

HET EUROPEES VERDRAG VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS: EEN BIJZONDERE VORM VAN INTERNATIONAAL RECHT?

Frédéric Vanneste *

Samenvatting | In deze bijdrage wordt ingegaan op de vraag in hoeverre het EVRM naar het oordeel van het EHRM een bijzondere vorm van internationaal recht vormt en in welke mate de benadering van het EHRM bijdraagt tot een mogelijke versplintering van het internationaal recht. Om die vraag te beantwoorden wordt achtereenvolgens stilgestaan bij de vraag of en op welke wijze het Straatsburgse Hof aan het EVRM een bijzondere status binnen het internationaal recht toekent, wat de concrete implicaties van de vaststelling van die bijzondere status van het EVRM zijn voor de mogelijkheid om het verdrag te wijzigen en wat die bijzondere status van het EVRM betekent voor de verhouding tussen het EVRM en andere fundamentele internationale regels.

Trefwoorden | EVRM, EHRM, internationaal recht, fragmentatie

1 Inleiding

De eenheid van de bestaande internationale rechtsorde staat volgens een aantal rechtsgeleerden onder druk.¹ 'Human rightism' zou daartoe bijdragen.² De term, die op het eerste gezicht suggereert dat er sprake is van een nieuwe ideologie (denk maar aan andere '-ismes' zoals het communisme, het kapitalisme, het fascisme, het socialisme, het liberalisme enz.), wordt in de rechtsleer vooral gebruikt om de talrijke juridische specialiteitsclaims van het internationaal recht van de mensenrechten in vraag te stellen. De regel dat een specifieke regel mag afwijken van de algemene ('*lex specialis derogat legi generali*') zou al te vaak ten onrechte gebruikt worden om het algemeen internationaal recht niet te moeten toepassen. In de ogen van vele traditionele internationalisten leidt dit niet alleen tot 'wishful thinking', maar werkt dit fenomeen de versplintering van het internationaal recht in de hand.

- Dr. F. Vanneste is auditeur bij de Belgische Raad van State en vrijwillig wetenschappelijk medewerker aan de K.U. Leuven. Deze bijdrage is grotendeels gebaseerd op een eerder gepubliceerd proefschrift. Voor een uitvoerige analyse en verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer zie F. Vanneste, *General International Law before Human Rights Courts*, Antwerp-Oxford: Intersentia 2010, 625 pp.
- 1 P.-M. Dupuy, 'The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice', 31 *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.* 1999, 791-807; P.-M. Dupuy, 'L'unité de l'ordre juridique international. Cours general de droit international public', *Recueil des Cours* 2002, The Hague, Vol. 297, 485 p.; A. Fischer-Lescanoo en G. Teubner, 'Regime-collisions: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law', 25 *Michigan Journal of International Law* 2004, 999-1046; G. Hafner, 'Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law', 25 *Michigan Journal of International Law* 2004, 849-863; ILC (Koskenniemi Report), *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law at the Fifty Eight Session of the International Law Commission: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law* 2006, UN doc. A/CN.4/L.682, 256 p. (beschikbaar op <http://untreaty.un.org/ilc/sessions/58/58docs.htm>); M. Koskenniemi en P. Leino 'Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties', 15 *Leiden Journal of International Law* 2002, 553-579; J. Pauwelyn, 'Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands', 25 *Michigan Journal of International Law* 2004, 903-917; B. Simma, 'Fragmentation in a positive light', 25 *Michigan Journal of International Law* 2004, 845-847.
- 2 A. Pellet, 'Droits-de-l'homme et droit international', Conférence commémorative Gilberto Amado, *Italian Yearbook of International Law* 2000, 13.

Het EVRM: een bijzondere vorm van internationaal recht?

In deze bijdrage wordt dieper ingegaan op de vraag in hoeverre het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) volgens het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM) een bijzondere vorm van internationaal recht uitmaakt en in welke mate de benadering van het EHRM bijdraagt tot de versplintering van het internationaal recht. In dat verband zijn eigenlijk verschillende vragen relevant: heeft het EVRM volgens het Straatsburgse Hof een bijzondere status in het internationaal recht (§ 2), wat zijn de concrete implicaties van de vaststelling van de bijzondere status van het EVRM voor de mogelijkheid om het verdrag te wijzigen (§ 3) en wat betekent de bijzondere status van het EVRM voor de verhouding tussen het EVRM en andere fundamentele internationale regels (§ 4)?

2 Constitutioneel instrument van een Europese publieke orde

Om de bijzondere status van het EVRM te begrijpen, dient in eerste instantie onderzocht te worden wat het EHRM heeft gezegd over de status van het EVRM in het internationaal recht. Om deze zoektocht correct te begrijpen, dient eerst aandacht te worden gegeven aan de idee dat het EVRM een bedreiging vormt voor het klassieke soevereiniteitsdenken van het internationaal recht. Daarna kan ingegaan worden op de bijzondere omschrijving die het EHRM hanteert.

2.1 Een beperkte aantasting van het soevereiniteitsdenken

Het klassieke internationale recht is traditioneel gestoeld op de soevereiniteit en de gelijkheid van staten. De vraag rijst dan ook of het EVRM in een dergelijk kader kan worden ingepast of eerder een nieuw paradigma inluidt voor het internationaal recht. Een genuanceerd antwoord dringt zich op. Friedman schreef reeds in 1964 dat de inwerkingtreding van het EVRM 'een revolutionaire vooruitgang voor de rechtspositie van het individu' betekende.³ Hij benadrukte daarbij het belang van de oprichting van het EHRM: het feit dat een individu voor het eerst klacht kon indienen voor de schending van zijn rechten voor een supranationaal hof was in zijn ogen een belangrijke inperking van de absolute soevereiniteit van de staat.⁴ Als men het EVRM vanuit dat historisch perspectief bekijkt, kan men terecht besluiten dat het EVRM wel degelijk een bijzondere vorm van internationaal recht is, althans in de mate dat op basis van dat verdrag het individu zijn rechten kan laten gelden tegen zijn eigen lidstaat. Deze vaststelling moet evenwel in het juiste perspectief worden geplaatst: de soevereiniteit van de staat wordt slechts beperkt in de mate dat de staat er zelf voor kiest om partij te worden bij het EVRM en de rechtsmacht van het EHRM te erkennen.⁵ Het EVRM blijft aldus een verdrag dat in principe onderhevig is aan het verdragenrecht: zonder instemming van de staat is een staat niet gebonden

3 W. Friedman, *The Changing Structure of International Law*, London: Stevens & Sons 1964, 244. Zie over dit onderwerp ook de bijdrage van Kamminga aan deze bundel.

4 *Ibidem*: 'The right of an individual to bring complaints, culminating in the compulsory jurisdiction by a supranational court, against violations of his or her rights by a State, is a derogation from the principle of absolute State sovereignty with regard to nationals'.

5 Sinds 1 november 1998 is het individueel klachtrecht bij het EHRM zelfs verplicht voor de verdragspartijen bij het EVRM.

Vanneste

door dit verdrag. Een lidstaat kan bovendien voorbehouden formuleren⁶ of ervoor kiezen om zich terug te trekken uit het verdrag.⁷

2.2 Een bijzonder verdrag verdient een bijzondere omschrijving

Al snel is gebleken dat het EHRM van oordeel is dat het EVRM een 'bijzonder' verdrag is dat niet noodzakelijk beantwoordt aan de klassieke opvattingen over verdragen. Ten tijde van de codificatie van de Weens Verdrag over het Verdragenrecht (hierna: WVV) opperde het bijvoorbeeld dat het EVRM een 'law-making treaty' is, terwijl het goed wist dat deze term met opzet vermeden werd in het WVV.⁸ In feite heeft het EHRM doorheen de jaren geprobeerd om de speciale status van het EVRM te duiden door te verwijzen naar klassieke maar controversiële concepten uit het algemeen internationaal recht. Het verwijst niet alleen naar de term 'law-making treaties',⁹ maar bijvoorbeeld ook naar (sommige bepalingen van) het EVRM als de weergave van 'algemene rechtsbeginselen'¹⁰ of als *jus cogens*.¹¹ In de recente rechtspraak kiest het EHRM er meestal voor om het EVRM te omschrijven als een 'constitutioneel instrument van de Europese publieke orde'.¹² De vraag rijst dan ook welke de ideale omschrijving is om de bijzondere status van het EVRM te omschrijven.

Het EHRM verwijst veelvuldig naar de term 'law-making treaties' ('traité-loi').¹³ Deze term heeft het voordeel dat hij aantoont dat het EVRM een objectief karakter heeft en in contrast staat met de idee van een louter contractuele verplichting tussen partijen ('traité-contrat'). Het is inderdaad in het gemeenschappelijk belang van de lidstaten dat de mensenrechten nageleefd worden. Bij de interpretatie van het EVRM moet dus niet zozeer rekening worden gehouden met de individuele belangen van de verwerende staat.¹⁴ Het nadeel van deze term is echter

6 Art. 57 EVRM.

7 Art. 58 EVRM.

8 EHRM 27 juni 1968, *Series A* No. 7 (Wemhoff/BRD), § 8: 'Given that it is a law-making treaty, it is also necessary to seek the interpretation that is most appropriate in order to realise the aim and achieve the object of the treaty, not that which would restrict to the greatest possible degree the obligations undertaken by the Parties.'

