

RECHTSPRAAK

VERENIGDE NATIES

GEDWONGEN VERDWIJNINGEN: EEN *DE FACTO* DIMENSIE VAN HET RECHT OP ERKENNING DOOR DE WET

- VN-Mensenrechtencomité 16 augustus 2007
Messaouda Grioua t. Algerije (comm. nr. 1327/2004) *

Met noot van Marthe Lot Vermeulen **

Verzoekster stelt de Algerijnse staat verantwoordelijk voor de verdwijning van haar zoon, dhr. Grioua. Haar klacht, ingediend mede namens haar zoon, betreft de vrijheidsberoving en de behandeling van Grioua door de autoriteiten evenals het daaropvolgende inadequate onderzoek en de weigering van de staat haar vragen te beantwoorden. Ook stelt zij zelf onmenselijk te zijn behandeld. Het Comité constateert een schending van de artikelen 2, derde lid, 7, 9, en 16 IVBPR. Opmerkelijk aan dit oordeel is dat het Comité voor het eerst een gedwongen verdwijning inhoudelijk toetst aan het recht op erkenning door de wet (artikel 16 IVBPR) en ondubbelzinnig een schending constateert. Het recht op erkenning door de wet geeft ieder mens het recht om als rechtssubject erkend te worden. Het is daarmee de sleutel tot het rechtssysteem met de daarbij horende rechten en plichten. In deze annotatie worden het belang en het bijzondere van deze toets en de conclusie onder de loep genomen.

FEITEN

In de ochtend van 16 mei 1996 is verzoekster getuige van de arrestatie van haar zoon Mohamed Grioua in een buitenwijk van Algiers.¹ In de bredere context van een veiligheidsactie arresteren leden van de *National People's Army* hem zonder arrestatiebevel tijdens een huiszoeking. Zij stellen dat zij hem gevangennemen ten bate van een lopend onderzoek. Zodra hij wordt weggevoerd, rent verzoekster de soldaten achterna en ziet hoe zij nog drie anderen arresteren. De arrestanten worden geboeid en meegenomen voor identiteitscontrole naar het hoofdkwartier van het legerdistrict. Uit de beschikbare informatie blijkt dat enkelen daarna worden vrijgelaten, terwijl de rest wordt overgebracht naar verschillende militaire locaties en politiebureaus.

- Samenstelling: Abdelfattah Amor, Prafullachandra Natwarlal Bhagwati, Christine Chanet, Yuji Iwasawa, Edwin Johnson, Walter Kälin, Ahmed Tawfik Khalil, Zonke Zanele Majodina, Iulia Antoanella Motoc, Michael O'Flaherty, Elisabeth Palm, José Luis Pérez Sanchez-Cerro, Rafael Rivas Posada, Nigel Rodley, Ivan Shearer and Ruth Wedgwood.

- M.L. Vermeulen, LL.M. is promovenda bij het Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten van de Universiteit Utrecht. Zij bedankt Ineke Boerefijn, Arjan van Oijen en Ike Smitskamp voor hun commentaar op eerdere versies.

1 Het feitencolplex is weergegeven zoals voorgelegd door verzoekster. Het Comité hecht geloof aan deze beweringen daar Algerije nauwelijks respons heeft gegeven en de feiten niet overtuigend heeft weerlegd.

VERENIGDE NATIES

Verzoekster begint haar zoektocht nog diezelfde ochtend, maar wordt door de politie en het leger van het kastje naar de muur gestuurd. Haar zoon is niet terug te vinden in de arrestantenregisters. Hij bevindt zich ook niet onder de vrijgelatenen. Een man die wel is vrijgelaten zegt met Grioua gevangen gehouden te zijn geweest in de districtskazerne. Hij vertelt haar dat hij zelf diverse malen is gemarteld. Tevens heeft hij opgevangen dat Grioua diezelfde nacht aan de beurt zou zijn.

Verzoekster zet haar zoektocht voort, maar haar navragen worden met vage mededelingen afgedaan of worden met stilte beantwoord; de autoriteiten weigeren enige informatie te geven over de vrijheidsberoving van haar zoon of ontkennen het incident zelfs in zijn geheel. Volgens verzoekster wordt er geen onderzoek naar de verdwijning ingesteld, ondanks het feit dat verschillende getuigenverklaringen de arrestatie bevestigen. Bovendien worden de verzoekschriften die zij indient bij verscheidene rechterlijke instanties afgewezen. Haar beroep in cassatie van 4 augustus 2002 voor het hoogste gerechtshof is nog niet gewezen ten tijde van de behandeling van de zaak door het Comité.

In tegenstelling tot verzoekster ontkent de staat elke betrokkenheid bij de verdwijning en stelt alleen weet te hebben van de klacht van de broer van Grioua betreffende zijn vermeende ontvoering door nog onbekende personen. In een *note verbale* bestrijdt de staat dat er geen onderzoek is gestart; wel zou het dossier na enkele maanden gesloten zijn omdat het onderzoek niet had geleid tot de identificatie van de plegers van de beweerde ontvoering. Ook stelt de staat dat het hoogste gerechtshof wel degelijk het beroep in cassatie heeft behandeld maar dit beroep heeft afgewezen.

KLACHT

Verzoekster stelt dat haar zoon slachtoffer is van een schending van de artikelen 2, derde lid (recht op een effectief rechtsmiddel), 7 (verbod op foltering en wrede, onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing), 9 (recht op vrijheid en veiligheid), en 16 (recht op erkenning door de wet) van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR). Verder stelt zij zelf slachtoffer te zijn van onmenselijke behandeling in strijd met artikel 7 IVBPR vanwege de onzekerheid betreffende de verblijfplaats van haar zoon en de omstandigheden waarin hij verkeert. Deze onzekerheid wordt extra gevoed door het gedrag van de autoriteiten nu zij weigeren om informatie te verstrekken en een effectief onderzoek in te stellen.

