

## De Lords, het EVRM en het Handvest: de zaak Al-Jedda

door

MARTEN ZWANENBURG<sup>1)</sup>

### *Inleiding*

Op 12 december 2007 deed het Britse House of Lords uitspraak in de zaak Al-Jedda tegen de minister van Defensie van het Verenigd Koninkrijk (VK).<sup>2)</sup> Deze uitspraak werd met spanning afgewacht door juristen in het VK, maar ook in het buitenland, omdat de Lords zich moesten buigen over belangrijke volkenrechtelijke vragen. Zoals één van de Lords het zelf zei: “the House, a domestic court, finds itself deep inside the realm of international law.”<sup>3)</sup> De uitspraak is met name interessant om wat de Lords zeggen over de verhouding tussen het Handvest van de Verenigde Naties (VN) en daaruit voortvloeiende verplichtingen enerzijds, en fundamentele mensenrechten anderzijds. Dit artikel bespreekt dit punt samen met een aantal andere volkenrechtelijke elementen uit de uitspraak. Daartoe wordt eerst de achtergrond van de heer Al-Jedda, de stabilisatiemacht MNF-I die hem detineerde, en de rechtszaak die uit die detentie voortvloeide, beschreven. Daarna wordt een samenvatting gegeven van de uitspraak van het House of Lords. Een aantal punten die in deze uitspraak aan de orde komen worden vervolgens geanalyseerd. Het artikel sluit af met een conclusie.

### *Achtergrond van de heer Al-Jedda*

Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda werd op 1 mei 1957 in Irak geboren. Hij verbleef enige tijd in de Verenigde Arabische Emiraten en in Pakistan. In 1992 vertrok hij met zijn vrouw naar het VK, waar hij asiel vroeg. Hij kreeg een verblijfsvergunning, en ontving enige tijd later de Britse nationaliteit.<sup>4)</sup> Hij scheidde van zijn vrouw, en hertrouwde vervolgens twee maal. Volgens eigen zeggen besloot hij in september 2004 naar Irak te reizen om te proberen Britse visa voor zijn vrouwen te krijgen en de vier kinderen uit zijn eerste huwelijk aan zijn Iraakse familieleden voor te stellen. Via de Verenigde Arabische Emiraten kwam hij in Basra aan, in het zuiden van Irak. Daar werd hij op 10 oktober 2004 vastgenomen door troepen van de multinationale stabilisatiemacht (Multinational Force in Iraq, MNF-I). Volgens Al-Jedda gebeurde dit door Amerikaanse troepen, die hem vervolgens overdroegen aan Britten. Volgens het VK werd hij direct door Britse militairen vastgenomen.<sup>5)</sup> Hoe dit ook zij, sindsdien werd hij gedetineerd in de Britse detentiefaciliteit in Shaibah. De reden voor zijn detentie was volgens het VK dat hij ervan werd verdacht lid te zijn van een ter-

<sup>1)</sup> Senior jurist, Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven. De meningen in dit artikel geven niet noodzakelijkerwijze de meningen weer van het ministerie van Defensie. De auteur dankt drs. J.F.R. Boddens Hosang en mr P.A.L. Ducheine voor commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

<sup>2)</sup> R. (on the application of Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence, [2007] UKHL 58 (hierna: Al-Jedda).

<sup>3)</sup> Al-Jedda, para. 55 (Lord Rodger).

<sup>4)</sup> Hij behield de Iraakse nationaliteit.

<sup>5)</sup> Er bestaat enige verwarring over de juiste benaming voor vrijheidsberoving door de MNF-I in Irak. In dit artikel worden de uitdrukkingen “gevangennemen” en “detineren” gebruikt om de initiële handeling waarmee iemand van zijn vrijheid wordt beroofd respectievelijk daarop volgende (min of meer langdurige) vrijheidsberoving aan te duiden.

roristische groep die betrokken was bij het smokkelen van wapens en bij aanvallen met explosieven in Irak. Hij zou onder meer verantwoordelijk zijn voor het samenspannen met een expert in explosieven om MNF-I troepen rond Fallujah en Bagdad aan te vallen. Zijn detentie zou daarom nodig zijn geweest op grond van dringende redenen van veiligheid in Irak.

#### *Achtergrond MNF-I*

Voor een goed begrip van de uitspraak van het House of Lords is enige kennis vereist van het juridisch kader waarbinnen MNF-I opereert. Op 20 maart 2003 vielen de VS, het VK en hun bondgenoten Irak binnen en brachten het regime van Saddam Hussein ten val. Op 1 mei 2003 verklaarde president Bush dat ‘major combat operations’ voorbij waren. De VS en het VK richtten de ‘Coalition Provisional Authority’ (CPA) op om Irak te besturen. Ook begonnen zij vrij snel met pogingen andere landen ertoe te bewegen troepen bij te dragen aan de stabilisatiemacht in Irak. Op 22 mei 2003 nam de VN Veiligheidsraad resolutie 1483 aan. In deze resolutie, aangenomen op basis van hoofdstuk VII van het VN-Handvest, riep de Veiligheidsraad de CPA op om het welzijn van het Iraakse volk te bevorderen door het effectief besturen van het land. De preambule van de resolutie verwees naar de VS en het VK als bezettende mogendheden onder het humanitair oorlogsrecht (HOR). Ook nam de Raad er kennis van dat andere landen, die geen bezettende mogendheid waren, nu of in de toekomst onder de CPA zouden werken. Op 16 oktober 2003 nam de Veiligheidsraad resolutie 1511 aan. Deze resolutie, op basis van hoofdstuk VII van het VN-Handvest, autoriseerde de MNF-I alle noodzakelijke maatregelen te nemen om bij te dragen aan de handhaving van veiligheid en stabiliteit in Irak. Landen werden opgeroepen om troepen bij te dragen aan de MNF-I. Op 8 juni 2004 werd deze resolutie gevolgd door resolutie 1546. Deze verwelkomde de voorziene overdracht van de macht aan een Iraakse regering op 30 juni 2004 en daarmee het einde van de bezetting. De resolutie hernieuwde de autorisatie voor de MNF-I, in aanmerking nemend brieven van de premier van Irak en de minister van Buitenlandse Zaken die als bijlage bij de resolutie waren gevoegd. Deze brieven bevatten onder meer een omschrijving van taken van de MNF-I, waaronder de taak om personen te interneren waar nodig ‘om dringende redenen van veiligheid.’ Eind juni 2004 werd de bezetting van Irak inderdaad beëindigd, toen de CPA de macht overdroeg aan een Iraakse regering. De autorisatie in resolutie 1546 is driemaal verlengd met resoluties 1637, 1723 en 1790.