9 Zie bijvoorbeeld EHRM 18 januari 1978, *Series A* No. 25 (Ierland/Verenigd Koninkrijk), § 239; EHRM 7 juli 1989, *Series A* No. 161 (Soering/Verenigd Koninkrijk), § 86.

10 Zie bijvoorbeeld EHRM 21 februari 1975, *Series A* No. 18 (Golder/Verenigd Koninkrijk), § 35; EHRM (GK) 29 april 2002, *Reports* 2002-III (Pretty/Verenigd Koninkrijk), § 61; EHRM(GK) 21 maart 2001, *Reports* 2001-II (K.H.W./Duitsland), § 106.

11 Zie bijvoorbeeld EHRM (GK) 21 november 2001, *Reports* 2001-X (Al-Adsani/Verenigd Koninkrijk), m.b.t. het folterverbod; EHRM 12 juli 2007, appl. no. 74613/01 (Jorgic/Duitsland), § 66-72, m.b.t. het verbod van genocide.

12 EHRM 23 maart 1995, *Series A* No. 310 (Loizidou/Turkije, Preliminary Objections), § 76-77; EHRM (GK) 10 mei 2001, *Reports* 2001-IV (Cyprus/Turkije), § 78; EHRM (GK), 12 december 2001, *Reports* 2001-XII (Bankovic/België en 16 andere staten), § 57; EHRM (GK) 30 juni 2005, *Reports* 2005-VI (Bosphorus/Ierland) § 156.

13 Zie bijvoorbeeld EHRM 18 januari 1978, *Series A* No. 25 (Ierland /Verenigd Koninkrijk), § 239; EHRM, 7 juli 1989, *Series A* No. 161 (Soering/Verenigd Koninkrijk), § 86.

14 EHRM 18 januari 1978, *Series A* No. 25 (Ierland/Verenigd Koninkrijk), § 239: '[u]nlike international treaties of the classic kind, the Convention comprises more than mere reciprocal engagements between Contracting States. It creates, over and above a network of mutual, bilateral undertakings, objective obligations which, in the words of the Preamble, benefit from a 'collective' enforcement [...] by virtue of Article 24, the Convention allows Contracting States to require the observance of those obligations without having to justify an interest deriving, for example, from the fact that a measure they complain of has prejudiced one of their own nationals. By substituting the words 'shall secure' for the words 'undertake to secure' in the text of Article 1, the drafters of the

Het EVRM: een bijzondere vorm van internationaal recht?

dat hij niet verklaart waar dergelijke verdragen in de hiërarchie der normen staan. De term verklaart evenmin of dergelijke verdragen of de onderliggende normen bindend kunnen zijn voor staten die geen partij zijn bij het verdrag.

In tegenstelling tot het Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: IAHRM) verwijst het EHRM dan weer weinig naar *jus cogens* om de status van het EVRM of bepaalde artikelen ervan te omschrijven. Het aarzelt zelfs om bepaalde regels als *jus cogens* te bestempelen en lijkt dat enkel te willen doen als reeds onomstotelijk vaststaat dat een bepaald algemeen rechtsbeginsel die status heeft.¹⁵ Bovendien heeft het EHRM de term zelden tot nooit gebruikt om andere juridische regels aan de kant te schuiven of om derde landen erop te wijzen dat ze gebonden zouden zijn door het EVRM of de onderliggende beginselen. *Al-Adsani t. Verenigd Koninkrijk* is een typisch voorbeeld van deze terughoudende benadering ten aanzien van *jus cogens*.¹⁶ Deze houding is verdedigbaar. Hoewel er niet ontkend kan worden dat de term bestaat en zelfs in bepaalde verdragen opduikt, rijst inderdaad de vraag of het concept *jus cogens* voor een regionaal verdrag in zijn totaliteit werkbaar is. Het is delicaat voor een regionaal hof om te stellen dat een regionale norm de universele status van *jus cogens* heeft bereikt. Daarenboven lijkt het onnodig om te stellen dat elke met het EVRM strijdige (nationale of internationale) bepaling nietig is. Aangezien het soms moeilijk is om de precieze draagwijdte van de bepalingen van het EVRM te bepalen, is het waarschijnlijk beter om te stellen dat een norm die strijdig is met een mensenrechtenbepaling niet toegepast mag worden. Een norm vernietigen heeft terugwerkende kracht en dit lijkt nogal problematisch als men aanvaardt dat mensenrechtennormen kunnen evolueren. Wat vandaag aanvaardbaar is, is dat morgen niet noodzakelijk. Het zou daarom verkeerd zijn om morgen te argumenteren dat wat vandaag gebeurt, nooit aanvaardbaar is geweest.¹⁷

Mijns inziens kan best verwezen worden naar 'een regionale publieke orde gebaseerd op algemene rechtsbeginselen' om het EVRM te omschrijven. Twee componenten moeten dan verduidelijkt worden: algemene rechtsbeginselen en regionale publieke orde.

In feite kan vastgesteld worden dat het EVRM onderliggende algemene rechtsbeginselen concretiseert. De bepalingen van het verdrag moeten dan ook geïnterpreteerd en toegepast worden in het licht van de onderliggende algemene beginselen. Dit wordt niet alleen door het

Convention also intended to make it clear that the rights and freedoms set out in Section I would be directly secured to anyone within the jurisdiction of the Contracting States'.

15 Dit contrasteert sterk met de rechtspraak van het Inter-Amerikaans Hof dat niet aarzelt om een bepaling als *jus cogens* te bestempelen. Zie bijvoorbeeld IAHRM, 29 november 2006, *Series C* No. 162 (La Cantuta/Peru), § 160 (i.v.m. het recht op toegang tot een rechter) en IAHRM, *Juridical Status and Rights of Undocumented Migrants*, Advisory Opinion OC-18/03 van 17 september 2003, *Series A* No. 18 (i.v.m. het gelijkheid en non-discriminatiebeginsel).

16 EHRM (GK) 21 november 2001, *Reports* 2001-X (Al-Adsani/Verenigd Koninkrijk). In dat arrest stelt het EHRM dat het folterverbod weliswaar de status van *jus cogens* heeft bereikt, maar het weigert te erkennen dat dit betekent dat dit verbod een *jus cogens* verplichting inhoudt om een burgerlijke schadevergoeding toe te kennen. Een staat is aldus niet verplicht om de immuniteit van een andere staat op te heffen in een burgerlijke zaak die het gevolg is van daden die als foltering worden beschouwd. Hoewel dit arrest eigenlijk vooral een beperkte interpretatie is van het folterverbod, kan men zich niet van de indruk ontdoen dat het EHRM geen beroep heeft willen doen op het concept *jus cogens* om een normenconflict (tussen het folterverbod en de regels inzake staatsimmuniteit) op te lossen. Dit contrasteert sterk met de redenering van de minderheid van 8 rechters in deze zaak.

17 Vgl. met artikel 64 WVV en 72, § 2 WVV i.v.m. *jus cogens superveniens*.

Vanneste

EHRM,¹⁸ maar ook door andere internationale hoven zoals het IAHRM bevestigd.¹⁹ Dit verklaart ook waarom bijvoorbeeld het EVRM en het Inter-Amerikaans Verdrag voor de rechten van de mens (hierna: AVR) soms verschillende bepalingen hebben voor hetzelfde onderliggende algemene rechtsbeginsel. Hoewel de bepaling niet mag botsen met het algemeen rechtsbeginsel, blijft er voldoende ruimte om dit rechtsbeginsel op een verschillende manier te concretiseren. De verwijzing naar algemene rechtsbeginselen toont aan dat mensenrechten een kern hebben, maar ook afgeleide rechten die van continent tot continent en zelfs van Staat tot Staat kunnen verschillen. Deze benadering is evenwel niet onproblematisch. Het is niet duidelijk hoe dergelijke algemene rechtsbeginselen erkend kunnen worden. In mijn opvatting zijn bij gebrek aan een duidelijke verdragstekst (internationale) rechtbanken of hoven het best geplaatst om bestaande algemene rechtsbeginselen te erkennen. Dit moeten ze doen op basis van de bestaande mensenrechtenverdragen, de praktijk van Staten en rekening houdend met het bestaande wetenschappelijk onderzoek, de publieke opinie en de rechtsleer. In feite moeten ze op zoek gaan naar de bestaande *opinio juris*. Een dergelijke benadering vindt steun bij de meeste auteurs, al zijn er bepaalde auteurs die liever het concept van mensenrechtelijk gewoonterecht gebruiken. Mensenrechtenhoven verwijzen evenwel (bijna) nooit naar het gewoonterecht om de status van mensenrechten te omschrijven.

