beweging van Niet-Gebonden Landen riep op tot opheffing maatregelen tegen Zimbabwe), 215 (Beweging van Niet-Gebonden Landen protesteerde tegen maatregelen tegen Zimbabwe vanwege strijd met het interventieverbod en resoluties van de Algemene Vergadering inzake maatregelen tegen ontwikkelingslanden, en niet gemachtigd waren door de Algemene Vergadering en Veiligheidsraad), 216, 225, 231, 237-238, 243.

75 Dit is van belang om de rechtsovertuiging die enkel is afgeleid uit statenpraktijk aan te vullen, zie ook F. Paddeu, book review 'Martin Dawidowicz, Third-Party Countermeasures in International Law [Cambridge University Press 2017]', The Cambridge Law Journal Vol. 77-2 (2018), p. 427-429.

76 Zie Unilateral economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries, Report of the Secretary-General, 30 augustus 2021, VN Doc. A/76/310, Annex, p. 17 (EU).

77 Unilateral economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries, Report of the Secretary-General, 30 augustus 2021, VN Doc. A/76/310, Annex, 5 en 7 (Cuba), 10 (Iran), 12 (Irak), 13 (Russische Federatie), 14 (Zuid Afrika), 15 (Syrië).

78 Resoluties van de Algemene Vergadering, VN Doc. A/RES/76/161, Human rights and unilateral coercive measures, 16 december 2021 (voorstemmers:131, tegenstemmers: 54, onthouding: 0, niet gestemd: 8); VN Doc. A/RES/76/191, Unilateral Economic Measures as a means of political and economic coercion against developing countries, 17 december 2021 (voorstemmers: 126, tegenstemmers: 6, onthouding: 46, niet gestemd: 5).

79 Artikel 41 VN Handvest.

80 Artikel 39 VN Handvest.

81 Zie in deze zin eerder 'Measures against South Africa and the Non-intervention Duty, Advisory Committee on Questions of International Law', quoted in full in the section 'Netherlands State Practice' in *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 14 (1983), p. 246, 248. Zie verder M. Dawidowicz, *Third-Party Countermeasures in International Law* (Cambridge University Press 2017) 255-262. In soortgelijke zin merkt Azaria op dat artikel XXI GATT inzake de veiligheidsuitzondering geen *lex specialis* oplevert voor tegenmaatregelen. Zie D. Azaria, 'Trade Countermeasures for Breaches of International Law Outside the WTO', *International and Comparitive Law Quarterly*, Vol. 71-2 (2022), p. 389 – 423.

82 Zo ook J. Thouvenin, Articulating UN sanctions with unilateral restrictive measures, in Charlotte Beaucillon (ed.), *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, Elgar, 2021, p. 163.

83 Zie in dit verband IGH 20 juli 1962, *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962*, p. 151, 168: 'These purposes are broad indeed, but neither they nor the powers conferred to effectuate them are unlimited. Save as they have entrusted the Organization with the attainment of these common ends, the Member States retain their freedom of action.' Zie ook Permanent Court of International Justice, 7 september 1927, *The Case of the S.S. "Lotus"*, P.C.I.J., Series A, No. 10, p. 18: 'International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.'

84 IGH 27 juni 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, p. 108, par. 205. Zie bespreking in A. Hofer, 'The Developed/Developing Divide on Unilateral Coercive Measures: Legitimate Enforcement or Illegitimate Intervention', *Chinese Journal of International Law*, Vol. 16 (2017), p. 178-185.

85 Vreemd genoeg stelt de Europese Unie dat bij haar sancties geen sprake is van dwangkarakter: Unilateral economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries, Report of the Secretary-General, 30 augustus 2021, VN Doc. A/76/310, Annex, p. 18 (EU): 'European Union sanctions are not punitive, retaliatory or coercive in nature, but are designed to bring about a change in policy or activity by the target country, entities or individuals.'

86 Artikelen 28-37 van ILC, 'Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001)', *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, p. 26. Zie ook R. Barber, 'An Exploration of the UNGA's Troubled Relationship with Unilateral Coercive Measures', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 70 (2021), p. 350-355 en 361-364, maar zie ook p. 369-370.

87 A. Hofer, ' The Developed/Developing Divide on Unilateral Coercive Measures: Legitimate Enforcement or Illegitimate Intervention', *Chinese Journal of International Law*, Vol. 16 (2017), p. 187-188. Zie ook R. Barber, 'An Exploration of the UNGA's Troubled Relationship with Unilateral Coercive Measures', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 70 (2021), p. 357-358.