#### *Achtergrond van de zaak*

Al-Jedda spande na zijn gevangenneming een civiele rechtszaak aan in het VK tegen de Britse minister van Defensie (de Staat). Voor de rechter in eerste instantie (het ‘High Court’) verzocht hij zijn vrijlating en terugkeer naar het VK op de grond dat zijn detentie in strijd was met artikel 5, leden 1 en 4, van bijlage 1 (‘Schedule 1’) bij de Human Rights Act (HRA) en dat het VK onrechtmatig handelde door hem niet toe te staan terug te keren naar het VK. De HRA is de wet waarmee het VK het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden (EVRM) heeft geïmplementeerd.<sup>6)</sup> Omdat het VK een dualistisch rechtssysteem heeft, kan niet direct een beroep worden gedaan op het verdrag voor de Britse rechter. Om de rechten van het EVRM in het Britse rechtssysteem op te nemen, werd de HRA aangenomen.

<sup>6)</sup> Zie over de Human Rights Act onder meer P. Noorlander, *De Human Rights Act 1998: Parlement, de Rechterlijke Macht en Straatsburg*, 25 NJCM-Bulletin 838 (2000).

De lagere rechter ging met name in op het eerste argument van Al-Jedda. De Staat stelde hier tegenover dat de detentie was gebaseerd op resolutie 1546 van de VN Veiligheidsraad. Deze resolutie zou de rechten waarop een beroep werd gedaan beperken.<sup>7)</sup> Het High Court deed uitspraak op 12 augustus 2005,<sup>8)</sup> en wees de eisen van Al-Jedda af. Kern van de uitspraak was dat de reikwijdte van de rechten in de HRA overeenkomt met de rechten in het EVRM. Als een bepaald recht in het EVRM wordt beperkt, geldt dat ook voor het corresponderende recht onder de HRA. Dit was hier het geval. Resolutie 1546 autoriseerde de MNF-I om personen te interneren waar nodig ‘om dringende reden van veiligheid.’ Op grond van Artikel 103 van het VN-Handvest beperkte deze autorisatie andere internationale verplichtingen van het VK, waaronder Artikel 5 EVRM. Artikel 103 luidt:

In geval van strijdigheid tussen de verplichtingen van de Leden van de Verenigde Naties krachtens dit Handvest en hun verplichtingen krachtens andere internationale overeenkomsten, hebben hun verplichtingen krachtens dit Handvest voorrang.

Hoewel de tekst van het artikel alleen verwijst naar verplichtingen krachtens het Handvest en niet naar autorisaties zoals opgenomen in resoluties van de Veiligheidsraad, gaat de voorrangregel volgens het High Court ook op voor autorisaties.

Al-Jedda ging in beroep bij het Court of Appeals.<sup>9)</sup> Het Court of Appeals, in zijn uitspraak van 26 maart 2006, sloot zich aan bij de conclusies van de lagere rechter.<sup>10)</sup> Volgens de appelrechters autoriseerde resolutie 1546 de MNF-I expliciet alle noodzakelijke maatregelen te nemen om bij te dragen aan veiligheid in Irak. Een staat die op basis van zo’n autorisatie handelt, heeft de verplichting aanvaard om deze resolutie uit te voeren. Dit is een verplichting in de zin artikel 103 VN-Handvest. Het Court of Appeals benadrukte dat resolutie 1546 alleen verplichtingen uit mensenrechtenverdragen beperkte voor zover deze conflicteerden met de resolutie. Dat was hier het geval: internering en het recht op ‘due process’ in artikel 5, eerste lid, van het EVRM gaan niet samen. Het Court of Appeals was het eens met de lagere rechter dat, voor zover rechten in het EVRM werden beperkt door VN Veiligheidsraad resoluties, dat ook gold voor de corresponderende rechten in de HRA.

#### *De uitspraak van het House of Lords*

Al-Jedda ging in hoger beroep. Een kamer van het House of Lords, bestaande uit vijf rechters, deed uitspraak op 12 december 2007. De belangrijkste ‘opinions’ zijn die van Lord Bingham of Cornhill en Lord Rodger of Earlsferry. De drie vragen die voorlagen werden door Lord Bingham als volgt verwoord:

- Is de detentie van Al-Jedda, op grond van VN Veiligheidsraad resoluties betreffende de MNF-I, toerekenbaar aan de VN en dus buiten de reikwijdte van het EVRM?
- Is in dit geval artikel 5, eerste lid, EVRM beperkt door VN Veiligheidsraadresoluties in samenhang met artikelen 25 en 103 van het VN-Handvest?
- Is Engels common law of Iraaks recht toepasselijk op de detentie van Al-Jedda en in het eerste geval, is er een rechtsbasis voor de detentie?