OORDEEL VAN HET MENSENRECHTENCOMITÉ

Het Mensenrechtencomité acht bewezen dat is voldaan aan de vereisten van artikel 5, tweede lid, van het Facultatief Protocol bij het IVBPR en neemt de klacht in behandeling. Het oordeelt dat de klacht in zijn geheel ontvankelijk is. Daarbij speelt mee dat Algerije geen gehoor heeft gegeven aan de uitnodiging van het Mensenrechtencomité om het te informeren over haar standpunt ten aanzien van de klacht aangaande artikelen 7 and 9 IVBPR. Met betrekking tot de klacht betreffende artikel 16 IVBPR merkt het Comité op dat de vraag of, en zo ja onder welke omstandigheden, een gedwongen verdwijning het recht op erkenning door de wet kan

schenden, zo nauw samenhangt met de feiten dat het geen aparte ontvankelijkheidsbeslissing behoeft.

‘Consideration of the merits

7.1 The Human Rights Committee has considered the present communication in the light of all the information made available to it by the parties, in accordance with article 5, paragraph 1, of the Optional Protocol.

7.2 The Committee recalls the definition of enforced disappearance in article 7, paragraph 2 (i), of the Rome Statute of the International Criminal Court: “Enforced disappearance of persons means the arrest, detention or abduction of persons by, or with the authorization, support or acquiescence of, a State or a political organization, followed by a refusal to acknowledge that deprivation of freedom or to give information on the fate or whereabouts of those persons, with the intention of removing them from the protection of the law for a prolonged period of time.” Any act leading to such disappearance constitutes a violation of many of the rights enshrined in the Covenant, including the right to liberty and security of the person (art. 9), the right not to be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (art. 7), and the right of all persons deprived of their liberty to be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person (art. 10). It also violates or constitutes a grave threat to the right to life (art. 6).² In the present case, the author invokes articles 7, 9 and 16.

7.3 With regard to the author’s claim of disappearance, the Committee notes that the author and the State party have submitted different versions of the events in question. The author contends that her son was arrested on 16 May 1996 by agents of the State and has been missing since that date, while according to the National Observatory for Human Rights her son is wanted under arrest warrant No. 996/96 issued by the El Harrach Court. The Committee notes the State party’s indication that the examining magistrate considered the charge of abduction and, following investigations that failed to establish the identity of the perpetrator of the alleged abduction, decided to dismiss proceedings.

7.4 The Committee reaffirms³ that the burden of proof cannot rest on the author of the communication alone, especially considering that the author and the State party do not always have equal access to the evidence and frequently the State party alone has the relevant information. It is implicit in article 4, paragraph 2, of the Optional Protocol that the State party has the duty to investigate in good faith all allegations of violations of the Covenant made against it and its representatives and to furnish to the Committee the information available to it. In cases where the allegations are corroborated by credible evidence submitted by the author and where further clarification depends on information exclusively in the hands of the State party, the Committee considers the author’s allegations sufficiently substantiated in the absence of satisfactory evidence or explanations to the contrary presented by the State party. In the present case, the Committee has been provided with statements from witnesses who were present when the author’s son was arrested by agents of the State party. Counsel has informed the Committee that one of those detained at the same time as the author’s son, held with him and later released, has testified concerning their detention and the treatment to which they were subjected.

2 See communication No. 950/2000, *Sarma v. Sri Lanka*, Views adopted on 31 July 2003, para. 9.3.

3 Communications Nos. 146/1983, *Baboeram Adhin et al. v. Suriname*, Views adopted on 4 April 1985, para. 14.2; 139/1983, *Conteris v. Uruguay*, Views adopted on 17 July 1985, para. 7.2; 202/1986, *Graciela Ato del Avellanal v. Peru*, Views adopted on 31 October 1988, para. 9.2; 30/1978, *Bleier v. Uruguay*, Views adopted on 29 March 1982, para. 13.3; 107/1981, *Elena Quinteros Almeida v. Uruguay*, Views adopted on 21 July 1983, para. 11; and 992/2001, *Bousroual v. Algeria*, Views adopted on 30 March 2006, para. 9.4.

7.5 As to the alleged violation of article 9, the information before the Committee reveals that the author's son was removed from his home by agents of the State. The State party has not addressed the author's claims that her son's arrest and detention were arbitrary or illegal, or that he has not been seen since 16 May 1996. Under these circumstances, due weight must be given to the information provided by the author. The Committee recalls that detention incommunicado as such may violate article 9,⁴ and notes the author's claim that her son was arrested and has been held incommunicado since 16 May 1996, without any possibility of access to a lawyer, or of challenging the lawfulness of his detention. In the absence of adequate explanations on this point from the State party, the Committee concludes that article 9 has been violated.

