

ANNOTATIE

Saribekyan en Balyan t. Azerbeidzjan (EHRM, nr. 35746/11) – Gewapende conflicten, krijgsgevangenen, en de rechtsmacht van het EHRM

F. Tan

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 30-01-2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0130JUD003574611 (EHRC-2020-0077)

1. De zaak *Saribekyan en Balyan t. Azerbeidzjan* gaat om de dood van de Armeense Manvel Saribekyan in een Azerbeidzjaanse gevangenis. Volgens het officiële Azerbeidzjaanse onderzoek had hij zelfmoord gepleegd door ophanging, maar klagers – de nabestaanden – en de Armeense staat als interveniënt, zijn het daarmee oneens. Volgens hen is Manvel doodgefolterd, en was het onderzoek daarnaar gebrekkig. Wat de zaak juridisch belangwekkend maakt, is dat Azerbeidzjan en Armenië al lange tijd verwickeld zijn in een gewapend conflict over de Nagorno-Karabakh regio, dat eerder ook al voorwerp van geschil is geweest voor het EHRM.[1] In de onderhavige zaak speelt dit ook een rol, want Azerbeidzjan stelt dat het Manvel Saribekyan heeft gearresteerd toen die illegaal de grens was overgestoken, en van plan was geweest een bomaanslag te plegen in Azerbeidzjan, als lid van de Armeense strijdkrachten. Hij zou daarom krijgsgevangene zijn geweest, waarop de Geneefse Conventies en het internationaal humanitair recht (ook wel humanitair oorlogsrecht (HOR)) van toepassing zijn – *niet* het EVRM. Azerbeidzjan stelt dan ook dat de zaak buiten de rechtsmacht van het EHRM valt. Dat is een opvallende stellingname die in deze noot verder wordt uitgelicht.

2. Allereerst hoe het verder ging in de zaak. Armenië en klagers betwisten het Azerbeidzjaanse standpunt. Zij voeren aan dat Manvel helemaal geen lid van de Armeense strijdkrachten was,

maar een herder, dat er al sinds 1994 geen actief gewapend conflict meer gaande was, en dat zelfs als dat wel zo was geweest, dat de toepasselijkheid van het EVRM – en daarmee de rechtsmacht van het Hof – niet kan aantasten.

3. Het EHRM stelt voorop dat internationale mensenrechten en internationaal humanitair recht elkaars toepasselijkheid geenszins uitsluiten, zoals ook het Internationaal Gerechtshof al sinds de jaren '90 duidelijk heeft gemaakt,[2] en het wijst erop dat het al eerder in zaken uitspraak heeft gedaan die voortvloeiden uit gewapende conflicten. De lijn in de jurisprudentie houdt in, zo legt het Hof uit onder verwijzing naar de zaken *Varnava e.a. t. Turkije* en *Hassan t. Verenigd Koninkrijk*,[3] dat de bepalingen van het EVRM voor zover als mogelijk kunnen worden uitgelegd in het licht van internationaal recht, en het HOR in het bijzonder. In de onderhavige zaak, echter, acht het Hof de Geneefse Conventies helemaal niet van toepassing. Sinds 1994 is een staakt-het-vuren afgekondigd, en hoewel dat met regelmaat wordt geschonden en er nog gewapende strijd plaatsvindt, was dat ten tijde van het onderhavige voorval niet zo. Getoetst naar de feitelijke maatstaven die de Geneefse Conventies voorschrijven, is daarom niet gebleken van het bestaan van een gewapend conflict waarop het HOR van toepassing is. Daarom, zo concludeert het Hof, is er geen reden aan te nemen dat het geen rechtsmacht zou hebben.

4. Deze overwegingen van het Hof zijn met name interessant om wat het Hof *niet* zegt. De huidige stand van zaken onder het internationaal recht, is kortgezegd als volgt. Mensenrechten en internationaal humanitair recht zijn gelijktijdig van toepassing tijdens gewapende conflicten. De vraag is dan ook meer *hoe* de twee rechtsgebieden zich tot elkaar verhouden en samen toegepast dienen te worden, dan óf mensenrechten van toepassing zijn tijdens een gewapend conflict.[4] Dat maakt de overwegingen van het EHRM opmerkelijk: dát mensenrechtenrecht van toepassing is tijdens gewapende conflicten, is een lang en breed gesloten discussie.[5] Alle relevante rechters, van het Internationaal Gerechtshof,[6] tot het Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens,[7] het VN-Mensenrechtencomité,[8] de Afrikaanse Commissie voor de Rechten van Mensen en Volkeren,[9] en nationale rechters,[10] hebben dit aanvaard. En, cruciaal natuurlijk, ook in de praktijk van het EHRM zelf is dat het geval.[11] Dus, waarom volstaat het EHRM niet met deze overwegingen, om op grond daarvan het rechtsmachtverweer van Azerbeidzjan af te wijzen? Zelfs *als* er sprake was geweest van een gewapend conflict, was het EVRM daarop immers wel degelijk van toepassing geweest, en had het EHRM daarover rechtsmacht gehad.