<sup>7)</sup> De Staat en de verschillende Britse gerechten gebruiken het werkwoord “to qualify”. Dit werkwoord wordt in dit artikel vertaald met “beperken”.

<sup>8)</sup> [2005] EWHC 1809 (Admin).

<sup>9)</sup> In hoger beroep stelde Al-Jedda niet langer dat er een inbreuk was op Artikel 5, vierde lid, van Schedule 1 bij de HRA.

<sup>10)</sup> [2006] EWCA Civ 327.

De antwoorden van de House of Lords op de eerste twee rechtsvragen worden hieronder één voor één besproken. De derde vraag blijft hier buiten beschouwing: dit is vooral een vraag van (internationaal) privaatrecht. Dit artikel gaat met name in op volkenrechtelijke elementen van de uitspraak.

*Is de detentie van Al Jedda, op grond van VN Veiligheidsraad resoluties betreffende de MNF-I, toerekenbaar aan de VN en dus buiten de reikwijdte van het EVRM?*

In hoger beroep droeg de Staat een nieuw argument aan. Dit argument was dat de detentie van Al-Jedda toerekenbaar was aan de VN, en niet aan het VK. Omdat de VN niet aan het EVRM is gebonden, zou Al-Jedda daarop dus geen beroep kunnen doen. Dit argument was geïnspireerd door de zaken Behrami en Saramati voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).<sup>11)</sup> In deze zaken stelden, kort gezegd, Kosovaren een aantal landen, die troepen bijdroegen aan de stabilisatiemacht KFOR, aansprakelijk voor nalaten respectievelijk handelen van KFOR. Het EHRM kwam tot de conclusie dat dit optreden moest worden toegerekend aan de VN, die de ‘ultimate authority and control’ over het optreden had.<sup>12)</sup>

Lord Bingham, bij wie drie andere rechters zich aansloten, was van mening dat de MNF-I niet in een vergelijkbare positie was als KFOR. Hij stelde dat het uitgangspunt voor de vraag of het optreden van de MNF-I kon worden toegerekend aan de VN moest zijn de concept-artikelen van de VN Commissie voor Internationaal Recht (International Law Commission, ILC) betreffende de aansprakelijkheid van internationale organisaties, en met name concept artikel 5. Dat artikel bepaalt dat:

The conduct of an organ of a State or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct.

Het optreden van de MNF-I kon volgens Lord Bingham niet worden toegerekend aan de VN. De MNF-I was niet opgericht op verzoek van de VN, was niet gemandateerd om onder auspiciën van de VN op te treden, en was geen subsidiair orgaan van de VN. Kern van de redenering van Lord Bingham lijkt dat de VN Veiligheidsraad niet het VK de bevoegdheid had gegeven de functie van de Veiligheidsraad uit te oefenen, maar in plaats daarvan het VK autoriseerde functies uit te voeren die de Raad zelf niet kon uitoefenen.

Hij verwijst hierbij naar een onderscheid tussen ‘delegeren’ en ‘autoriseren’ die het EHRM in Behrami en Saramati zou hebben gemaakt.

Lord Rodger of Earlsferry was het hiermee oneens. Hij wees er op dat de situatie van KFOR en MNF-I wel degelijk vergelijkbaar was. Het optreden van beide was geautoriseerd door VN Veiligheidsraad resoluties onder hoofdstuk VII van het VN-Handvest. Dat resolutie 1244 die het optreden van KFOR autoriseerde werd aangenomen voordat KFOR zich ontplooidde, terwijl resolutie 1546 werd aangenomen toen het VK al in Irak aanwezig was, deed niet ter zake. Van belang was dat resolutie 1546 was aangenomen voordat Al-Jedda werd gedetineerd. Ook deed niet ter zake dat UNMIK door de VN was opgericht. Zowel in Behrami en Saramati, als in dit geval ging het om het optreden van de militaire stabi-

<sup>11)</sup> Behrami v. Frankrijk en Saramati v. Frankrijk, Duitsland en Noorwegen, bevoegdheidsbeslissing van 2 mei 2007, MRT 2008 p. 47.

<sup>12)</sup> Id., paras. 141 en 143.

lisatiemacht ter plaatse, die zowel in Kosovo als in Irak niet door de VN waren opgericht maar wel geautoriseerd. Ook Lord Rodger verwees naar het onderscheid tussen ‘delegeren’ en ‘autoriseren’ door de VN Veiligheidsraad. Volgens hem delegerde de Raad in resolutie 1546 functies aan de MNF-I, net zoals het functies aan KFOR delegerde in resolutie 1244. Lord Rodger wees er op dat er geen relevante juridische verschillen leken te bestaan tussen KFOR en de MNF-I, en dat er ook geen inhoudelijk verschil bestond tussen de bevelslijnen<sup>13)</sup> van KFOR en de MNF-I. Hij concludeerde dat, nu het EHRM van mening was dat het optreden van KFOR aan de VN moest worden toegerekend, er geen reden was om een andere conclusie te trekken ten aanzien van de MNF-I.