7.6 As to the alleged violation of article 7 of the Covenant, the Committee recognizes the degree of suffering involved in being held indefinitely without contact with the outside world. It recalls its general comment No. 20, on article 7, which recommends that States parties should make provision against detention incommunicado. In the circumstances, the Committee concludes that the disappearance of the author's son, preventing him from contacting his family and the outside world, constitutes a violation of article 7 of the Covenant.⁵ Further, the circumstances surrounding the disappearance of the author's son and the testimony that he was tortured strongly suggest that he was so treated. The Committee has received nothing from the State party to dispel or counter such an inference. The Committee concludes that the treatment of the author's son amounts to a violation of article 7.⁶

7.7 The Committee also notes the anguish and distress caused to the author by her son's disappearance and her continued uncertainty as to his fate. It is therefore of the opinion that the facts before it reveal a violation of article 7 of the Covenant with regard to the author herself.⁷

7.8 As to the alleged violation of article 16 of the Covenant, the question arises as to whether and under what circumstances a forced disappearance may amount to denying the victim recognition as a person before the law. The Committee points out that intentionally removing a person from the protection of the law for a prolonged period of time may constitute a refusal to recognize that person before the law if the victim was in the hands of the State authorities when last seen and, at the same time, if the efforts of his or her relatives to obtain access to potentially effective remedies, including judicial remedies (Covenant, art. 2, para. 3) have been systematically impeded. In such situations, disappeared persons are in practice deprived of their capacity to exercise entitlements under law, including all their other rights under the Covenant, and of access to any possible remedy as a direct consequence of the actions of the State, which must be interpreted as a refusal to recognize such victims as persons before the law. The Committee notes that, under article 1, paragraph 2, of the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance,⁸ enforced disappearance constitutes a violation of the rules of international law guaranteeing, inter alia, the right to recognition as a person before the law. It also recalls that article 7, paragraph 2 (i), of the Rome Statute of the International Criminal Court, recognizes that the "intention

4 Communication No. 1128/2002, Rafael Marques de Morais v. Angola, Views adopted on 29 March 2005, para. 6.3. See also general comment No. 8, para. 2.

5 Communications Nos. 540/1993, Celis Laureano v. Peru, Views adopted on 25 March 1996, para. 8.5; 458/1991, Mukong v. Cameroon, Views adopted on 24 July 1994, para. 9.4; and 440/1990, El-Megreisi v. Libyan Arab Jamahiriya, Views adopted on 23 March 1994, para. 5.

6 Communications Nos. 449/1991, Mójica v. Dominican Republic, Views adopted on 10 August 1994, para. 5.7; and 1196/2003, Boucherf v. Algeria, Views adopted on 30 March 2006, para. 9.6.

7 Communications Nos. 107/1981, Elena Quinteros Almeida v. Uruguay, Views adopted on 21 July 1983, para. 14; and 950/2000, Sarma v. Sri Lanka, Views adopted on 31 July 2003, para. 9.5.

8 See General Assembly resolution 47/133 of 18 December 1992.

of removing [persons] from the protection of the law for a prolonged period of time” is an essential element in the definition of enforced disappearance. Lastly, article 2 of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance mentions that enforced disappearance places the person concerned outside the protection of the law.

7.9 In the present case, the author indicates that her son was arrested together with other individuals by members of the National People’s Army on 16 May 1996. After an identity check, he was allegedly taken to the Baraki military barracks. There has been no news of him since that date. The Committee notes that the State party has neither contested these facts nor conducted an investigation into the fate of the author’s son, nor provided the author with any effective remedy. It is of the view that if a person is arrested by the authorities and there is subsequently no news of that person’s fate, the failure by the authorities to conduct an investigation effectively places the disappeared person outside the protection of the law. Consequently, the Committee concludes that the facts before it in the present communication reveal a violation of article 16 of the Covenant.

7.10 The author has invoked article 2, paragraph 3, of the Covenant, which requires States parties to ensure that individuals have accessible, effective and enforceable remedies to uphold these rights. The Committee attaches importance to the establishment by States parties of appropriate judicial and administrative mechanisms for addressing alleged violations of rights under domestic law. It refers to its general comment No. 31,⁹ which states that failure by a State party to investigate allegations of violations could in and of itself give rise to a separate breach of the Covenant. In the present case, the information before it indicates that neither the author nor her son have had access to an effective remedy, and the Committee concludes that the facts before it reveal a violation of article 2, paragraph 3, of the Covenant, in conjunction with articles 7, 9 and 16, in respect of the author’s son, and a violation of article 2, paragraph 3, of the Covenant, in conjunction with article 7 of the Covenant, in respect of the author herself.

8. The Human Rights Committee, acting under article 5, paragraph 4, of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, is of the view that the facts before it reveal violations by the State party of articles 7, 9 and 16 of the Covenant, and of article 2, paragraph 3, in conjunction with articles 7, 9 and 16, in respect of the author’s son, and of article 7 and article 2, paragraph 3, in conjunction with article 7, in respect of the author herself.

9. In accordance with article 2, paragraph 3, of the Covenant, the State party is under an obligation to provide the author with an effective remedy, including a thorough and effective investigation into the disappearance and fate of her son, his immediate release if he is still alive, and the appropriate information emerging from its investigation, and to ensure that the author and her family receive adequate reparation, including in the form of compensation. While the Covenant does not give individuals the right to demand the criminal prosecution of another person,¹⁰ the Committee nevertheless considers the State party duty-bound not only to conduct thorough investigations into alleged violations of human rights, particularly enforced disappearances and violations of the right to life, but also to prosecute, try and punish the culprits. Thus, the State party is therefore also under an obligation to prosecute, try and punish those held responsible for such violations. The State party is further required to take measures to prevent similar violations in the future. The Committee also recalls the request made by the Special Rapporteur on new communications and interim measures dated 23 September 2005 (see paragraph 1.3 above) and reiterates that the State party should not invoke the *Charte pour la Paix et la Réconciliation Nationale* against

9 Paragraph 15.

10 Communications Nos. 213/1986, *H.C.M.A. v. The Netherlands*, Views adopted on 30 March 1989, para. 11.6; and 612/1995, *José Vicenté et al. v. Colombia*, Views adopted on 29 July 1997, para. 8.8.