5. Grofweg zie ik twee mogelijkheden. Eén is dat het EHRM een nieuwe weg beoogt in te slaan, waarbij voortaan het EVRM niet langer toepasselijk wordt geacht tijdens gewapende conflicten waarop HOR van toepassing is. In het concept voor de Kopenhagen-verklaring van 2018 werd door Denemarken geopperd dat de Verdragsstaten het Hof deze kant op zouden

laten bewegen.[12] Met de Grote Kameruitspraak in *Georgië t. Rusland (nr. 2)* in het verschieft – de zitting had alweer plaats in mei 2018 – is niet uitgesloten dat het Hof een nieuwe afslag neemt.[13] Toch lijkt dat zeer onwaarschijnlijk. Dan zou het EHRM in deze zaak immers niet hoeven te verwijzen naar zijn eerdere jurisprudentie, waarin het eenduidig het EVRM van toepassing achtte tijdens gewapende conflicten, en ook gewoon rechtsmacht uitoefende. Bovendien zou het volledig afwijken van de hierboven aangehaalde jurisprudentie van alle andere relevante rechters, en is de overweging hierover niet in de definitieve Kopenhagen-verklaring terechtgekomen.

6. Dat laat mogelijkheid nummer twee: óf HOR van toepassing is, en of een gewapend conflict bestond, beïnvloedt niet de *toepasselijkheid*, maar de *interpretatie* van het EVRM. Als er sprake is van een gewapend conflict is, kan dat van belang zijn voor de contextuele uitleg van EVRM-rechten. Een gewapend conflict beperkt de Staat immers feitelijk in zijn mogelijkheden grondrechten effectief te beschermen. Een contextuele benadering die die omstandigheid in acht neemt, kan Staten daarom de benodigde ademruimte bieden.[14] Dat geldt ook voor de uitoefening van positieve verplichtingen, zoals de procedurele onderzoeksverplichtingen die ook in de onderhavige zaak een rol spelen.[15] De conflictsituatie kan het doen van effectief onderzoek feitelijk bemoeilijken, maar alle *redelijke* stappen moeten worden gezet.[16] Daarnaast zal de toepasselijkheid van HOR, zoals gezegd, de juridische interpretatie van het EVRM kunnen beïnvloeden. In *Hassan* ging de Grote Kamer daarin zelfs zo ver, dat de limitatieve gronden waarop het recht op vrijheid beperkt mag worden, werd opgerekt. Tijdens internationale gewapende conflicten, en als de Staat daarop een expliciet beroep doet bij het EHRM, mag de Staat strijders en burgers in detentie nemen op grond van het HOR.[17] Dat wordt dan gezien als een ‘impliciete opschorting’ van art. 5 EVRM. Het zou daarom best kunnen dat het Hof hier beoordeelt of er sprake was van een gewapend conflict omdat dat mede de beoordeling van de zaak kan bepalen, hoewel het dan gek blijft dat het dat doet in het kader van het bepalen van zijn rechtsmacht. Bovendien vraag ik mij af of de toepasselijkheid van HOR in deze zaak tot een ander inhoudelijk oordeel had geleid.