*Is in dit geval artikel 5, eerste lid, EVRM beperkt door VN Veiligheidsraadresoluties in samenhang met artikelen 25 en 103 van het VN-Handvest?*

De Staat stelde dat resolutie 1546 een verplichting oplegde om Al-Jedda te interneren. Deze verplichting ging, op grond van artikel 103 van het VN-Handvest, boven artikel 5 (1) EVRM. Lord Bingham, daarin gesteund door de andere rechters, was het hiermee eens. Volgens hem rustte er, in de periode dat het VK een bezettende mogendheid was in de zin van het humanitair oorlogsrecht, een verplichting op dat land om een persoon die als een ernstige bedreiging werd gezien voor de veiligheid van het publiek of de bezetter vast te nemen. Deze verplichting zou vooral voortvloeien uit artikel 43 van het Haags Landoorlogreglement van 1907. Dit artikel vereist dat:

Wanneer het gezag van de wettelijke overheid feitelijk is overgegaan in handen van degene, die het gebied heeft bezet, neemt deze alle maatregelen, die in zijn vermogen staan, ten einde zooveel mogelijk de openbare orde en het openbaar leven te herstellen en te verzekeren en zulks, behoudens volstrekte verhindering, met eerbiediging van de in het land geldende wetten.

Volgens Lord Bingham moest, op basis van de doctrine, geconcludeerd worden dat artikel 103 VN-Handvest zowel betrekking heeft op handelen dat is verplicht, als op handelen dat is geautoriseerd door de VN Veiligheidsraad. Dit zou ook in overeenstemming zijn met de statenpraktijk: lidstaten hebben nooit bezwaar gemaakt tegen autorisaties omdat deze niet in overeenstemming zouden zijn met hun andere internationale verplichtingen. Tenslotte stelde Lord Bingham dat in een geval als dit het woord ‘verplichtingen’ in artikel 103 VN-Handvest niet te restrictief moest worden geïnterpreteerd. Immers, het ging om de handhaving van internationale vrede en veiligheid.

Met betrekking tot deze rechtsvraag kwam Lord Bingham tot de conclusie dat er maar één manier was om de botsing tussen een recht of plicht om te detineren op gezag van de VN aan de ene kant, en een fundamenteel mensenrecht aan de andere kant, op te lossen. Dat was namelijk door te oordelen dat het VK rechtmatig de bevoegdheid om te detineren kon uitoefenen waar dit nodig was om dringende redenen van veiligheid, maar dat de rechten van de gevangene onder artikel 5 EVRM niet verder mochten worden beperkt dan noodzakelijk voor (‘inherent in’) een dergelijke detentie.

Lord Bingham verwierp expliciet een mogelijk alternatieve oplossing voor de genoemde botsing, namelijk dat het VK zou derogeren aan haar verplichting onder het EVRM. Volgens hem was het moeilijk voor te stellen dat in expeditionaire vredesmissies ooit zou worden voldaan aan de vereisten voor derogatie als neergelegd in

<sup>13)</sup> Lord Rodger gebruikt de militaire uitdrukking ‘chain of command’. Al Jedda, para. 101.

artikel 15 EVRM. Dit artikel luidt:

In tijd van oorlog of in geval van enig andere algemene noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt, kan iedere Hoge Verdragsluitende Partij maatregelen nemen die afwijken van zijn verplichtingen ingevolge dit Verdrag, voor zover de ernst van de situatie deze maatregelen strikt vereist en op voorwaarde dat deze niet in strijd zijn met andere verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht.

Lord Bingham wees er op dat een staat vrijwillig kiest voor deelname aan een vredesoperatie, en dat hij zich daar uit kan terugtrekken. Lord Carswell en Lord Brown of Eaton-Under-Heywood spraken zich ook uit over de mogelijkheid van derogatie. Volgens de eerste leek het niet mogelijk dat het VK in de omstandigheden van dit geval had kunnen derogeren, om de redenen door Lord Bingham genoemd. Volgens de tweede was het hoogst onwaarschijnlijk dat artikel 15 kon worden ingeroepen door een staat in verband met optreden buiten het grondgebied van die staat.

Baroness Hale of Richmond wees er nadrukkelijk op dat artikel 5 (1) EVRM werd beperkt, maar niet opzij gezet, door resolutie 1546. Dit impliceerde een noodzakelijkheidseis: van artikel 5 (1) kan worden afgeweken voor zover dat in een specifiek geval noodzakelijk is. Volgens de barones was niet zonder meer duidelijk dat in het geval van Al-Jedda deze noodzaak bestond, maar deze vraag lag niet voor in deze procedure.

#### *Commentaar*

De zaak Al-Jedda is één van de rechtszaken voortkomend uit de inval in Irak en de gevolgen daarvan die veel aandacht hebben gekregen. Een ander is de Al-Skeini zaak, waarin het House of Lords in juni 2007 uitspraak deed.<sup>14)</sup> Beide zaken betreffen een persoon die door Britse troepen van de MNF-I was vastgenomen. De belangrijkste rechtsvragen in beide zaken draaien ook om de toepassing van het EVRM, althans de HRA waarmee het EVRM in het Britse recht is opgenomen. Daar houdt de overeenkomst echter op. In de zaak Al-Skeini stond de vraag centraal of, en zo ja onder welke omstandigheden, het VK in Irak rechtsmacht uitoefende in de zin van artikel 1 EVRM. Deze vraag werd door het House of Lords bevestigend beantwoord voor wat betreft iemand die zich in een Britse detentiefaciliteit bevindt. Het lijkt duidelijk dat, nu Al-Jedda zich in dezelfde situatie bevindt, het VK rechtsmacht over hem uitoefent. Hierop gaat het House of Lords in Al-Jedda echter niet in. Volgens Lord Rodger is dit niet nodig, omdat als er geen bevoegdheid *ratione personae* zou blijken te zijn, het er niet meer toe doet of het VK rechtsmacht uitoefende.