Het begrip 'regionale publieke orde' is ook belangrijk. Het verwijst vooreerst naar de idee dat de onderliggende principes, of op zijn minst sommige onderliggende principes, een dwingend en objectief karakter hebben. Ze beschermen het gemeenschappelijk belang en niet enkel het afzonderlijke belang van elke lidstaat. Bovendien verwijst deze term naar de superieure plaats van de mensenrechtennormen in de hiërarchie der normen zonder dat daaraan noodzakelijk dezelfde drastische consequenties als bij *jus cogens* worden verbonden. Men kan stellen dat strijdige bepalingen niet toepasbaar zijn en vereisen dat de Staat de situatie rechtzet. Ten slotte verwijst de term naar de interactie tussen het regionale en universele niveau: het EVRM is de regionale expressie van algemene (universele) rechtsbeginselen. De vaststelling van het EHRM dat het EVRM een 'constitutioneel instrument van een Europese publieke orde'²⁰ is, is mijns inziens dan ook de beste verwoording van de speciale status van het EVRM in de internationale rechtsorde. Dit betekent evenwel niet dat daarmee alle mogelijke conflicten tussen het EVRM en andere internationale normen opgelost zijn. Het EVRM wordt weliswaar als een bijzonder verdrag beschouwd met dwingende bepalingen, maar het regionaal en speciale²¹ karakter ervan noopt het EHRM tot een pragmatische houding wanneer het erop aankomt de verhouding met andere fundamentele regels van internationaal recht te beoordelen (zie verder § 4).

18 Zie bijvoorbeeld EHRM 21 februari 1975, *Series A* No. 18 (Golder/Verenigd Koninkrijk), § 35; EHRM (GK) 29 april 2002, *Reports* 2002-III (Pretty/Verenigd Koninkrijk), § 61; EHRM (GK) 21 maart 2001, *Reports* 2001-II (K.H.W./Duitsland), § 106.

19 Zie bijvoorbeeld IAHRM, *Juridical Status and Rights of Undocumented Migrants*, Advisory Opinion OC-18/03 van 17 september 2003, *Series A* No. 18, § 54; IAHRM 28 februari 2003, *Series C* No. 98 (the Case of 'Five Pensioners'), § 156; IAHRM 7 september 2001, *Series C* No. 85 (Caso Cantos/Argentina, Preliminary Objections) § 37; IAHRM 29 juli 1988, *Series C* No. 4 (Velasquez Rodriguez/Honduras), § 184.

20 EHRM 23 maart 1995, *Series A* No. 310 (Loizidou/Turkije, Preliminary Objections), § 76-77; EHRM (GK) 10 mei 2001, *Reports* 2001-IV (Cyprus/Turkije), § 78; EHRM (GK) 12 december 2001, *Reports* 2001-XII (Bankovic/België en 16 andere lidstaten), § 57; EHRM (GK) 30 juni 2005, *Reports* 2005-VI (Bosphorus/Ierland), § 156.

21 In de zin van het speciaal voorwerp van het verdrag, met name de bescherming van de rechten van de mens.

3 Een bijzonder moeilijk te wijzigen verdrag

De vraag rijst wat de vaststelling dat het EVRM een 'constitutioneel instrument van een Europese publieke orde' is, betekent voor de mogelijkheid voor de lidstaten om het EVRM te wijzigen. De praktijk heeft geleerd dat staten nieuwe substantiële rechten kunnen erkennen door een protocol bij het EVRM te tekenen en te ratificeren. Ook institutionele bepalingen van het EVRM kunnen geamendeerd worden door een protocol, op voorwaarde dat alle lidstaten ermee instemmen.²² De vraag blijft evenwel of en hoe de substantiële rechten gewijzigd kunnen worden. Zou men bijvoorbeeld kunnen argumenteren dat het folterverbod of het recht op privacy afgeschaft of beperkt wordt door de opkomst van een nieuwe gewoonterechtelijke regel of door een nieuw verdrag tussen lidstaten? Als men uitgaat van een voluntaristische lezing van de regels van het WVV zou dat mogelijk moeten zijn.²³

De rechtspraak van het EHRM leert dat er wel degelijk een speciale benadering is ten aanzien van de vraag hoe het EVRM kan worden gewijzigd. Het EHRM lijkt te vereisen dat wordt aangetoond dat er een nieuwe dwingende Europese regel is ontstaan die bewijst dat het EVRM gewijzigd is. Deze benadering lijkt geïnspireerd op artikel 53 WVV, dat bepaalt dat een dwingende norm van algemeen volkenrecht slechts gewijzigd kan worden door een latere norm van dezelfde aard.²⁴ Voor wat het EVRM betreft, rijst de vraag of dit betekent dat de instemming van alle lidstaten moet worden aangetoond. Reeds in *Soering t. Verenigd Koninkrijk* (1989) heeft het EHRM aangenomen dat de praktijk van de lidstaten kan aantonen dat er een akkoord is om artikel 2 EVRM, dat de doodstraf in bepaalde omstandigheden aanvaardt, te wijzigen en de doodstraf af te schaffen.²⁵ In *Öcalan t. Turkije* (2005) heeft het EHRM echter geweigerd om te verduidelijken of er sprake was van een stilzweigend akkoord om artikel 2 EVRM te wijzigen. Deze terughoudendheid valt te verklaren door het feit dat een aantal lidstaten Protocol n° 6 (afschaffing van de doodstraf in vreedstijd) en Protocol n° 13 (afschaffing van de doodstraf in alle omstandigheden) niet geratificeerd had en dit als een tegenindicatie voor een akkoord kon worden beschouwd.²⁶ In *Al-Saadoon en Mufdhi t. Verenigd Koninkrijk* (2010) gaat het EHRM wel een stap verder: het geeft aan dat artikel 2 EVRM gewijzigd is, terwijl twee Staten Protocol n° 13 nog niet hebben getekend.²⁷ Het arrest verduidelijkt evenwel niet helemaal of het EHRM

22 Zie bijvoorbeeld Artikel 4 van Protocol n° 11 en artikel 19 van Protocol n° 14.

23 Zie artikel 30, 39-41 WVV.

24 Artikel 53 van het WVV omschrijft een dwingende norm van algemeen volkenrecht (*jus cogens*) als 'een norm die aanvaard en erkend is door de internationale gemeenschap van staten in haar geheel als een norm waarvan geen afwijking is toegestaan en die slechts kan worden gewijzigd door een latere norm van algemeen volkenrecht van dezelfde aard'.

25 EHRM 7 juli 1989, *Series A* No. 161 (*Soering/Verenigd Koninkrijk*), § 103: 'subsequent practice in national penal policy, in the form of a generalized abolition of capital punishment, could be taken as establishing the agreement of the Contracting States to abrogate the exception provided [in the ECHR].'

26 EHRM (GK) 12 mei 2005, *Reports* 2005-IV (*Öcalan/Turkije*), § 162.

27 EHRM 2 maart 2010, appl. no. 61498/08 (*Al-Saadoon & Mufdhi/Verenigd Koninkrijk*), § 120: 'It can be seen, therefore, that the Grand Chamber in *Öcalan* did not exclude that Article 2 had already been amended so as to remove the exception permitting the death penalty. Moreover, as noted above, the position has evolved since then. All but two of the Member States have now signed Protocol No. 13 and all but three of the States which have signed have ratified it. These figures, together with consistent State practice in observing the moratorium on capital punishment, are strongly indicative that Article 2 has been amended so as to prohibit the death penalty in all circumstances. Against this background, the Court does not consider that the wording of the second sentence

Vanneste

ervan uitgaat dat deze twee staten de nieuwe regel intussen door hun gedrag stilzwijgend hebben aanvaard of dat het eerder de mening is toegedaan dat niet alle staten met de wijziging moeten instemmen. De zaak is aanhangig gemaakt bij de Grote Kamer, zodat dit punt misschien verhelderd zal worden. Deze zaken tonen alvast aan dat het EHRM de lat bijzonder hoog legt om een stilzwijgende wijziging te aanvaarden.

Indien het ontstaan van een nieuwe dwingende Europese regel evenwel niet bewezen kan worden, zullen zowel de latere als de vroegere internationale regels in overeenstemming moeten zijn met het EVRM. Ook dit is een bijzondere benadering, die op basis van het dwingend karakter van het EVRM een afwijking verantwoordt van het WVV en de *lex posterior* regel. Deze regel werd duidelijk verwoord in *M & Co t. Verenigd Koninkrijk*²⁸ en *Slivenko t. Litouwen*.²⁹ In de eerste beslissing overwoog de toenmalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens dat ook verdragen gesloten *na* de inwerkingtreding van het EVRM in overeenstemming met het EVRM moeten zijn: 'wanneer een staat een verdragsverplichting [*in casu* het EVRM] aanneemt en daarna een ander internationaal verdrag ondertekent die de staat verhindert om zijn eerdere verplichtingen na te komen, zal de staat aansprakelijk zijn voor de schending van de verplichtingen onder het eerdere verdrag. [...] Indien dit niet *zo* zou zijn, zouden de waarborgen van het EVRM doelbewust beperkt kunnen worden en het dwingend karakter ervan aantasten.'³⁰ In de tweede zaak, *Slivenko t. Litouwen*, argumenteert het EHRM dat de verdragen die *vóór* de inwerkingtreding van het EVRM werden afgesloten ook compatibel moeten zijn met het EVRM. Het EHRM overweegt dat elke rechtsregel, ook de internationale verdragen die de staat voor de inwerkingtreding van het EVRM heeft afgesloten, in overeenstemming met het EVRM moet worden toegepast.³¹ Enkel indien de staat bij de ratificatie een voorbehoud heeft gemaakt bij sommige artikelen omwille van het bestaan van bepaalde internationale verdragen waardoor het gebonden is, zal het eerdere internationale verdrag de voorkeur genieten. Deze benadering maakt duidelijk dat het EHRM niet argumenteert dat verdragen die strijdig zijn met het EVRM nietig zijn (zoals bij *jus cogens* het geval is). Het beperkt er zich toe om te argumenteren dat strijdige internationale bepalingen niet toegepast kunnen worden.