7. Ten eerste, er is geen art. 5-klacht ingediend, dus de *Hassan*-uitbreiding van detentiegonden is niet van toepassing. Ook lijkt Azerbeidzjan niets in die trant beargumenteerd te hebben, en volstond het ermee de rechtsmacht van het Hof te betwisten. Ten tweede, voor zowel de materiële als de procedurele verplichtingen, zou toepassing van het humanitair oorlogsrecht tot dezelfde uitkomst leiden. De foltering en dood van krijgsgevangenen en andere gedetineerden is ook onder het HOR verboden, en is daaronder bovendien rechtstreeks strafbaar gesteld als oorlogsmisdrijf. Verder vereist ook het HOR dat Staten een effectief onderzoek instellen naar oorlogsmisdrijven en schendingen in zijn algemeen, en naar de dood of verwonding van gevangenen in het bijzonder.[18] En, ten slotte,

zelfs de contextuele weging waarin de omstandigheid van een gewapend conflict tot een wat meer ontspannen toetsing kan leiden, gaat hier niet op. Waar het Hof namelijk iets soepeler kijkt naar hoe onderzoeksverplichtingen zijn volbracht tijdens (extraterritoriale) gewapende conflicten, omdat het doen van effectief onderzoek nu eenmaal wordt bemoeilijkt door de omstandigheden, speelt dat in deze zaak geen rol. Ook al zou het geheel hebben plaatsgevonden tegen de achtergrond van een gewapend conflict, Manvel Saribekyan is omgekomen (en gefolterd) in een Azerbeidzjaanse cel, waar Azerbeidzjan dan ook volledige controle heeft. Dan spelen overwegingen die een onderzoek bemoeilijken geen rol. Sterker nog, voor gevangenen hebben staten een extra zorgplicht, en is de verplichting dus des te sterker. Dat is óók zo onder het humanitaire oorlogsrecht, dus er is ook in het geheel geen juridisch argument te ontleen aan het bestaan van een gewapend conflict, dat zou maken dat deze zaak anders beoordeeld zou moeten worden dan het EHRM heeft gedaan: schending, materieel en procedureel, van zowel het recht op leven als het folterverbod.

8. Hoewel wel vaker wordt aangenomen dat het humanitaire oorlogsrecht en internationale mensenrechtenverdragen met elkaar op gespannen voet staan, is dat niet altijd het geval. Deze zaak biedt een voorbeeld waar mensenrechtenschendingen duidelijk ook schendingen van het HOR inhouden. Waar de twee wel uiteenlopen, is het een goede zaak dat het EHRM meeweegt of er sprake is van een gewapend conflict, en dan in zijn interpretatie het HOR in acht neemt. Niettemin is het serieus nemen van een rechtsmachtverweer op basis van het (beweerdelijk) bestaan van een gewapend conflict, een stap terug. Het Inter-Amerikaanse Hof maakt al tijden korte metten met deze verweren, en daaraan zou het EHRM een voorbeeld moeten nemen. Dat biedt twee voordelen. Ten eerste bevestigt het glashelder dat het EVRM, en de bescherming van het EHRM, zich uitstrekken over conflictsituaties. Ten tweede zal dat, hopelijk, Staten ertoe brengen inhoudelijk in te gaan op de vraag in hoeverre zij EVRM-rechten kunnen waarborgen tijdens gewapende conflicten, en hoe het EVRM en het HOR zich tot elkaar verhouden. Dat kan het EHRM houvast bieden in het ontwikkelen van zijn verdere jurisprudentie op dit terrein. Ik denk daarbij aan het voorbeeld van extraterritoriale toepasselijkheid van het EVRM. Regeringen hebben veel te lang volstaan met een pleidooi dat het EVRM toepassing mist buiten hun grondgebied, zonder verder mee te denken met het Hof over hoe EVRM-rechten beschermd en verwezenlijkt kunnen worden waar Staten rechtsmacht uitoefenen buiten hun grondgebied. Dan staat het EHRM er alleen voor in de ontwikkeling van het recht, terwijl een goede dialoog tussen de Staten en het Hof in dit soort zaken, vooral waar de expertise op het gebied van het HOR misschien beperkt is, de richting van de jurisprudentie ten goede zouden komen.[19] Wellicht kan dit ook het kritiekpunt neutraliseren, dat het Hof steeds maar verder pioniert zonder dat daarvoor draagvlak bestaat. Uiteindelijk zal het van twee kanten moeten komen. Het Hof kan een duidelijk signaal geven door dit soort rechtsmachtverweren direct af te wijzen, zonder daaraan veel woorden vuil te

maken. En Staten moeten hun verantwoordelijkheid nemen, en serieuze argumenten aandragen over de bescherming van mensenrechten tijdens gewapende conflicten. Dat past ook bij hun rol als primaire beschermheren van de mensenrechten in Europa.