VERENIGDE NATIES

individuals who invoke the provisions of the Covenant or have submitted or may submit communications to the Committee.

10. Bearing in mind that, by becoming a party to the Optional Protocol, the State party has recognized the competence of the Committee to determine whether there has been a violation of the Covenant or not and that, pursuant to article 2 of the Covenant, that State party has undertaken to ensure all individuals within its territory or subject to its jurisdiction the rights recognized in the Covenant and to provide an effective and enforceable remedy where a violation has been established, the Committee wishes to receive from the State party, within 90 days, information about the measures taken to give effect to the Committee's Views. The State party is also requested to publish the Committee's Views.'

NOOT

De eerste verdwijningszaak waarin een schending van het recht op erkenning door de wet wordt geconstateerd

1. Deze zaak verdient in het bijzonder de aandacht omdat het de eerste verdwijningszaak is waarin het Comité tot de conclusie komt dat het recht op erkenning door de wet is geschonden. Het doel van dit recht is om te garanderen dat ieder mens de mogelijkheid heeft om rechten en plichten uit te oefenen en aan te gaan. Tevens geeft het toegang tot een rechtsgang om deze rechten en plichten te beschermen en te laten gelden. Ontkenning van dit recht kan dus leiden tot uitsluiting van het rechtssysteem.

Dit oordeel betekent een doorbraak, omdat het niet vanzelfsprekend is dat dit recht daadwerkelijk in het geding is. Een gedwongen verdwijning effectueert formeel gezien geen verandering in de juridische status van het slachtoffer als rechtssubject (drager van rechten en plichten). De staat ontkent niet dat de verdwenen persoon op papier als zodanig bestaat. In dit oordeel werkt het Comité evenwel het volgende ruimere uitgangspunt uit: in praktische zin ontkent de staat het bestaan van het slachtoffer wel. Inherent aan een gedwongen verdwijning is dat de staat weet heeft van de verblijfplaats of het lot van het slachtoffer, maar weigert dit kenbaar te maken. Dit neemt vaak de vorm aan van een volledige ontkenning van enige betrokkenheid bij de verdwijning. De intentie achter een gedwongen verdwijning is immers om buiten de wet te opereren en al het bewijsmateriaal te verbergen. Op deze manier blijft de betrokkenheid van de staat bij de gedwongen verdwijning buiten beeld. De autoriteiten ontlopen hierdoor enige vorm van aansprakelijkheid. Het slachtoffer is onvindbaar en hij kan geen aanspraak maken op de aan hem of haar toekomende rechten.

De kern van het probleem ligt erin dat de verdwenen persoon weliswaar *de jure* is erkend als rechtssubject maar dat hij door toedoen van de staat niet (langer) capabel is om zijn rechten uit te oefenen. De verdwenen persoon heeft geen toegang tot de hem toekomende rechtsbescherming, in het bijzonder toegang tot de rechter. In dit opzicht hebben het recht om niet te verdwijnen en het recht op erkenning door de wet iets gemeen; het zijn beide noodzakelijke basisvoorwaarden om rechten te kunnen uitoefenen en te laten gelden. De vraag of deze *de facto* situatie een schending van het recht op erkenning door de wet oplevert, wordt in dit oordeel bevestigend beantwoord. Het belang en het bijzondere van deze conclusie voor de rechtsontwikkeling zal in deze noot in perspectief worden gezet.

Verdwijningen als een meervoudige schending van mensenrechten in breder kader

2. De onderhavige zaak moet worden gezien tegen de achtergrond van een breder debat over de vraag of het recht op erkenning door de wet behoort tot de rechten die worden geschonden bij een gedwongen verdwijning. Niet betwist wordt dat deze daad een meervoudige mensenrechtenschending inhoudt. Het normatieve mensenrechtenkader geeft echter niet ondubbelzinnig aan welke rechten daadwerkelijk worden geschonden.¹¹

Ook de jurisprudentie geeft geen uitsluitsel over dit vraagstuk. Het recht op erkenning door de wet is vastgelegd in twee bindende mensenrechtenverdragen: het IVBPR en het Amerikaans Verdrag voor de Rechten van de Mens (AVRM).¹² Het Mensenrechtencomité lijkt met het hier besproken oordeel duidelijkheid te scheppen omtrent de betrokkenheid van dit recht door ondubbelzinnig een schending van dit recht te constateren. Dit oordeel strookt met de al langer gehanteerde benadering van de Inter-Amerikaanse Commissie voor de Rechten van de Mens (IACieRM).¹³ Daarentegen heeft het Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens (IAHRM) dergelijke vorderingen tot dusver afgewezen.¹⁴ Deze twee tegenstrijdige benaderingen zullen hieronder nog verder aan bod komen.