In plaats daarvan staan twee andere vragen centraal. De eerste is of de detentie moet worden toegerekend aan het VK of aan de VN. Volgens de Staat moet het optreden aan de VN worden toegerekend. Het optreden en het juridische kader waar dit binnen valt zou vergelijkbaar zijn met optreden van de stabilisatiemacht KFOR. Dit optreden werd door het EHRM in de zaken Behrami en Saramati aan de VN toegerekend, en niet aan troepenlevende landen van KFOR. Op die grond verklaarde het EHRM zich onbevoegd.

Kern van de redenering van het EHRM in Behrami en Saramati was dat de VN Veiligheidsraad zijn bevoegdheid om een stabilisatiemacht in het leven te roepen onder hoofdstuk VII van het VN Handvest kan delegeren aan een andere internationale organisatie en/of aan staten. Deze mogelijkheid was niet voorzien in het VN-Handvest, dat ervan uitging dat conform artikel 43 overeenkomsten zouden worden gesloten waarin lidstaten troepen aan de VN ter beschikking zouden stellen die door de VN konden worden opgeroepen. In

<sup>14)</sup> Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence, [2007] UKHL 26.

de praktijk zijn dergelijke overeenkomsten nooit gesloten. Als alternatief heeft zich in de praktijk het model van de autorisatie door de Veiligheidsraad aan regionale organisaties of ‘coalitions of the able and willing’ ontwikkeld. KFOR is een voorbeeld daarvan. Volgens het EHRM behield de Veiligheidsraad de uiteindelijke controle (‘ultimate authority and control’) over KFOR, hoewel het operationeel bevel wordt uitgeoefend door de NAVO. Zulke uiteindelijke controle, die onder andere bleek uit het feit dat de NAVO periodiek rapporteerde aan de Veiligheidsraad, was voldoende om het optreden van KFOR aan de VN toe te rekenen.

De Lords onderzoeken of ook het optreden van de MNF-I moet worden toegerekend aan de VN. Daartoe vergelijken zij de gevallen van KFOR en de MNF-I. Vier van hen komen tot de conclusie dat de twee gevallen niet voldoende vergelijkbaar zijn om het optreden van de MNF-I aan de VN toe te kunnen rekenen. Het is echter onduidelijk op basis waarvan zij tot deze conclusie komen. Lord Bingham noemt het feit dat de MNF-I niet op verzoek van de Veiligheidsraad in het leven is geroepen (deze bestond immers al). Ook verwijst hij naar een onderscheid tussen ‘delegeren’ en ‘autoriseren’. De Veiligheidsraad zou het VK hebben geautoriseerd functies uit te oefenen die hij zelf niet kan uitoefenen, in plaats van dat hij bevoegdheden zou hebben gedelegeerd die hij zelf zou kunnen uitoefenen. Het onderscheid tussen ‘delegeren’ en ‘autoriseren’ neemt Lord Bingham over van het EHRM. Hij lijkt dit echter verkeerd te interpreteren. Zoals Lord Rodger terecht opmerkt, grijpt het onderscheid terug op de Advisory Opinion van het Internationaal Gerechtshof (IGH) in de Application for Review of Judgment No 158 of the United Nations Administrative Tribunal zaak.<sup>15</sup>) In die opinie stelde het IGH dat de Algemene Vergadering de bevoegdheid had een subsidair orgaan in het leven te roepen met judiciële bevoegdheden, hoewel de Algemene Vergadering zelf geen judiciële bevoegdheden heeft. In het geval van de MNF-I delegeerde de Veiligheidsraad haar eigen bevoegdheid tot het gebruik van geweld voor het handhaven of herstellen van internationale vrede en veiligheid. Op dit punt is er geen relevant verschil tussen KFOR en de MNF-I. Dit is ook de conclusie van Lord Rodger, die met betrekking tot de MNF-I dezelfde criteria afloopt als het EHRM deed met betrekking tot KFOR.

Alle Lords hebben gemeen dat zij zo trouw mogelijk het EHRM willen volgen in zijn redeneringen betreffende toerekening. Waar het hen om gaat is de vraag tot welke conclusie het EHRM zou komen met betrekking tot Al-Jedda.<sup>16</sup>) In de zaak Al-Jedda is geen ruimte voor een kritische lezing van de onbevoegdheidsbeslissing in Behrami en Saramati. Toch is er daarvoor aanleiding, vooral op het punt van toerekening. Op dit punt verwijst het EHRM, gevolgd door het House of Lords, naar de concept artikelen betreffende de aansprakelijkheid van internationale organisaties die de VN Commissie voor Internationaal Recht aan het opstellen is. In dit kader heeft de Commissie een aantal beginselen betreffende toerekening aan internationale organisaties voorlopig aanvaard. Terecht verwijst het EHRM vooral naar artikel 5, dat luidt:

The conduct of an organ of a State or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct.<sup>17</sup>)

<sup>15</sup>) Application for Review of Judgment No 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion of 12 July 1973, ICJ Rep 1973, at 166.

<sup>16</sup>) Zie bijvoorbeeld Lord Rodger, Al-Jedda, para 105.

<sup>17</sup>) Report on the Work of the ILC of its fifty-sixth session (3 May to 4 June and 5 July to 6 August 2004), UN Doc. A/59/10, p. 99.