Rest de vraag of dit betekent dat men kan terugkomen op in het EVRM vastgelegde rechten. Of anders gesteld: kan de bescherming van de rechten van de mens terugschroefd worden? Artikel 53 EVRM is de enige bepaling die in dat verband enigszins relevant zou kunnen zijn. Volgens dat artikel kan geen bepaling van het EVRM worden uitgelegd als zou het beperkingen opleggen of inbreuk maken op de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden die verzekerd kunnen worden ingevolge de wetten van enige Hoge Verdragsluitende Partij of

of Article 2 § 1 continues to act as a bar to its interpreting the words 'inhuman or degrading treatment or punishment' in Article 3 as including the death penalty [...].'

28 ECRM 9 februari 1990, DR 64 (M & Co/Verenigd Koninkrijk), 138.

29 EHRM (GK) 23 januari 2002, Reports 2002-II (Slivenko/Litouwen), § 60-62.

30 EHRM 9 februari 1990, DR 64 (M & Co/Verenigd Koninkrijk), 138: 'if a State contracts treaty obligations and subsequently concludes another international agreement which disables it from performing its obligations under the first treaty it will be answerable for any resulting breach of its obligations under the earlier treaty. [...] Otherwise the guarantees of the Convention could wantonly be limited or excluded and thus be deprived of their peremptory character'. Dit werd bevestigd door latere rechtspraak. Zie bijvoorbeeld EHRM (GK) 18 februari 1999, Reports 1999-I (Matthews/Verenigd Koninkrijk), § 29-34, EHRM (GK) 30 juni 2005, Reports 2005-VI (Bosphorus/Ierland), § 154; EHRM 2 maart 2010, appl. no. 61498/08 (Al-Saadoon en Mufhdi/Verenigd Koninkrijk), § 128 en § 138.

31 EHRM (GK) 23 januari 2002, Reports 2002-II (Slivenko/Litouwen), § 60-62.

Het EVRM: een bijzondere vorm van internationaal recht?

ingevolge enig ander Verdrag waarbij de Hoge Verdragsluitende Partij partij is. Merk op dat er niet bepaald wordt wanneer het 'ander Verdrag' getekend of geratificeerd moet zijn (voor of na de inwerkingtreding van het EVRM). Hieruit kan men afleiden dat een wijziging van het EVRM of een nieuwe bepaling bij het EVRM geen beperking zal mogen inhouden van de overlappende bepalingen in andere (universele) mensenrechtenverdragen. Daarom lijkt het slechts mogelijk om een substantieel artikel van het EVRM te wijzigen (in de zin van de bescherming beperken) voor zover dit niet in strijd is met het algemeen rechtsbeginsel waarvan het de weergave is en welke ook in de analoge universele mensenrechtenverdragen is neergelegd. Vandaar ook het belang om te benadrukken dat het EVRM de weergave is van algemene rechtsbeginselen.

4 EVRM als *lex specialis* ten opzichte van algemene internationale regels

De vaststelling dat het EVRM een instrument van een Europese publieke orde is, betekent nog niet dat het EVRM door het EHRM beschouwd kan worden als een autonoom eiland dat zich niets hoeft aan te trekken van de andere fundamentele internationale regels of het algemeen internationaal recht.³² Een dergelijke houding zou immers de versplintering van het internationaal recht in de hand werken. Het EHRM erkent dat ook aangezien het veelvuldig heeft gesteld dat het EVRM 'as far as possible' in harmonie met de andere beginselen van het internationaal recht moet worden geïnterpreteerd.³³ Hiermee erkent het EHRM evenwel in één beweging dat het soms onmogelijk is om het EVRM te verzoenen met andere fundamentele of algemene regels van het internationaal recht. Men zou kunnen verwachten dat het EHRM in geval van een dergelijk conflict terugvalt op het feit dat het EVRM een instrument is van een Europese publieke orde om de algemene internationale regels terzijde te schuiven en voorrang te verlenen aan het EVRM. De vrees dat het EHRM de éénheid en de werkbaarheid van de internationale rechtsorde hierdoor in gevaar zou brengen, is op het eerste gezicht dus niet geheel onterecht.

32 De term 'algemeen internationaal recht' wordt zelden gedefinieerd. De rechtsleer wijst erop dat het een 'polysemantisch' concept is. In deze bijdrage wordt ervan uitgegaan dat de term enerzijds verwijst naar regels die in principe alle Staten binden omdat ze algemeen aanvaard zijn door de Staten (het is 'recht'), en anderzijds eraan herinnert dat die regels voor veralgemening vatbaar moeten zijn (het is 'algemeen' internationaal recht). Dit laatste betekent dat de regels als het ware het raamwerk vormen voor het internationaal recht. Er kan evenwel van deze regels afgeweken worden indien de Staten dit duidelijk kenbaar maken middels een verdrag of indien een Staat duidelijk maakt dat het niet wenst gebonden te worden door de zich ontwikkelende algemene regel (de zogenaamde 'persistent objection'). Dit laatste herinnert eraan dat het algemeen internationaal recht een *sui generis* concept is dat niet zomaar vergeleken kan worden met bestaande nationale concepten. In het nationale recht is het inderdaad niet mogelijk dat de subjecten van het recht zelf aangeven dat ze niet gebonden zijn door een bepaalde regel van publiek recht. Deze poging tot definiëring van 'algemeen internationaal recht' neemt evenwel niet weg dat het nog steeds niet eenvoudig is om te bepalen welke regels als regels van algemeen internationaal recht worden beschouwd. Om een objectief beoordelingscriterium te hanteren, wordt ervoor gekozen om in eerste instantie te vertrekken vanuit het Weens Verdrag inzake het verdragenrecht en de recente of nog op stapel staande codificaties van de International Law Commission (ILC). Voor meer uitleg zie F. Vanneste, *General International Law before Human Rights Courts*, Antwerp-Oxford: Intersentia 2010, p. 23-45.

33 'The [European] Convention [on Human Rights] should be interpreted as far as possible in harmony with other principles of international law of which it forms part.' Zie bijvoorbeeld EHRM (GK) 21 november 2001, *Reports* 2001-XI (Al Adsani/Verenigd Koninkrijk), § 56; EHRM 12 december 2001, *Reports* 2001-XII (Bankovic/België en 16 andere staten), § 57; EHRM 20 juni 2005, *Reports* 2005-VI (Bosphorus/Ierland) § 150.

Vanneste

Of om het met de woorden van de voormalige voorzitter van het Internationaal Gerechtshof Guillaume te zeggen: 'specialized courts are inclined to favour their own disciplines' and might be breaking up international law 'in such a way as to jeopardize its unity'.³⁴ Een analyse van de rechtspraak van het EHRM leert evenwel dat de verwijzing naar de status van het EVRM als instrument van een Europese publieke orde zelden tot nooit gebruikt wordt als een manier om mogelijke conflicten met andere fundamentele of algemene regels van algemeen internationaal recht te verduidelijken of op te lossen. Het EHRM kiest er eerder voor om de 'speciale' (of beter: specifieke of bijzondere aard) van de mensenrechten te benadrukken. Dit stelt het EHRM meestal in staat om duidelijk te maken dat het bestaande algemeen internationaal recht enkel maar verfijnt. De bestaande algemene regel kan terzelfdertijd met de 'specialere' (of beter: specifiekere) mensenrechtenregel worden toegepast. In dergelijke gevallen is het recht van de mensenrechten volledig in harmonie met het algemeen internationaal recht. Het EVRM staat dan niet op zichzelf, als een autonoom eiland, maar draagt bij tot een beter begrip van het algemeen internationaal recht. Slechts als dat onmogelijk is, zal het EHRM terugvallen op de *lex specialis* regel om af te wijken van de bestaande algemene internationale regels. De rechtspraak toont evenwel aan dat het EHRM dit slechts zal doen als er sprake is van een duidelijke en onbetwistbare *lex specialis*. In dergelijke gevallen zal de *lex specialis* quasi altijd duidelijk vastgelegd zijn in het EVRM.

4.1 Harmonie, geen autonomie

Er zijn talloze voorbeelden die aantonen dat het EHRM een harmonieuze relatie met het algemeen internationaal recht verkiest. Dat het in een aantal zeldzame gevallen het algemeen internationaal recht anders interpreteert en toepast dan het Internationaal Gerechtshof (hierna: IGH) in Den Haag betekent nog niet dat het aan 'human rightism' lijdt. Dit draagt weliswaar bij tot de *perceptie* dat het EHRM de versplintering van het algemeen internationaal recht in de hand werkt, maar dit betekent nog niet dat het dat ook effectief wil doen en daar ook daadwerkelijk toe bijdraagt. Het is immers niet denkbeeldig dat het EHRM meent dat zijn oplossing een betere weergave is van het huidig begrip van het algemeen internationaal recht in de gemeenschap van Staten ('the community of States as a whole'). Enkele voorbeelden kunnen dit illustreren.³⁵

4.1.1 Voorbehouden bij verdragen

De rechtspraak van het EHRM in verband met voorbehouden bij verdragen is waarschijnlijk het meest typische voorbeeld. Terwijl men zelfs tot op vandaag deze rechtspraak vaak als het voorbeeld van 'human rightism' beschouwt, blijkt dat men deze rechtspraak perfect kan toepassen zonder te moeten afwijken van de algemene internationale regels (zoals vastgelegd in artikel 19-23 WVV). Het EHRM heeft vooral een aantal zaken die niet expliciet in het WVV worden opgelost, verduidelijkt.