Invulling en reikwijdte van het recht op erkenning door de wet; het IVBPR

3. Artikel 16 IVBPR garandeert een ieder het recht op erkenning als persoon voor de wet. In beginsel vangt dit recht aan met de geboorte van een persoon en eindigt het bij overlijden. Krachtens artikel 4 IVBPR is dit recht niet opschortbaar en kan daarmee zelfs in situaties van nationale noodtoestand niet aan enig persoon worden ontnomen.¹⁵ Dit uitgangspunt betreft gelijk de kernvraag van deze bespreking; ziet het recht op erkenning slechts op erkenning van de wettelijke persoonlijkheid of omvat deze ook de mogelijkheid om in de praktijk rechten te kunnen uitoefenen? De *travaux préparatoires* geven geen eenduidig antwoord op deze vraag,¹⁶ maar uit de discussie die voorafging aan de aanvaarding van dit verdrag is een beperkte betekenis af te leiden. Het artikel beschermt 'wettelijke persoonlijkheid' maar meer ook niet.¹⁷

11 VN Doc. E/CN.4/2002/71, Report by the independent expert charged with examining the existing international criminal and human rights framework for the protection of person from enforced or involuntary disappearances, pursuant to paragraph 11 of the Commission Resolution 2001/46 (8 January 2002), p. 4. Zie ook: VN Doc. E/CN.4/1983/14, paras. 130-137; VN-Verklaring inzake de Bescherming van Alle Personen tegen Gedwongen Verdwijningen (VN Doc. A/47/49 (1992)), art. 1, tweede lid (hier wordt het recht op erkenning door de wet wel genoemd); en Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons (9 juni 1994), para. 4 van de preambule (hier wordt het recht op erkenning niet expliciet genoemd). Het in 2006 aangenomen VN-Verdrag inzake de Bescherming van alle Personen tegen Gedwongen Verdwijningen (hierna: VN-Verdrag tegen gedwongen verdwijningen) zet het recht om niet te verdwijnen neer als een autonoom recht zonder verwijzing naar andere rechten.

12 Amerikaans Verdrag voor de Rechten van de Mens (22 november 1969), art. 3.

13 Zie IACieRM 16 oktober 1996, *Cruz Soza t. Guatemala*, rapport nr 30/96 (zaak 10.897), para. 43 en IACieRM 7 april 1998, *Samuel de la Cruz Gómez t. Guatemala*, rapport nr. 11/98 (zaak 10.606), para. 57.

14 IAHRM 25 november 2000, *Bámaca Velásquez t. Guatemala*, paras. 176-181 en IAHRM 29 november 2006, *La Cantuta t. Peru*, paras. 117-121.

15 VN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, General Comment No. 29: States of Emergency (article 4) (31 augustus 2001), para. 7.

16 M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR commentary*, Kehl am Rhein: Engel 2005 (2^e ed), p. 370.

17 *Ibid.*, p. 370 en 371.

4. De volgende vraag is of het Mensenrechtencomité deze beperkte betekenis heeft bevestigd. Opvallend is dat dit recht tot aan deze zaak een beperkte rol heeft gespeeld in de jurisprudentie van het Comité. Hoewel het wel in zaken van verschillende aard ter sprake is gekomen, heeft het Comité deze eisen ongegrond en daarmee niet-ontvankelijk verklaard¹⁸ of heeft het geen schending geconstateerd.¹⁹

Ook in drie eerdere verdwijningszaken heeft het Comité een inhoudelijke behandeling vermeden. Deze zaken tegen Chili betroffen een aantal in 1973 en 1974 door het militaire regime geëxecuteerde en verdwenen personen.²⁰ De raadsman stelde dat de in de negentiger jaren genomen beslissing van de (militaire) rechtbanken om op grond van een amnestiewet geen onderzoek in te stellen naar de dood van de slachtoffers in strijd was met artikel 16 IVBPR. Het Comité verklaarde de klacht echter *ratione temporis* niet-ontvankelijk op grond van het voorbehoud van de staat; het incident had plaatsgevonden voor de ratificatie van het IVBPR door Chili en viel daarmee buiten de competentie van het Comité. De *dissenting opinions* bij deze zaken geven inzicht in de overwegingen om in ieder geval de klacht in behandeling te nemen. Zo werd genoemd dat een schending van artikel 16 IVBPR een gevolg was van de nalatigheid van de staat om een onderzoek in te stellen en het lichaam te lokaliseren. Dit recht zou iedereen toekomen, ook na de dood. Ook zou dit recht *a fortiori* blijven gelden wanneer de afwezigheid van een persoon omringd is door onzekerheid.²¹ In de laatste van de drie zaken beargumenteerden de vijf dissenters dat de voortdurende schending van artikel 16 IVBPR het voorbehoud van de staat en de uitzondering *ratione temporis* behoort te overtroeven.²²

Interessant is ook de zaak *Bouchery t. Algerije*. In deze zaak kwam het Comité tot een schending van de artikelen 7, 9 en 2, derde lid, IVBPR. In het licht van deze bevindingen achtte het Comité het niet noodzakelijk om de klacht met betrekking tot artikel 16 te behandelen.²³ Ook in zijn *General Comment* 31 noemt het Comité het recht op erkenning door de wet niet als een van de voornaamste rechten die worden geschonden door een gedwongen verdwijning.²⁴

18 Zie e.g. VN-Mensenrechtencomité 16 maart 2007, *Tamara Chikunova on behalf of her son, Dimitryi Chikunov t. Uzbekistan* (comm. nr. 1043/2002) en VN-Mensenrechtencomité 30 maart 2005 (niet-ontvankelijkheidsbesliss.), *S.B. t. The Netherlands* (comm. nr. 1204/2003).

19 Zie e.g. VN-Mensenrechtencomité 17 July 2002, *Juliet Joslin et al. t. Nieuw Zeeland* (comm. nr. 902/1999), paras. 3.5 en 8.1-9 en VN-Mensenrechtencomité 3 April 1995, *Darwinia Rosa Monaco de Gallicchio, on her own behalf and on behalf of her granddaughter Ximena Vicario t. Argentinië* (comm. nr. 400/1990).