In het commentaar op dit artikel legt de Commissie uit dat voor toerekening op grond van artikel 5 nodig is dat de internationale organisatie de feitelijk effectieve controle uitoefent over de specifieke handeling in kwestie. Een alternatieve uitdrukking die het commentaar gebruikt is ‘operationele controle’. Dit lijkt niet overeen te komen met de vorm van controle die de Veiligheidsraad over de MNF-I uitoefent, namelijk ‘ultimate authority and control’. Laatstgenoemde vorm van controle, zoals deze voortvloeit uit een autorisatie van de Veiligheidsraad en de daaraan verbonden verplichting om te rapporteren, lijkt onvoldoende basis voor (exclusieve) toerekening aan de VN. Dit wordt bevestigd door de opmerking van de Commissie dat de concept-artikelen:

imply, that conduct of military forces of States or international organizations is not attributable to the United Nations when the Security Council authorizes States or international organizations to take necessary measures outside a chain of command linking those forces to the United Nations.<sup>18)</sup>

De veronderstelling van het EHRM en het House of Lords dat ‘ultimate authority and control’ voldoende is voor toerekening, wordt dus niet gedeeld door de concept-artikelen. Deze vereisen ‘effectieve controle’ of ‘operationele controle’, hetgeen meer is dan ‘ultimate authority and control’. Het lijkt er op dat het EHRM heeft gekeken naar de criteria waaraan voldaan moet zijn wil de VN Veiligheidsraad rechtmatig bevoegdheden delegeren. Vervolgens heeft het deze criteria gebruikt in het kader van toerekening. Vragen van delegatie en toerekening betreffen echter verschillende rechtsgebieden, waarbij niet zonder meer dezelfde criteria kunnen worden gebruikt.

De tweede hoofdvraag in de zaak is of artikel 5 EVRM is beperkt door VN Veiligheidsraad resoluties in samenhang met artikelen 25 en 103 van het VN-Handvest. Artikelen 25 en 103 onderstrepen het belang dat de opstellers van het VN Handvest hechtten aan de organisatie die zij schiepen in het algemeen, en aan de Veiligheidsraad in het bijzonder. Deze laatste heeft de primaire verantwoordelijkheid gekregen voor het bewaren van de internationale veiligheid. Om dit doel te kunnen bereiken hebben lidstaten in artikel 25 de verplichting op zich genomen besluiten van de Veiligheidsraad uit te voeren. Daarnaast zijn zij in artikel 103 overeengekomen dat verplichtingen krachtens het Handvest voorrang hebben op verplichtingen uit andere verdragen. Onder verplichtingen krachtens het Handvest wordt mede verstaan bindende besluiten van de Veiligheidsraad op grond van hoofdstuk VII.

Volgens de Staat bevatte resolutie 1546 een verplichting om Al-Jedda te detineren. Deze verplichting had voorrang op de verplichting in Artikel 5 EVRM. Al-Jedda stelde hier tegenover dat resolutie 1546 op z’n hoogst een autorisatie bevatte, maar geen verplichting.

De Lords volgden op dit punt de Staat. Eén argument daarvoor is dat, hoewel de tekst van artikel 103 alleen spreekt over ‘verplichtingen’ krachtens het Handvest, hieronder ook ‘autorisaties’ moet worden verstaan.<sup>19)</sup> De Lords wezen er op dat als dit niet zo zou zijn, het systeem van autorisaties dat in de praktijk is ontwikkeld als substituuut voor zelfstandig optreden van de Veiligheidsraad, niet zou werken. Zo’n autorisatie is

<sup>18)</sup> Id., p. 102.

<sup>19)</sup> Dit is ook de interpretatie in het gezaghebbende commentaar op het VN Handvest onder redactie van Simma. J. Frowein & N. Krisch, Article 25, in B. Simma (red.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2e druk (2002), p 729.



immers vaak in strijd met andere verplichtingen van de staat die geautoriseerd wordt, zoals de verplichting de soevereiniteit van de staat op wiens grondgebied wordt opgetreden door een stabilisatiemacht te eerbiedigen. De statenpraktijk laat echter zien dat staten autorisaties niet aanvechten op deze gronden. Dat onder ‘verplichtingen’ ook ‘autorisaties’ moet worden verstaan is in feite een aanpassing van het Handvest als gevolg van de statenpraktijk. Deze was nodig door de ontwikkeling van het instrument van autorisaties, waar de opstellers van artikel 103 geen rekening mee hadden gehouden. Dat een dergelijke wijziging van het Handvest door statenpraktijk mogelijk is, erkende het Internationaal Gerechtshof in de Namibië zaak.<sup>20)</sup> In die zaak was onder meer aan de orde artikel 27 (3) van het Handvest, dat voor de aanneming van een resolutie door de Veiligheidsraad vereist dat alle permanente leden voorstemmen. Het IGH oordeelde dat uit de praktijk van de Raad bleek dat geaccepteerd werd dat een resolutie ook was aangenomen als een permanent lid zich onthield van stemming.

Een ander argument van de Lords was dat er wel degelijk een verplichting zou bestaan voor het VK om Al-Jedda te detineren. Deze redenering was gebaseerd op de verantwoordelijkheid die een bezettende mogendheid heeft om in bezet gebied alle maatregelen te treffen, die in zijn vermogen staan, om de openbare orde en het openbaar leven te herstellen en te verzekeren. Deze verplichting is neergelegd in artikel 43 van het Haags Landoorlogreglement van 1907 (HLOR). Volgens Lord Bingham had het VK de plicht om iemand die zij beschouwde als een ernstige bedreiging voor de veiligheid van het publiek of zichzelf, te detineren. Dit is niet overtuigend, om twee redenen. In de eerste plaats was het VK geen bezettende mogendheid meer op het moment dat Al-Jedda werd vastgenomen.<sup>21)</sup> De bezetting was immers eind juni 2004 beëindigd, toen de macht werd overgedragen aan de Iraakse autoriteiten. Na dat moment vloeiden er dus voor het VK geen rechten of plichten meer voort uit artikel 43 HLOR. Ten tweede biedt artikel 43 geen basis voor een plicht om een persoon te detineren die een bedreiging vormt voor de bezettende mogendheid. Het artikel draagt de bezetter op om zorg te dragen voor de veiligheid van de lokale bevolking. De detentie van Al-Jedda was echter voornamelijk gebaseerd op het feit dat hij een bedreiging zou vormen voor de MNF-I, niet voor de lokale bevolking.<sup>22)</sup> Lord Bingham zelf lijkt overigens ook niet helemaal overtuigd dat er een verplichting tot detentie bestond: hij heeft het zelf over een “power or duty to detain”.<sup>23)</sup>