³⁴ G. Guillaume, 'The future of International Judicial Institutions', 44 *I.C.L.Q.* 1995, 862.

³⁵ Voor een uitvoerig overzicht van rechtsleer en rechtspraak en een betere uitwerking van de behandelde voorbeelden: zie F. Vanneste, *General International Law before Human Rights Courts*, Antwerp-Oxford: Intersentia 2010, 625 pp.

Het EVRM: een bijzondere vorm van internationaal recht?

Zo moet er een onderscheid worden gemaakt tussen de geldigheid en de betwistbaarheid van voorbehouden. Voor zover een internationale hof belast is met de toepassing en interpretatie van een verdrag, kan de geldigheid van de voorbehouden nagaan worden zonder rekening te moeten houden met de bezwaren van andere staten.³⁶ De bezwaren van de lidstaten zijn enkel van belang om de toepasselijkheid te beoordelen van een voorbehoud tussen de staat die het voorbehoud geformuleerd heeft en de staat die het voorbehoud betwist (i.e. in geschillen tussen twee staten).³⁷ Deze benadering strookt volledig met het regime zoals vastgelegd in het Weens Verdrag inzake verdragenrecht (hierna: WVV) en zoals momenteel verder uitgewerkt door de ILC in de *Draft Articles on Reservations*.

De bijdrage van het EHRM tot een beter begrip van de algemene regels in verband met voorbehouden komt nog meer tot uiting wanneer de vraag beantwoord dient te worden welke de gevolgen zijn van ongeldige voorbehouden. Traditioneel wordt er gezegd dat voorbehouden onafscheidbaar zijn van de wil van de staat om gebonden te zijn door het verdrag.³⁸ Dit betekent dat een ongeldig voorbehoud de ongeldigheid van de wilsuiking van de staat met zich mee zou brengen. De staat is dan niet gebonden door het verdrag omdat het voorbehoud als essentieel wordt beschouwd voor de staat. Het EHRM verkiest evenwel een andere benadering. Inderdaad, het EHRM lijkt te argumenteren dat wanneer een verdrag een internationaal hof creëert dat bindende arresten kan vellen over de toepassing van het verdrag, dat hof, en niet de lidstaten, dient te beslissen over de gevolgen van het voorbehoud dat in het licht van het voorwerp en het doel van het verdrag ongeldig is. Volgens het EHRM dient het ongeldig voorbehoud afgescheiden te worden van de wilsuiking van de staat. De staat blijft gebonden door het verdrag, terwijl het ongeldige voorbehoud niet toegepast zal worden.³⁹ Hoewel deze benadering controversieel blijft, zijn er aanwijzingen in het debat over de *Draft Guidelines on Reservations* dat deze regel algemeen internationaal recht zou kunnen worden.⁴⁰ Het lijkt in elk geval niet de bedoeling van het EHRM om af te wijken van het algemeen internationaal recht omwille van de 'specialiteit' van mensenrechten. Integendeel, het lijkt er veeleer op dat het EHRM verduidelijkt welke de algemene regel is wanneer een internationaal hof de opdracht heeft gekregen om een internationaal verdrag toe te passen en te interpreteren. Op die manier wordt een lacune in de WVV opgevuld, zonder het regime van de WVV tegen te spreken.

4.1.2 Werking in de tijd

Het EHRM verwijst ook naar artikel 28 van het WVV om na te gaan of het wel temporele rechtsmacht heeft voor bepaalde feiten. Overeenkomstig artikel 28 WVV is een staat niet gebonden door een verdrag voor feiten die plaatsvonden of beëindigd zijn vooraleer het verdrag in

36 Zie art. 57 EVRM in verband met voorbehouden.

37 Voor een extensieve analyse met verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer zie F. Vanneste, *General International Law before Human Rights Courts*, Antwerp/Oxford: Intersentia 2010, 86-106.

38 Deze benadering stoelt evenwel niet op de tekst van het WVV, die op dat punt zwijgzaam is.

39 EHRM 29 april 1988, *Series A* No. 132 (Belilos/Zwitserland), § 60; EHRM 23 oktober 1995, *Series A* No. 328-C (Gradinger/Oostenrijk); EHRM 3 oktober 2000, *Reports* 2000-X (Eisentecken/Oostenrijk).

40 Zie bijvoorbeeld *Draft Guideline 3.3.2* zoals voorgesteld door de Special Rapporteur in ILC, *Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-Eight Session* 2006, UN. Doc. A/61/10, chapter VIII, 310: '3.3.2 Nullity of invalid reservations: A reservation that does not fulfil the conditions for validity laid down in guideline 3.1 is null and void.'

Vanneste

werking is getreden, tenzij een andere intentie kan worden vastgesteld. De regel is evenwel soms onduidelijk: zo wordt niet uitgelegd wat er moet gebeuren met een gebrekkig onderzoek (en proces) door de overheid in verband met feiten die dateren van vóór de ratificatie van het Verdrag. Het Internationaal Gerechtshof in Den Haag (hierna: IGH) oordeelde alvast in de *Case Concerning Certain Property*, dat het beslissend criterium niet de datum van het dispuut is, maar wel de datum van de feiten die aanleiding vormen voor het dispuut.⁴¹

In de *Blecic* zaak oordeelde het EHRM met verwijzing naar de *Case Concerning Certain Property* dat het geen rechtsmacht heeft om zich uit te spreken over een mogelijke schending van het EVRM wanneer de feiten plaats hebben gevonden vóór de ratificatie en het proces na de ratificatie. De 'specificiteit' van mensenrechten vereist niet dat afgeweken wordt van het verbod van retroactiviteit zoals vastgelegd in artikel 28 WVV.⁴²

In latere rechtspraak is het EHRM evenwel op de beperkingen van deze rechtspraak gestoten en werd de toepassing van de algemene regel verfijnd, mede in het licht van de bestaande rechtspraak van het IAHRM. Zo heeft het EHRM recentelijk erkend dat de procedurele verplichting om een onderzoek te voeren naar het overlijden of verdwijnen van iemand een afzonderlijke autonome verplichting is die losgekoppeld kan worden van de feiten (i.e. het overlijden of de datum van verdwijning) zelf. De verplichting om een daadwerkelijk onderzoek te voeren naar het wedervaren van vermiste personen is bovendien voortdurend ('continuïng') van aard. Ook al zijn de slachtoffers reeds 34 jaar vermist en waren ze al vermist vooraleer de staat het individueel klachtrecht heeft aanvaard, toch blijft deze autonome procedurele verplichting gelden zo lang als het lot van de vermiste personen niet verhelderd is.⁴³ Ook de procedurele verplichting bij overlijden is autonoom, maar beperkter dan in geval van verdwijningen. Wanneer het overlijden plaats vond vóór de datum van inwerkingtreding van het EVRM, vallen enkel de procedurele daden en nalatigheden die na die datum plaats hebben gevonden binnen het temporeel toepassingsgebied van het EVRM. Er moet bovendien een daadwerkelijke verband bestaan tussen het overlijden en de inwerkingtreding van het EVRM opdat de procedurele verplichting in werking zou treden. Zo moet er worden aangetoond dat na de datum van inwerkingtreding een noemenswaardig aantal procedurele verplichtingen plaatsvond of had moeten plaatsvinden.⁴⁴

De evolutie van de rechtspraak in het verband met de temporele werking van het EVRM toont aan dat er in sommige gevallen een dialoog ontstaat over de interpretatie van de algemene regel tussen het EHRM en andere internationale hoven zoals het IAHRM en het IGH. Het feit dat het EHRM zijn rechtspraak op korte tijd heeft bijgestuurd, toont aan dat er een bereidwilligheid is om te leren van andere internationale hoven om tot de juiste interpretatie van het algemeen internationaal recht te komen. Dit houdt evenwel ook in dat de rechtspraak van de andere hoven, zoals het IGH, kritisch geanalyseerd wordt op zijn werkbaarheid en correctheid.

41 IGH, 10 februari 2005 (*Case Concerning Certain Property* (Liechtenstein/Duitsland), Preliminary Objections), § 48.

42 EHRM (GK) 8 maart 2006 *Reports* 2006-III (Blecic/Kroatië).

43 EHRM (GK) 18 september 2009, appl. no. 16064/90 (Varnava e.a./Turkije).

44 EHRM (GK) 9 april 2009, appl. no. 71463/01 (Silih/Slovenië).

Het EVRM: een bijzondere vorm van internationaal recht?