20 VN-Mensenrechtencomité 26 juli 1999 (niet-ontvankelijkheidsbesliss.), *Mrs. Maria Otilia Vargas on her own behalf and on behalf of her son, Mr. Dagoberto Perez Vargas, t. Chili* (comm. nr. 718/1996); VN-Mensenrechtencomité 23 juli 1999, *Acuna Inostroza et al. v. Chile* (comm. nr. 717/1996); VN-Mensenrechtencomité 12 december 2005, *Yurich t. Chili* (comm. no. 1078/2002).

21 Zie de *dissenting opinions* van Comitéleden Chanet, Pocar en Solari Yrigoyen bij *Vargas t. Chili* (supra note 22) en *Acuna Inostroza et al. t. Chile* (supra note 22).

22 *Yurich t. Chili* (supra note 22), *dissenting opinion* van Comitéleden Chanet, Lallah, O'Flaherty, Palm en Solari Yrigoyen.

23 VN-Mensenrechtencomité 30 March 2006, *Fatma Zohra Bouchery on her own behalf and on behalf of Riad Bouchery t. Algerije* (comm. nr. 1196/2003), paras. 9.8 en 10.

24 VN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, *General Comment* 31[80]: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant (29 maart 2004), para. 18. Het Comité noemt hier dat de artikelen 7,9 en vaak 6 IVBPR worden geschonden bij een gedwongen verdwijning.

5. Ondanks deze terughoudendheid in de jurisprudentie bieden twee *concluding observations* aanknopingspunten voor een bredere interpretatie van dit recht. In de *concluding observations* van 1998 betreffende Israël merkte het Comité op dat personen voor lange, of onbepaalde, tijd in administratieve hechtenis werden gehouden. Het Comité achtte deze praktijk zonder duidelijke motivering in strijd met artikelen 7 en 16 IVBPR.²⁵ Tijdens dezelfde zitting bepaalde het Comité in zijn *concluding observations* ten aanzien van Algerije dat artikel 16 IVBPR van toepassing kan zijn op een gedwongen verdwijning, wanneer de verdwenen persoon in leven is en in *incommunicado* detentie wordt gehouden. Verder constateerde het Comité dat in zulke situaties deze individuen worden belemmerd in het uitoefenen van al hun rechten, en dat zij geen toegang hebben tot enige rechtsgang.²⁶

De overwegingen van het Mensenrechtencomité

6. Tegen de hierboven geschetste achtergrond zal ik nader ingaan op de overwegingen omtrent artikel 16 IVBPR in het hier besproken oordeel. Voordat het Comité de mogelijke schending van artikel 16 IVBPR behandelt stelt het eerst vast dat Grioua van zijn vrijheid is beroofd zonder rechtvaardiging of uitleg en dat dit kan worden toegerekend aan de staat. Ook acht het bewezen dat hij sinds 16 mei 1996 *incommunicado* gevangen zit, in strijd met artikelen 7 en 9 IVBPR. Verder zijn er voldoende aanwijzingen om bewezen te achten dat de manier waarop hij is behandeld nog een schending van artikel 7 IVBPR oplevert.

Vervolgens komt het Comité toe aan de vraag wanneer en onder welke omstandigheden een gedwongen verdwijning een schending van artikel 16 IVBPR kan opleveren. Om deze vraag te kunnen beantwoorden lijkt het Comité een tweeledige toets te formuleren. Een persoon opzettelijk buiten de bescherming van het recht plaatsen kan het recht op erkenning door de wet schenden indien (a) het slachtoffer in handen van de staat was toen hij of zij voor het laatst werd gezien en (b) de staat de toegang van familieleden van het slachtoffer tot een potentiële effectieve rechtsgang op systematische wijze belemmert. In deze omstandigheden onthoudt de staat aan verdwenen personen zowel de mogelijkheid om de hun toekomstige rechten uit te oefenen als toegang tot enige rechtsgang om deze rechteloosheid te laten toetsen. Volgens het Comité moet dit worden gezien als het nalaten om zulke slachtoffers te erkennen als personen voor de wet.

In de onderhavige zaak concludeert het Comité dat Grioua is gearresteerd door de autoriteiten van de staat waarna er geen nieuws over zijn lot is vernomen. Vervolgens heeft de staat de feiten niet weerlegd noch een effectief onderzoek ingesteld om zijn lot op te helderen. Bovendien heeft de staat verzoekster niet voorzien van een effectieve rechtsgang. Deze overwegingen tezamen hebben als gevolg dat Grioua geen enkele vorm van rechtsbescherming geniet. Derhalve komt het Comité tot een schending van artikel 16 IVBPR.

De formalistische benadering van het IAHRM

7. Het oordeel van het Mensenrechtencomité contrasteert met de benadering van het IAHRM. Tot op heden heeft dit Hof eisen omtrent een schending van artikel 3 AVRVM (recht op erken-

25 VN Doc. CCPR/C/79/Add.93 (18 augustus 1998), para. 21.

26 VN Doc. CCPR/C/79/Add.95 (18 augustus 1998), para. 10.

VERENIGDE NATIES

ning door de wet) in verdwijningszaken steeds afgewezen. In de zaak *Bámaca Velásquez t. Guatemala* bijvoorbeeld stoelde de afwijzing van deze eis op drie overwegingen, waarvan twee in het kader van deze noot relevant zijn. Ten eerste kende het Hof dit recht een autonome betekenis toe, namelijk de mogelijkheid om formeel drager van rechten en plichten te zijn. Een schending van dit recht betekent een absolute ontkenning van deze mogelijkheid.²⁷ Ten tweede overwoog het Hof dat levensberoving, waar in deze zaak een rechtsvermoeden voor was, het menszijn opheft. Daarom komt het in deze omstandigheden niet van pas om zich op dit recht te beroepen. Immer, als het recht op leven geschonden is kan men ook geen beroep doen op een schending van alle andere mensenrechten.