De Lords komen tot de conclusie dat er maar één manier is waarop de autorisatie van de Veiligheidsraad en artikel 5 EVRM in overeenstemming kunnen worden gebracht. Dat is door voorrang te verlenen aan de eerste boven de tweede.<sup>24)</sup>

<sup>20)</sup> Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), ICJ Reports 1971, 12.

<sup>21)</sup> Zie A. Roberts, *The End of Occupation: Iraq 2004*, 54 *International & Comparative Law Quarterly* 27 (2005).

<sup>22)</sup> Lord Bingham vat de redenen voor de detentie als volgt samen: “He was suspected of being a member of a terrorist group involved in weapons smuggling and explosive attacks in Iraq. He was believed by the British authorities to have been personally responsible for recruiting terrorists outside Iraq with a view to the commission of atrocities there; for facilitating the travel into Iraq of an identified terrorist explosives expert; for conspiring with that explosives expert to conduct attacks with improvised explosive devices against coalition forces in the areas around Fallujah and Baghdad; and for conspiring with the explosives expert and members of an Islamist terrorist cell in the Gulf to smuggle high tech detonation equipment into Iraq for use in attacks against coalition forces.” *Al Jedda*, para. 2.

<sup>23)</sup> *Al Jedda*, para. 39.

<sup>24)</sup> *Id.*

Volgens Al-Jedda was er nog een andere manier geweest om de twee in overeenstemming te brengen, namelijk door te derogeren aan artikel 5 EVRM. Deze mogelijkheid wordt geboden door artikel 15 EVRM. Het eerste lid van dit artikel luidt:

In tijd van oorlog of in geval van enig andere algemene noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt, kan iedere Hoge Verdragsluitende Partij maatregelen nemen die afwijken van zijn verplichtingen ingevolge dit Verdrag, voor zover de ernst van de situatie deze maatregelen strikt vereist en op voorwaarde dat deze niet in strijd zijn met andere verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht.

Drie Lords, namelijk Lord Bingham, Lord Carswell en Lord Brown of Eaton-under-Heywood, wezen de mogelijkheid expliciet af dat het VK in dit geval had kunnen derogeren. Volgens Lord Bingham is het moeilijk voor te stellen dat een vredesoperatie zou kunnen voldoen aan de voorwaarden genoemd in artikel 15. Immers, een troepenleverend land heeft de keus om zich terug te trekken uit zo'n operatie. Lord Bingham wijst er ook op dat staten in de praktijk geen beroep op artikel 15 hebben gedaan in het kader van vredesoperaties. Dit laatste is niet overtuigend. Het zou namelijk heel goed kunnen dat staten in het verleden geen beroep hebben gedaan op artikel 15 in het kader van vredesoperaties omdat dit gezien zou kunnen worden als erkenning dat het EVRM extraterritoriaal van toepassing was.<sup>25)</sup> Nu steeds duidelijker wordt dat in sommige gevallen het EVRM wel extraterritoriaal van toepassing is, is niet uit te sluiten dat er in dit verband een beroep kan worden gedaan op artikel 15. Het lijkt logisch dat het toepassingsgebied van artikel 15 EVRM dat van artikel 1 EVRM volgt en dat een staat kan derogeren met betrekking tot alle gebieden of personen binnen zijn rechtsmacht, inclusief die buiten zijn eigen grondgebied.<sup>26)</sup>

Als wordt aanvaard dat de mogelijkheid van derogatie bestaat met betrekking tot vredesoperaties, is de volgende vraag of in een specifieke situatie is voldaan aan de voorwaarden genoemd in artikel 15. Op het eerste gezicht lijkt het bijna uitgesloten dat in het kader van een vredesoperatie sprake kan zijn van een situatie zoals beschreven in dit artikel, zoals Lord Carswell stelde. Immers, de eis dat deelname aan een vredesoperatie leidt tot een 'algemene noodtoestand' in de staat die troepen levert, en dat deze zelfs het bestaan van het land bedreigt, lijkt een te hoge. Hoewel een gedetailleerde analyse van dit punt buiten het bestek van deze bijdrage valt, is het toch nuttig enige opmerkingen erover te maken. In de Lawless zaak heeft de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECieRM) een algemene noodtoestand beschreven als "une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'Etat."<sup>27)</sup> Ook deze omschrijving lijkt de lat erg hoog te leggen. In de praktijk van de Straatsburgse jurisprudentie wordt de soep echter niet zo heet gegeten. Zo heeft het EHRM bijvoorbeeld in enkele zaken het bestaan van een regionaal begrensde noodtoestand vastgesteld, hoewel artikel 15 lijkt te vereisen dat een noodtoestand lan-

<sup>25)</sup> Zie voor deze redenering EHRM, Bankovic et al v. België en 16 andere partijen bij het EVRM, Appl. No. 52207/99, niet-ontvankelijkheidsverklaring van 12 december 2001, para 62.

<sup>26)</sup> F. Naert, De Uitoefening van Politietaken door Militairen in het Buitenland: Het Internationaalrechtelijk Kader, Instituut voor Internationaal recht K.U. Leuven, Working Paper nr. 65 (2004), p. 22.