4.1.3 Territoriale rechtsmacht

De rechtspraak van het EHRM heeft ook bijgedragen tot een beter begrip van het territoriale toepassingsgebied van verdragen (zoals vastgelegd in artikel 29 WVV). Artikel 29 WVV luidt als volgt: 'Tenzij een andere bedoeling uit het verdrag blijkt of op andere wijze is komen vast te staan, bindt een verdrag tussen een of meer staten en een of meer internationale organisaties elke Staat die hierbij partij is ten opzichte van zijn gehele grondgebied.'

De zaken *Loizidou t. Cyprus*⁴⁵ en *Cyprus t. Turkije*⁴⁶ tonen aan dat territorium een dual concept is. Een Staat kan zowel de juridische als de feitelijke controle hebben over een bepaald gebied. Een volledige en daadwerkelijke feitelijke controle door een lidstaat over een bepaald gebied volstaat om te besluiten dat die lidstaat rechtsmacht heeft en dus het EVRM in dat gebied moet toepassen. Dit betekent evenwel niet dat een lidstaat geen rechtsmacht heeft wanneer het enkel de juridische maar niet de feitelijke controle heeft over een bepaald gebied. Zo heeft het EHRM in de zaak *Ilascu*⁴⁷ beslist dat Moldavië rechtsmacht blijft behouden over het gebied dat weliswaar tot zijn officieel grondgebied behoort maar waarover het geen feitelijke controle heeft omdat het door verzetstrijders gecontroleerd wordt. Wel is het zo dat de rechtsmacht van Moldavië beperkt blijft tot het garanderen van bepaalde positieve verplichtingen onder het EVRM.

Deze rechtspraak toont aan dat de territoriale invulling van het begrip rechtsmacht flexibeler is dan men traditioneel aanneemt. Twee staten kunnen beiden rechtsmacht hebben over een gebied al naargelang de ene de juridische controle heeft en de andere de feitelijke. De reikwijdte van de verplichtingen zal dan weliswaar verschillend zijn. Dit is evenwel niet zozeer een kwestie van rechtsmacht of territoriale werking van verdragen, maar eerder een kwestie van aansprakelijkheid van de Staat.

Ook de latere rechtspraak zoals *Bankovic t. België e.a.* bevestigt dat het EHRM vooral een territoriale benadering voorstaat.⁴⁸ De rechtspraak van het EHRM i.v.m. de extra-territoriale toepassing van het EVRM is vrij beperkt. Vooral de zaken die gelijkaardig zijn aan *Öcalan t. Turkije* lijken hier in aanmerking te komen.⁴⁹ Deze zaken betreffen het ontvoeren van een individu op vreemde bodem door een lidstaat of punctuele acties op vreemde bodem zonder dat de staat controle uitoefent over dat gebied. Een dergelijke feitenconstellatie gebeurt aldus buiten het juridische of feitelijke grondgebied van een lidstaat. In het licht van de voorgaande rechtspraak zou men geneigd zijn om te besluiten dat het EVRM niet van toepassing is op die feiten. Het EHRM is evenwel soms van oordeel dat in dergelijke situaties het EVRM toch van toepassing is omdat de lidstaat 'gezag over de persoon' uitoefende ('authority over persons'). Deze benadering lijkt op het eerste gezicht moeilijk verzoenbaar met de traditionele territoriale focus en kan dan ook enkel verantwoord worden indien er sprake is van een duidelijke *lex specialis* (zie infra 4.2.2).

Samenvattend kan worden gesteld dat de meeste rechtspraak van het EHRM de traditionele territoriale focus van het internationaal recht (zoals vastgelegd in artikel 29 WVV) lijkt te bevestigen en te verfijnen. Dit betekent evenwel niet dat dit in mijn ogen altijd correct gebeurt

45 EHRM (GK) 23 maart 1995, Series A No. 310 (*Loizidou/Turkije*, Preliminary Objections).

46 EHRM (GK) 10 mei 2001, Reports 2001-II (*Cyprus/Turkije*).

47 EHRM (GK) 8 juli 2004, Reports 2004-VII (*Ilascu e.a./Moldavië en Rusland*).

48 EHRM (GK) 12 december 2001, Reports 2001-XII (*Bankovic/België en 16 andere lidstaten*).

49 EHRM (GK) 12 mei 2005, Reports 2005-I (*Öcalan/Turkije*).

Vanneste

is. In de zaak *Bankovic* bijvoorbeeld, had men evengoed kunnen oordelen dat de lidstaten (die ook NAVO-lidstaten zijn) *de facto* controle hadden over het volledige Joegoslavische luchtruim en daarom territoriale rechtsmacht hadden (en het EVRM aldus in dat luchtruim moesten respecteren). En zoals eerder gezegd, is er nog heel wat onduidelijkheid over extra-territoriale situaties zoals in de zaak *Öcalan*.

4.1.4 Toekennen van staatsaansprakelijkheid ('Attribution of State Responsibility')

Het EHRM heeft ook bijgedragen tot een beter begrip en tot de voorlopige codificatie van de regels inzake het toekennen van staatsaansprakelijkheid voor daden van een internationale organisatie. De algemene regels daaromtrent zijn nog in volle ontwikkeling, maar het EHRM werd reeds meermaals geconfronteerd met de vraag of een lidstaat verantwoordelijk kan worden gesteld voor de daden van een internationale organisatie. De bijdrage van het EHRM tot de codificatie van de algemene regels zou dus wel eens cruciaal kunnen blijken.

In *Bosphorus* benadrukt het EHRM dat zelfs wanneer nationale maatregelen het gevolg zijn van het lidmaatschap van een internationale organisatie, deze maatregelen toegekend kunnen worden aan de lidstaten.⁵⁰ Het EHRM zal deze maatregelen evenwel niet onderzoeken op hun compatibiliteit met het EVRM voor zover een gelijkwaardige bescherming voor de mensenrechten wordt geboden door de andere internationale organisatie ('equivalent protection theory').

In de daaropvolgende *Behrami* zaak zaait het EHRM evenwel twijfel.⁵¹ In eerste instantie analyseert het EHRM of het bevoegd is om de daden van lidstaten te controleren die deze lidstaten namens de VN uitvoeren. Het EHRM oordeelt dat het zich ook dient uit te spreken over de relatie tussen het EVRM en de VN wanneer deze laatste handelt in het kader van hoofdstuk VII van het VN-Handvest. Na erop gewezen te hebben dat de meeste lidstaten lid waren van de VN vooraleer ze het EVRM ondertekend hadden, dat de VN tot taak hebben om de internationale vrede en veiligheid te behouden, dat respect voor mensenrechten een belangrijk element is om internationale vrede te garanderen en dat de VN-Veiligheidsraad middels hoofdstuk VII van het VN-Handvest dwingende maatregelen kan opleggen om deze taak te volbrengen, komt het EHRM tot de kern van zijn betoog. Aangezien operaties die vastgelegd zijn in resoluties van de Veiligheidsraad onder hoofdstuk VII van het VN-Handvest fundamenteel zijn voor de taak van de VN om internationale veiligheid en vrede te verwezenlijken en aangezien de effectiviteit van deze operaties afhangt van de medewerking van de lidstaten, kan het EVRM niet zo geïnterpreteerd worden dat de daden en nalatigheden van lidstaten die gedekt zijn door een resolutie van de Veiligheidsraad, aan het toezicht van het EHRM moeten worden onderworpen. Er anders over oordelen zou erop neer komen dat het EHRM zich mengt in de kerntaak van de Verenigde Naties. Het EHRM besluit dan ook dat het geen rechtsmacht heeft. Bovendien benadrukt het EHRM dat de betwiste nalatigheden niet toegerekend kunnen worden aan Frankrijk.

Mijns inziens had het EHRM zich in *Behrami* op de *Bosphorus* rechtspraak moeten baseren om na te gaan of de VN wel 'een equivalente bescherming bieden voor de grondrechten'. Waarschijnlijk heeft het EHRM willen vermijden dat het tot een openlijk dispuut met de VN

50 EHRM (GK) 30 juni 2005, *Reports* 2005-VI (Bosphorus/Ierland).

51 EHRM (GK) 2 mei 2007, appl. no. 71412/01 en 78166/01 (Behrami e.a./Frankrijk en Saramati/Frankrijk, Duitsland en Noorwegen), § 146 e.v.