Diverse bij deze zaak gevoegde *concurring opinions* geven nadere argumenten voor deze opstelling van het Hof. Zo beschikt niet iedereen die is aangemerkt als rechtssubject over absolute handelingsbekwaamheid. Denk bijvoorbeeld aan de rechtspositie van minderjarigen. De leeftijdsgrens heeft geen betrekking op het zijn van een rechtssubject maar op het mogen verrichten van rechtshandelingen. Daarom heeft dit recht geen betrekking op een *de facto* situatie waarin een persoon zijn rechten niet kan uitoefenen. Ook wordt het argument van de glijdende schaal genoemd. Het aannemen van een schending van het recht op erkenning door de wet bij een *de facto* situatie leidt er toe dat een willekeurige gevangenhouding of eenzame opsluiting ook dit recht zou schenden. Bovendien zou dit standpunt een schending van alle rechten bij een gedwongen verdwijning tot gevolg hebben, zoals het recht op meningsuiting en het recht op eigendom. Deze conclusie zou vanuit juridisch perspectief excessief zijn.²⁸

Het belang van het oordeel voor het concept gedwongen verdwijningen en het recht op erkenning door de wet

8. Mijns inziens geniet de benadering van het Comité de voorkeur boven de formele invulling die het IAHRM geeft aan het recht op erkenning door de wet. Enerzijds wordt met dit oordeel een *de facto* dimensie aan dit recht gegeven en anderzijds wordt een belangrijk aspect van een gedwongen verdwijning erkend.

Ten eerste is het belangrijk om het doel van een gedwongen verdwijning in acht te nemen. De ernst van gedwongen verdwijningen blijkt onder meer uit de beweegredenen van een staat deze ernstige mensenrechtenschending te plegen. De intentie om het slachtoffer voor onbepaalde of langdurige tijd te verbergen voor de buitenwereld zonder enige rechtsbescherming laat het slachtoffer weerloos. In feite wordt hem/haar het bestaansrecht volkomen ontnomen waarmee de staat het bestaan van het slachtoffer als mens praktisch ontkent.²⁹ Dit is volgens mij dan ook het verschil met de beperkte handelingsbekwaamheid van minderjarigen en eenzame opsluiting. Daarmee lijkt mij een gedwongen verdwijning een voldoende afgebakend gebied. Wel moet het argument van de glijdende schaal serieus genomen worden daar waar de grens

27 IAHRM 25 november 2000, *Bámaca Velásquez t. Guatemala*, para. 179. Zie ook: IAHRM 29 november 2006, *La Cantuta t. Peru*, para. 120. Een voorbeeld van zo'n ontkenning is de zaak *Saramaka t. Suriname* waarin een schending werd geconstateerd omdat een stammengroep niet door de wet werd erkend als rechtssubject (IAHRM 28 november 2007, paras. 166 en 167).

28 IAHRM 25 november 2000, *Bámaca Velásquez t. Guatemala*, *concurring opinion* van rechter García Ramírez.

29 IACieRM 7 april 1998, *Samuel de la Cruz Gómez t. Guatemala*, rapport nr. 11/98 (zaak 10.606).

tussen een gedwongen verdwijning en andere ernstige schendingen van het recht op vrijheid minder scherp valt vast te stellen.

Ten tweede moet in dit kader ook worden opgemerkt dat staten rechten niet alleen in theorie maar ook in de praktijk behoren te beschermen en effectief toe te passen. Het feit dat het recht op erkenning door de wet de staat verbiedt om iemand op wettelijke gronden zijn of haar juridische persoonlijkheid te ontzeggen heeft als logisch noodzakelijk gevolg dat de staat dit niet feitelijk toch kan doen.³⁰ Het is dan ook belangrijk dat het Comité de beslissing heeft genomen om het recht op erkenning door de wet niet langer alleen *de jure* inhoud te geven maar dit recht ook van toepassing acht op de feitelijke situatie waarin een verdwenen persoon zich bevindt.

Ten derde vind ik het argument dat de dood het menszijn opheft niet overtuigend in de context van verdwijningen. Bij de overgrote meerderheid van verdwijningszaken waarin een rechtsvermoeden van overlijden is vastgesteld is er namelijk onzekerheid omtrent de tijd die is verstreken tussen de vrijheidsberoving en de vermeende dood. Wel moet worden opgemerkt dat in het hier besproken oordeel het Comité niet was gevraagd om uitspraak te doen over een schending van het recht op leven. Dit is een belangrijk verschil met de klachten die het IAHRM heeft behandeld, nu klagers in deze zaken tot nu toe wel hebben gesteld dat dit recht was geschonden (zie ook onder 10).

De overweging van het Comité overdenkend

9. Met dit oordeel heeft het Comité een duidelijke *de facto* bescherming afgeleid uit artikel 16 IVBPR in het geval van gedwongen verdwijningen. Hoewel ik dit oordeel onderschrijf, zou ik twee kanttekeningen willen plaatsen. Ten eerste verwijst het Comité meteen na de uiteengezette toets naar drie internationale instrumenten: de VN-Verklaring inzake gedwongen verdwijningen (1992); het Statuut van het Internationaal Strafhof; en het VN-Verdrag tegen gedwongen verdwijningen. Het Statuut van het Internationaal Strafhof beschouwt een gedwongen verdwijning, indien gepleegd binnen een wijdverbreide of stelselmatige aanval gericht tegen een burgerbevolking, als misdrijf tegen de menselijkheid. Het VN-Verdrag tegen gedwongen verdwijningen is eind 2006 aangenomen door de Algemene Vergadering van de VN en is het eerste bindende internationale verdrag specifiek gericht op de bescherming tegen gedwongen verdwijningen.