<sup>27)</sup> ECieRM 19 december 1959 (rapport), *Series B* 1960/61 (Lawless/Ireland), p. 81-82, § 90.

delijk is.<sup>28)</sup> Belangrijker nog is dat de ECieRM en het EHRM de zogenaamde doctrine van ‘margin of appreciation’ hebben ontwikkeld in het kader van artikel 15. Deze doctrine houdt in dat aan staten een ruime discretionaire bevoegdheid wordt gelaten bij het bepalen of een algemene noodtoestand bestaat. Volgens een commentator is het zelfs zo dat de toetsing door het EHRM niet veel meer in lijkt te houden dan een aanvaarding en overname van de opvatting van de betreffende verdragspartij met betrekking tot het bestaan van een noodsituatie die de staatsveiligheid in ernstige mate bedreigt.<sup>29)</sup> Gezien deze ruime beoordelingsvrijheid is het denkbaar dat het EHRM ook het uitroepen van een noodtoestand door een staat in verband met een vredesoperatie zou aanvaarden, mits aan de overige voorwaarden van artikel 15 wordt voldaan.<sup>30)</sup>

Dit zou ook goed aansluiten bij een andere doctrine van het EHRM, namelijk dat het EVRM een “living instrument” is, dat moet worden geïnterpreteerd “in the light of present-day conditions”.<sup>31)</sup> Met andere woorden, het EVRM ontwikkelt met de samenlevingen waarin het moet worden toegepast mee. Zelfs als de opstellers van het EVRM geen rekening zouden hebben gehouden met de mogelijkheid van derogatie ten aanzien van extraterritoriaal optreden, sluit dat niet uit dat deze mogelijkheid tegenwoordig wel bestaat.

### *Conclusie*

De uitspraak van het House of Lords heeft geen rechtskracht buiten het Britse rechtssysteem. Buitenlandse rechters zijn er niet door gebonden. De uitspraak bevat echter wel een aantal interessante punten die ook voor rechters en andere beoefenaren van het recht buiten het VK van belang zijn.

De laatste jaren is door een aantal commentatoren en staten beargumenteerd dat het bestaande recht niet is toegesneden op situaties als die in Irak na de inval in 2003. Het bestaande recht zou onvoldoende ruimte laten voor wederopbouw van een staat na een conflict.<sup>32)</sup> De uitspraak van het House of Lords laat zien dat dit in ieder geval voor een deel kan worden ondervangen door middel van autorisaties van de Veiligheidsraad. Waar het bestaande recht als een obstakel wordt gezien voor het handhaven van internationale vrede en veiligheid, kan een beroep worden gedaan op een autorisatie van de Raad om dit recht niet toe te passen. Natuurlijk roept deze mogelijkheid weer allerlei nieuwe vragen op. Deze vallen echter buiten het bestek van dit artikel.

De argumentatie van de Lords is op een aantal punten aanvechtbaar. Dit geldt met name voor de argumentatie van vier van hen voor de conclusie dat de detentie van Al-Jedda door de MNF-I niet aan de VN kan worden toegerekend.

Daarnaast valt de conclusie dat het niet mogelijk was geweest voor het VK om op grond van artikel 15 EVRM te derogeren aan artikel 5 te betwisten. Dit is een belang-

<sup>28)</sup> Bijvoorbeeld in de zaak *Aksoy v. Turkije*, EHRM 18 december 1998, *RJ&D* 1996-VI (Aksoy/Turkey), § 70.

<sup>29)</sup> J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden? Opschorting en beperking van mensenrechtenbescherming tijdens noodtoestanden en andere situaties die de staatsveiligheid bedreigen* p. 420 (2005).

<sup>30)</sup> Zie over deze voorwaarden o.a. Loof, a.w.; M. O’Boyle, *The Margin of Appreciation and Derogation under Article 15: Ritual Incantation or Principle?*, 19 *Human Rights Law Journal* 23 (1998); R. St.J. Macdonald, *Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights*, 36 *Columbia Journal of Transnational Law* 225 (1997).

<sup>31)</sup> Zie bv. EHRM 25 april 1978, *Tyrer v. Verenigd Koninkrijk*, Serie A, nr. 26, para. 31.

<sup>32)</sup> Zie onder meer C. Stahn, ‘Jus ad Bellum’, ‘Jus in Bello’, ... ‘Jus Post Bellum’? rethinking the Conception of the Law of Armed Force, 17 *European Journal of International Law* 921 (2006).

rijk punt. Immers, niet in alle gevallen van detentie door een vredesoperatie biedt een resolutie van de Veiligheidsraad uitkomst. Als Al-Jedda zou zijn gedetineerd voordat de MNF-I was geautoriseerd door de Veiligheidsraad, was een beroep op artikel 103 van het Handvest niet mogelijk geweest. De vraag is of in dat geval geen beroep open had gestaan op derogatie. Mijns inziens zijn er redenen om aan te nemen dat het EHRM een dergelijke derogatie zou aanvaarden. Dit is een punt dat nadere studie verdient.

In dit verband is het de vraag of Al-Jedda zijn zaak aan het EHRM zal voorleggen. Als hij dat doet biedt dat de mogelijkheid voor het Hof om een uitspraak te doen over de mogelijkheid tot derogatie. Meer in het algemeen zou het interessant zijn te weten of het EHRM de redeneringen van de meerderheid van de Lords volgt. De Lords zelf immers lijken hun taak in deze zaak vooral te hebben opgevat als het voorspellen wat het EHRM zou doen. De vraag is nu of hun voorspelling juist is geweest.

---