F. Tan, promovendus aan de Universiteit Leiden.

[1] Zie de twee recente Grote Kameruitspraken *Sargsyan t. Azerbeidzjan*, EHRM (GK) 16 juni 2015, nr. 40167/06, ECLI:CE:ECHR:2015:0616JUD004016706; *Chiragov e.a. t. Armenië*, EHRM (GK) 16 juni 2015, nr. 13216/05, ECLI:CE:ECHR:2015:0616JUD001321605; *Sargsyan t. Azerbeidzjan*, EHRM (GK) 12 december 2017 (billijke genoegdoening), nr. 40167/06, ECLI:CE:ECHR:2017:1212JUD004016706; *Chiragov e.a. t. Armenië*, EHRM (GK) 12 december 2017 (billijke genoegdoening), nr. 13216/05, ECLI:CE:ECHR:2017:1212JUD001321605, «EHRC» 2018/45.

[2] IGH 8 juli 1996 (Advisory Opinion), *I.C.J. Reports* 1996, p. 226 (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*), par. 25.

[3] *Varnava e.a. t. Turkije*, EHRM (GK) 18 september 2009, nrs. 16064/90 e.a., ECLI:CE:ECHR:2009:0918JUD001606490, «EHRC» 2010/3 m.nt. Van der Velde, par. 185; *Hassan t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 16 september 2014, nr. 29750/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0916JUD002975009, «EHRC» 2014/258 m.nt. De Lange, par. 102-104.

[4] Zie bijv. Daragh Murray e.a., *Practitioners' Guide to Human Rights Law in Armed Conflict*, Oxford: Oxford University Press 2016.

[5] H. Duffy, 'Harmony or conflict? The interplay between human rights and humanitarian law in the fight against terrorism' in: L.J. van den Herik & N.J. Schrijver (red.), *Counter-Terrorism Strategies in a Fragmented International Legal Order. Meeting the Challenges*, Cambridge University Press 2013, p. 486.

[6] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, reeds aangehaald, par. 25.

[7] IAHRM 30 november 2012 (Preliminary Objections, Merits and Reparations), *Inter-American Court of Human Rights Series C* No 259 (*Santo Domingo Massacre t. Colombia*), par. 24.

[8] VN-Mensenrechtencomité 30 oktober 2018, CCPR/C/GC/36 (*General Comment No. 36 on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*), par. 64.

[9] ACHPR 18 november 2015, Adopted during the 57th Ordinary Session of the African

Commission on Human and Peoples' Rights (*General Comment No. 3 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Life (Article 4)*), par. 32-35. Beschikbaar op <https://www.refworld.org/docid/5e67c9cb4.html>.

[10] Bijv. in het Verenigd Koninkrijk, Court of Appeal (Civil Division), *Serdar Mohammed & Others v Secretary of State for Defence*; en in Nederland Hoge Raad 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, NJ 2019/356, m.nt. Ryngaert & Spier, AA m.nt. Castermans & Demper (*Mothers of Srebrenica*).

[11] *Varnava e.a. t. Turkije* en *Hassan t. Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald.

[12] Zie https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/dokumenter/nyheder/draft_copenhagen_declaration_05.02.18.pdf; voor commentaar, zie Alice Donald & Philip Leach, *A Wolf in Sheep's Clothing: Why the Draft Copenhagen Declaration Must be Rewritten*, EJIL:Talk! 21 februari 2018, te raadplegen op <https://www.ejiltalk.org/a-wolf-in-sheeps-clothing-why-the-draft-copenhagen-declaration-must-be-rewritten/>.

[13] nr. 38263/08.

[14] Zie bijv. *Al-Skeini e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 7 juli 2011, nr. 55721/07, ECLI:CE:ECHR:2011:0707JUD005572107, «EHRC» 2011/156 m.nt. Den Heijer, par. 164.

[15] *Jaloud t. Nederland*, EHRM (GK) 20 november 2014, nr. 47708/08, ECLI:CE:ECHR:2014:1120JUD004770808, «EHRC» 2015/35 m.nt. De Lange, par. 186.

[16] *ibid.*

[17] *Hassan t. Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald, par. 104.

[18] Art. 121 GC III en art. 131 GC IV.

[19] Zie ook Françoise Hampson, 'Article 2 of the Convention and Military Operations during Armed Conflict' in Lawrence Early e.a. (red.), *The Right to Life under Article 2 of the European Convention on Human Rights. Twenty Years of Legal Developments since McCann v. the United Kingdom. In Honour of Michael O'Boyle*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016.