De verwijzing naar de VN-Verklaring onderbouwt duidelijk de conclusie van het Comité aangezien deze verklaring het recht op erkenning door de wet expliciet noemt als betrokken recht. De twee laatste verdragen worden genoemd omdat de daarin gegeven definities van een gedwongen verdwijning refereren aan het feit dat de verdwenen persoon geen rechtsbescherming heeft.³¹ De verwijzing naar deze twee verdragen roept vragen op, omdat het

30 M.F. Pérez Solla, *Enforced Disappearances in International Human Rights*, Jefferson: McFarland & Company, Inc., Publishers 2006, p. 90.

31 VN-Mensenrechtencomité 16 augustus 2007, *Messaouda Grioua t. Algerije* (comm. nr. 1327/2004), para. 7.8. Het Comité 'also recalls that article 7, paragraph 2 (i), of the Rome Statute of the International Criminal Court, recognizes that the "intention of removing [persons] from the protection of the law for a prolonged period of time" is an essential element in the definition of enforced disappearance. Lastly, article 2 of the International

geenszins vanzelfsprekend is dat de *de facto* situatie van een gedwongen verdwijning, en de daarmee gepaard gaande afwezigheid van rechtsbescherming, kan worden gelijkgesteld met een schending van het recht op erkenning door de wet. Zoals we hebben gezien is dit nu juist waartegen het IAHRM zich verzet. Hierin staat dit Hof niet alleen; ook sommige commentatoren menen dat er een wezenlijk onderscheid is tussen 'removing someone from the protection of the law' (het ontzeggen van rechtsbescherming) en iemand zijn recht op erkenning door de wet ontnemen.³² Deze verwijzing zie ik dan ook meer als een bevestiging van de zienswijze van het Comité dat deze twee rechtsbegrippen onder bepaalde omstandigheden aan elkaar kunnen worden gelijkgesteld. Deze bevestiging past in het plaatje van de tweeledige toets. Het Comité legt daarin nadruk op de belemmering van de toegang tot rechtsbescherming van de familieleden en de daaruit voortvloeiende afwezigheid van toegang tot een rechtsgang voor de verdwenen persoon.

10. Ten tweede vraag ik mij af of in de conclusie van het Comité heeft meegespeeld dat verzoekster geen klacht heeft ingediend ten aanzien van artikel 6 IVBPR (recht op leven). Het is niet ongebruikelijk dat klagers in verdwijningszaken de staat verantwoordelijk stellen voor de vermeende dood van de verdwenen persoon. Verschillende mensenrechtenorganen hebben dan ook vastgesteld dat er vermoed moet worden dat het slachtoffer om het leven is gebracht wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Omstandigheden waaraan gewicht gegeven is bestaan onder andere uit: het onomstotelijk vaststaan dat de persoon door de staat in detentie is genomen; de aanwezigheid van levensbedreigende omstandigheden; de lengte van de periode (denk hierbij aan jaren) waarin geen nieuws van de persoon is vernomen; en het bestaan van een cultuur van straffeloosheid. Het profiel van de verdwenen persoon kan ook in de overweging gewicht toebedeeld krijgen.³³

Dat verzoekster in deze zaak artikel 6 IVBPR niet heeft ingeroepen impliceert dat zij veronderstelt dat haar zoon nog in leven is. Dit uitgangspunt lijkt een constatering van een schending van artikel 16 IVBPR te vergemakkelijken. Immers, als hij nog in leven is dan heeft hij zeker wettelijke persoonlijkheid. Hoewel deze omstandigheid niet expliciet is opgenomen in de tweeledige toets in de onderhavige zaak, blijkt uit de *concluding observations* ten aanzien van Israël en Algerije dat hier wel degelijk rekening mee wordt gehouden. Dit kan mogelijk gevolgen hebben voor de reikwijdte van dit oordeel. Zal alleen een schending van het recht op erkenning door de wet aangenomen worden als vermoed wordt dat de persoon nog steeds leeft? Moeten verzoekers als gevolg hiervan kiezen tussen een schending van artikel 6 IVBPR of artikel 16 IVBPR? Of kunnen ook beiden worden geschonden als bijvoorbeeld een aantal jaren is verstreken zonder nieuws en kan worden aangenomen dat de persoon niet meteen

Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance mentions that enforced disappearance places the person concerned outside the protection of the law.'

32 Nowak 2005 (*supra* note 18), p. 374.

33 Zie e.g. EHRM 13 juni 2000, *Timurtas t. Turkije*, 2000-VI Eur. Ct. H.R. 303, paras. 82-86; EHRM 5 April 2007, *Baysayeva t. Rusland*, paras. 112-121, nr. 74237/01; IAHRM 25 november 2000, *Bámaca Velásquez t. Guatemala*, paras. 167-175, Series C No. 70 [2000] IACHR7.

na de vrijheidsberoving van het leven is beroofd.³⁴ Dit laatste lijkt mij het meest wenselijk. Hoe dit zich zal uitwijzen in de jurisprudentie van het Comité zal nog moeten worden gezien.

34 De IACieHR heeft in verschillende zaken een schending van beide rechten aangenomen, zie e.g. IACieRM 16 oktober 1996, *Cruz Soza t. Guatemala, rapport nr 30/96* (zaak 10.897), para. 44-46 en IACieRM 7 april 1998, *Samuel de la Cruz Gómez t. Guatemala, rapport nr. 11/98* (zaak 10.606), para. 48-49.