Het EVRM: een bijzondere vorm van internationaal recht?

zou komen. Het komt immers in principe niet aan een regionaal orgaan toe om het algemeen internationaal recht zomaar ter zijde te schuiven. Dit is op zich een gerechtvaardigde bekommernis. Toch rijst de vraag of het EHRM niet de moed zou moeten hebben om – indien nodig – de VN te wijzen op zijn verplichting om te voorzien in daadwerkelijke rechtsmiddelen ter bescherming van de grondrechten. Bij ontbreken van gelijkaardige beschermingsmechanismen voor de grondrechten zou het EHRM zijn rechtsmacht (opnieuw) moeten uitoefenen. Ook de stelling dat de VN aansprakelijk is maar de lidstaten niet, is voer voor controverse. Het EHRM behandelt in elk geval de vraag niet of Frankrijk effectieve controle had over de betwiste handelingen en nalatigheden.⁵² Volgens de *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations* lijkt dit namelijk een beslissend criterium om na te gaan of een lidstaat in 'joint operations' aansprakelijk kan worden gesteld.⁵³

Hoewel de rechtspraak van het EHRM aldus vatbaar is voor kritiek, blijkt opnieuw de wil van het EHRM om bij te dragen tot de verdere ontwikkeling van het algemeen internationaal recht. Er wordt geen uitzondering bedongen voor mensenrechten, maar er wordt eerder gezocht naar een manier om de (controle op de) verplichtingen onder het EVRM te verzoenen met de verplichtingen die voortvloeien uit het Handvest van de VN. In mijn ogen valt de *Bosphorus*-aankpak evenwel te verkiezen boven de *Behrami*-redenering. Het debat blijft in elk geval open. De regels van algemeen internationaal recht zijn in volle evolutie en ook andere gerechtshoven zoals het Europees Hof voor Justitie mengen zich momenteel volop in het debat.⁵⁴

4.1.5 Interpretatieregels

Mensenrechtenhoven hebben ook bijgedragen tot een beter begrip van de interpretatieregels zoals omschreven in de artikelen 31-33 WVV. Hoewel er in de rechtsleer vaak verwezen wordt naar de 'speciale' interpretatieregels van het EHRM, lijkt het onjuist om te stellen dat deze hoven de 'autonome', 'evolutieve' en 'effectieve' interpretatie en de 'margin of appreciation theory' als speciale (in de betekenis van 'afwijkende') regels beschouwen voor de interpretatie van mensenrechtenverdragen. Integendeel, deze hoven verwijzen telkens expliciet naar de artikelen 31-33 WVV om hun methode te verantwoorden. De genoemde speciale theoriën zijn enkel 'speciaal' omdat ze telkens verwijzen naar een specifiek objectief van het interpretatieproces.

52 Vgl. met EHRM 9 juni 2009, appl. no. 22617/07 (*Galic/Nederland*). Ook in deze zaak argumenteert het EHRM dat het *ratione personae* niet bevoegd is om de mogelijke schendingen van artikel 6 EVRM door het ICTY te onderzoeken aangezien de daden van deze laatste aan de VN moeten worden toegerekend. Het is wel opvallend dat het EHRM daarna desalniettemin onderzoekt of de aansprakelijkheid van Nederland niet in het gedrang komt. Dit lijkt de juiste benadering. Het kan niet de bedoeling zijn dat een lidstaat zich verschuilt achter de VN om zich niet te hoeven te verantwoorden voor daden waar het een beslissende invloed op heeft. In *Galic* neemt het EHRM op het eerste gezicht terecht aan dat Nederland geen beslissende invloed heeft op de daden van het ICTY.

53 Zie draft article 6: '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 commentaar bij dat artikel stelt dat de Secretaris-Generaal bij de VN en verschillende auteurs 'de graad van de effectieve controle' ('degré de contrôle effectif') als beslissend criterium beschouwen. Het arrest *Behrami* wordt (impliciet) bekritiseerd door te verwijzen naar het feit dat het EHRM dat criterium niet heeft toegepast zoals de ILC dat had voorzien. Zie ILC, *Report on the work of its sixty-first session*, Chapter IV: Responsibility of international organizations, 2009, UN doc. A/64/10, p. 67 e.v.

54 HvJ EG 3 september 2008, gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P (*Kadi en Al Barakaat/Raad van de EU*), § 326.

Vanneste

Zo verwijst 'autonome interpretatie' naar het feit dat de interpretatie niet afhankelijk mag zijn van de interpretatie in het nationale recht van de lidstaat;⁵⁵ verwijst 'evolutieve interpretatie'⁵⁶ naar het feit dat interpretatie rekening moet houden met evoluties en hedendaagse ideeën; verwijst 'effectieve interpretatie'⁵⁷ naar het feit dat men werkbare resultaten voor ogen moet houden; en verwijst de 'margin of appreciation theory'⁵⁸ naar het feit dat lidstaten soms beter geplaatst zijn dan het internationaal mensenrechtenhof om het mensenrechtenverdrag toe te passen. Het is geenszins de bedoeling om af te wijken van de algemene interpretatieregels.

De kritiek op de interpretatiemethode van mensenrechtenhoven lijkt dan ook een kritiek te zijn op de algemene interpretatieregels. De kritiek is ook begrijpelijk: de artikelen 31-33 WVV zijn dermate vaag geformuleerd dat verschillende benaderingen mogelijk zijn en mensenrechtenhoven balanceren soms op de slappe koord tussen interpretatie en creatie van nieuwe regels. Er is dan ook nood aan een duidelijke afbakening van de grenzen aan interpretatie.

Een extensieve analyse van de rechtspraak van het EHRM leidt tot de conclusie dat men best opteert voor een 'holistische' methode.⁵⁹ Deze methode komt in essentie erop neer dat de onderlinge elementen van artikel 31 WVV (zoals tekst, context, praktijk van Staten, het voorwerp en doel van het verdrag) allemaal even belangrijk zijn om de betekenis van het verdrag te achterhalen. Men moet eigenlijk op zoek gaan naar de *opinio juris* of de algemene overtuiging die het verdrag wil weergeven. Deze algemene overtuiging kan teruggevonden worden door de interactie tussen de verschillende elementen. Zo kan de algemene overtuiging er niet toe leiden dat de tekst tegengesproken wordt ('*in claris cessat interpretatio*'). De algemene overtuiging mag ook niet leiden tot een verminderde bescherming van de mensenrechten in de lidstaat ('object and purpose of the treaty'). Voor elke bepaling zal gezocht moeten worden naar het specifieke doel en voorwerp van die bepaling. Dit kan evolueren met de tijd. Het vertrekpunt dient de praktijk van de staten te zijn.⁶⁰ Bij een duidelijke consensus kan een nieuwe interpretatie gemakkelijk aangenomen worden. Indien er evenwel slechts een ontluikende consensus is, zal het mensenrechtenhof rekening moeten houden met andere elementen zoals internationale rechtspraak, wetenschappelijk onderzoek in andere domeinen dan het recht of rechtsleer. Deze benadering kan in grote lijnen teruggevonden worden in de rechtspraak van het EHRM.

4.1.6 Conclusie: het EHRM ontwikkelt het algemeen internationaal recht

Het EHRM draagt bij tot de verdere ontwikkeling van het algemeen internationaal recht. Het algemeen internationaal recht is immers niet altijd even duidelijk. Verscheidene benaderingen voor de algemene internationale regels zijn vaak mogelijk en worden weerspiegeld in de rechtspraak van het EHRM. Het is evenwel opvallend hoe zelden het EHRM de 'specialiteit' van mensenrechten inroept om af te wijken van het algemeen regime. Mensenrechtenhoven lijken vooral de bestaande regels verder te willen ontwikkelen en te verduidelijken.

55 Zie bijvoorbeeld EHRM 8 juni 1976, *Series A* No. 22 (Engel/Nederland), § 81.

56 Zie bijvoorbeeld EHRM 25 april 1978, *Series A* No. 26 (Tyrer/Verenigd Koninkrijk), § 31; EHRM (GK) 12 november 2008, appl. no. 34503/97 (Demir en Baykara/Turkije).

57 Zie bijvoorbeeld EHRM 9 oktober 1979, *Series A* No. 32 (Airey/Ierland), § 26

58 Zie bijvoorbeeld EHRM 13 juni 1979, *Series A* No. 31 (Marckx/België), § 41.

59 F. Vanneste, *General International Law before Human Rights Courts*, Antwerp/Oxford: Intersentia, 2010, p. 213-348.

60 In mijn opvatting is dat niet enkel wat staten doen, maar ook wat ze beweren dat gedaan moet worden.

Het EVRM: een bijzondere vorm van internationaal recht?

Het is evenwel een feit dat het EHRM soms de rechtspraak van het IGH tegenspreekt. Binnen het IGH heerst ook scepticisme over de bijdrage van mensenrechtenhoven tot de ontwikkeling van het algemeen internationaal recht. In principe klopt het dat het IGH, als universeel hof, beter geplaatst is. Er is evenwel geen reden om het EHRM te verbieden om deel te nemen aan het debat. Het is niet denkbeeldig dat het EHRM in bepaalde situaties de algemene overtuiging van de staten van de wereld beter weergeeft dan het IGH. De rechtspraak van het EHRM kan een uitnodiging zijn om de rechtspraak van het IGH te herbekijken en kan de aanzet vormen voor een nieuwe dialoog tussen de verschillende actoren van het internationaal recht. Men kan alleen maar verhoppen dat een dergelijke dialoog tot de beste oplossing zal leiden. Het is de taak van de internationale hoven om het debat aan te gaan en uiteindelijk voor de beste oplossing te kiezen. Het is begrijpelijk dat het IGH een meer gecentraliseerd systeem zou willen, via bijvoorbeeld prejudiciële vragen. Maar zolang zo'n systeem niet bestaat, is er geen reden om het EHRM te verbieden om bij te dragen tot de ontwikkeling van het algemeen internationaal recht. Dat zou zelfs contraproductief zijn, aangezien het IGH momenteel enkel een welbepaald soort zaken behandelt (betwistingen tussen Staten), veel minder productief is dan de mensenrechtenhoven en bovendien geen rechtsmacht heeft over vele Staten. Men zou zelfs kunnen argumenteren dat het feit dat het ene internationale hof de bijdrage van andere internationale hoven kan testen en betwisten nog niet zo slecht is. Hiermee kan toch enigszins een soort 'checks and balances' gegarandeerd worden op internationaal niveau.