88 Zie bijv. in deze zin opmerkingen van regeringen in VN Doc. A/CN.4/488 (1998), p. 167, par. 2 (Tsjechië); en opmerkingen van regeringen terzake artikel 54 ARSIWA, hetgeen op dat moment nog voorzag dat collectieve tegenmaatregelen op verzoek van de gelaedeerde staat of in het belang van begunstigden van een verplichting toelaatbaar waren, in VN Doc. A/CN.4/515 (2001), p. 90 (Argentinië); p. 79 (China), dat collectieve tegenmaatregelen afwees en op schrapping aandrong; p. 91, par. 2 en p. 5-16 (Mexico); p. 93 en 93-94, par. 1-3 (Japan); p. 94 (Korea); p. 94 (VK). Zie verder M. Dawidowicz, *Third-Party Countermeasures in International Law* (Cambridge University Press 2017) p. 271-276, 284 en 285-382 (waarborgen tegen misbruik).

89 T. Meron, 'On a Hierarchy of International Human Rights', *American Journal of International Law*, Vol. 80, 1986, p. 1-23.

90 Vgl. Artikel 40 lid 2 van ILC, 'Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful

Acts, with commentaries (2001)', *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, p. 26, dat spreekt over een 'gross or systematic failure' om een verplichting na te komen onder een regel van dwingend recht. Zie ook Zie M. Dawidowicz, 'Third-Party Countermeasures in International Law' (Cambridge University Press 2017) p. 268-270 en 347-348; E. Katselli Proukaki, *The Problem of Enforcement in International Law* (Routledge 2009), p. 91, voetnoot 362, verwijzend naar Dawidowicz; I. Bogdanova, Unilateral Sanctions in International Law and the Enforcement of Human Rights (Brill 2022), p. 315, die aangeeft dat schendingen van mensenrechten systematisch dienen te zijn en de internationale vrede en veiligheid dienen te bedreigen, maar ook spreekt over de ernst van de schendingen.

91 VN Reports of International Arbitral Awards, *Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France*, 9 december 1978, volume XVIII, p. 417, 443, par. 81.

92 Eerder CAVV/EVA, *Advies inzake mogelijkheden, betekenis en wenselijkheid van het gebruik door politici van de term genocide*, Advies 28, maart 2017.

93 De bepalingen van artikel 52 lid 3 en lid 4 ARSIWA, waarvan de gewoonterechtelijke status ongewis is, zullen veelal niet van toepassing zijn wanneer sprake is van een ernstige schending van een regel van dwingend recht of van wijdverbreide of systematische schendingen van collectieve verplichtingen.

94 Zie voor verklaring: https://www.icj-cij.org/en/declarations/nl.

95 Zie opmerking regeringen in VN Doc. A/CN.4/488, p. 54, par. 1 (VK); p. 159 (Tsjechië); p. 159, par. 2 (Ierland); VN Doc. A/CN.4/515, p. 94, par. 3, alinea 1 (Oostenrijk).

96 Tegenmaatregelen mogen niet worden genomen tegen derde staten, d.w.z. staten die geen schending hebben gepleegd. Dit blijkt uit de formulering van artikel 49 ARSIWA, dat alleen spreekt over tegenmaatregelen tegen een staat die aansprakelijk is voor een internationale onrechtmatige daad.

97 Artikel 50 VN Handvest luidt: 'If preventive or enforcement measures against any state are taken by the Security Council, any other state, whether a Member of the United Nations or not, which finds itself confronted with special economic problems arising from the carrying out of those measures shall have the right to consult the Security Council with regard to a solution of those problems.'

98 Deze beperking is, naast andere, neergelegd in artikelen 50, lid 1(b) ARSIWA en 53 lid 1(b) DARIO.

98 Toelichting artikel 50 ARSIWA, 132, par. 6-7. Tractatenblad 1969, nr. 100.

Lijst van Afkortingen

inhoud

ARSIWA
Artikelen inzake Staatsaansprakelijkheid

CAVV
Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken

DARIO
Draft Articles on the Responsibility of International Organizations with Commentaries Thereto

IGH
Internationaal Gerechtshof

ILC
International Law Commission

VN
Verenigde Naties