4.2 Voorzichtige toepassing van de *lex specialis* regel

Het EHRM beroept zich zelden op de *lex specialis* regel om af te wijken van het algemeen internationaal recht. Wanneer het dit doet, kunnen twee situaties onderscheiden worden: de situaties waarbij het EVRM, evenals bijvoorbeeld het AVRVM, zelf in een *lex specialis* voorziet en de situaties waarbij men terugvalt op een ongeschreven *lex specialis*.

4.2.1 *Lex specialis in verdragstekst*

Verschillende bepalingen van het EVRM bevatten een duidelijke *lex specialis*. Zo vindt men in het EVRM bepalingen die het individu (en niet enkel Staten) het recht geven om een klacht in te dienen bij het EHRM. Artikel 58 EVRM bepaalt dan weer dat een staat het EVRM kan opzeggen vijf jaren na zijn inwerkingtreding. De toepassing van dergelijke duidelijke bepalingen die afwijken van het algemeen internationaal recht is meestal niet echt problematisch.

Dit betekent evenwel niet dat de draagwijdte of het bestaan van de *lex specialis* nooit aanleiding vormt tot betwisting. Artikel 41 EVRM bijvoorbeeld bevat een specifieke bepaling over de verplichtingen van Staten bij de vaststelling van een schending van het EVRM.⁶¹ Toch blijft

61 Artikel 41 EVRM stelt dat het Hof een billijke genoegdoening toekent aan de benadeelde indien het een schending vaststelt en indien het nationale recht van de lidstaten slechts gedeeltelijk rechtsherstel toelaat. Artikel 61 AVRVM lijkt op het eerste gezicht ruimer ('[if] the Court finds that there has been a violation of a right or freedom protected by this Convention, the Court shall rule that the injured party be ensured the enjoyment of his right or freedom that [has been] violated. It shall also rule, if appropriate, that the consequences of the measure or situation that constituted the breach of such right or freedom be remedied and that fair compensation be paid to the injured party').

Vanneste

de toepassing van deze bepalingen tot op vandaag het voorwerp van controverse. Artikel 41 EVRM werd immers lang beschouwd als een beperking van de rechtsmacht van het EHRM. Het Hof mocht op basis van de verwijzing naar een 'billijke genoegdoening' 'indien het nationale recht slechts gedeeltelijk herstel toelaat' enkel een pecuniaire genoegdoening toekennen aan de eisers wiens rechten geschonden waren. De *lex specialis* was aldus restrictiever dan het algemeen internationaal recht dat een 'full reparations standard' lijkt voor te schrijven. In recente rechtspraak lijkt het EHRM evenwel langzaam maar zeker geneigd om middels artikel 46 EVRM, dat stelt dat de lidstaten de arresten van het EHRM moeten naleven, het algemeen internationaal recht zoals door de ILC vastgelegd in de *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* toe te passen.⁶² De pecuniaire 'billijke genoegdoening' van artikel 41 EVRM is niet langer de belangrijkste verplichting van Staten bij de vaststelling van een mensenrechtenschending. Voortaan moeten Staten ook de schending stopzetten ('cessation') en de schending zo goed als mogelijk herstellen ('*restitutio in integrum*'). Deze evolutie is nog volop bezig en kan ook niet losgekoppeld worden van de rechtspraak van het IAHRM ter zake.

4.2.2 Ongeschreven *lex specialis*

In een aantal gevallen wordt er evenwel door mensenrechtenjuristen opgeworpen dat er een ongeschreven *lex specialis* is. Mensenrechtshoven hebben dan de moeilijke taak om na te gaan of er een dergelijke *lex specialis* bestaat.

Het meest gekende voorbeeld betreft waarschijnlijk het debat over de extra-territoriale werking van mensenrechtenverdragen. Zoals reeds eerder gezegd is er een sterke stroming in de rechtsleer die argumenteert dat een pure territoriale benadering verworpen moet worden en moet worden vervangen door het 'gezag over de persoon' ('authority over persons') criterium. Het EHRM (onder meer in de zaken *Öcalan t. Turkije*⁶³ en in *Issa t. Turkije*⁶⁴) is soms geneigd om dit laatste criterium over te nemen. Het is niet eenvoudig om te begrijpen hoe deze houding verzoend kan worden met de traditionele territoriale benadering die in 2000 nog door de grote kamer van het EHRM werd bevestigd in de zaak *Bankovic*. Enkel indien er een duidelijke *lex specialis* is die stelt dat Staten mensenrechten moeten respecteren en beschermen ten aanzien van de personen die onder hun gezag en controle vallen, lijkt het mogelijk om te argumenteren dat de term 'rechtsmacht' in artikel 1 EVRM en 1 AVRVM ook extra-territoriale werking heeft. De bewijslast ligt bij de personen die de extra-territoriale werking van mensenrechtenverdragen aanhangen. Zo lang de praktijk van de staten geen algemene overtuiging in die zin aantoon, lijkt het 'gezag over de persoon' criterium eerder een opflakking van 'human rightism'.

Een ander voorbeeld waarbij vaak beweerd wordt dat mensenrechtshoven terugvallen op een ongeschreven *lex specialis* betreft 'State succession' (waarbij een staat als opvolger beschouwd wordt van een andere staat omwille van bijvoorbeeld een splitsing of een afscheiding). Een analyse van de rechtspraak van het EHRM lijkt het bestaan van een dergelijke *lex specialis* evenwel

62 EHRM (GK) 13 juli 2000, *Reports* 2000-VIII (Scozzari en Giunta/Italië), § 249; EHRM (GK) 8 april 2004, *Reports* 2004-II (Assanidze/Georgië), § 202; EHRM (GK) 8 juli 2004, *Reports* 2004-VII (Ilascu e.a./Moldavië en Rusland); EHRM 10 november 2004, appl. no. 56581/00 (Sejdovic/Italië), § 55.

63 EHRM (GK) 12 mei 2005, *Reports* 2005-IV (Öcalan/Turkije), § 91.

64 EHRM 16 november 2004, appl. no. 31821/96 (Issa e.a./Turkije), § 71.

Het EVRM: een bijzondere vorm van internationaal recht?

noch te bevestigen noch te ontcrachten.⁶⁵ Er is ook geen reden daartoe: alle ‘successor States’ bevestigen zelf hun wil om met terugwerkende kracht (tot de datum van onafhankelijkheid) gebonden te zijn door het EVRM. Indien een nieuwe ‘successor State’ dit niet zou doen in de toekomst, kan er gewezen worden op deze praktijk van de Staten om te argumenteren dat er een sterke *opinio juris* is dat er minstens voor mensenrechtenverdragen een automatische opvolging is. Gelet op de onduidelijkheid van het algemeen internationaal recht – de 1978 *Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties* verdedigt het principe van automatische opvolging, terwijl vele Staten nog steeds de ‘tabula rasa’ theorie verdedigen – blijft het evenwel onduidelijk of deze houding een afwijking dan wel een bevestiging is van het algemeen internationaal recht ter zake.

Eigenlijk blijkt vooral dat mensenrechtenhoven bijzonder voorzichtig te werk gaan wanneer er een beroep gedaan wordt op ongeschreven *lex specialis*. Dit wordt nogmaals bevestigd in de zaken betreffende de immuniteit van buitenlandse staten. In de zaak *Al-Adsani t. Verenigd Koninkrijk* volgt het EHRM de traditionele benadering dat het principe van de immuniteit van staten erop neer komt dat de ene staat niet onderworpen wordt aan de rechtsmacht van een andere staat.⁶⁶ Alleen als er een duidelijke *lex specialis* is in het internationale recht die afwijkingen op deze regel oplegt, moeten Staten de immuniteit van de buitenlandse staat naast zich neerleggen om deze te vervolgen. Het EHRM besluit dat er geen dergelijke *lex specialis* is voor burgerlijke klachten over foltering. Het principe van de immuniteit van de buitenlandse staten mag dus in burgerlijke procedures ten gevolge van een foltering nog steeds gehandhaafd worden.

4.2.3 Conclusie

Het is opvallend hoe voorzichtig het EHRM omspringt met de erkenning van een ongeschreven *lex specialis* voor mensenrechten. Dit valt waarschijnlijk deels te verklaren doordat het nogal controversieel blijft om een ongeschreven *lex specialis* te erkennen. Het lijkt erop dat mensenrechtenhoven de evolutie van het juridische debat afwachten. Dit weerspiegelt geenszins een sterke neiging tot ‘human rightism’. Er kan dus gerust gesteld worden dat het EHRM geen ‘wishful thinker’ is wanneer het erop aankomt om het bestaan van een *lex specialis* te beoordelen. Het EHRM wijkt enkel af van het algemeen internationaal recht wanneer er een ‘speciale’ bepaling is in het verdrag zelf of wanneer de ongeschreven regel duidelijk vaststaat.

5 Besluit: bijzonder verdrag ter ‘vermenselijking’ (en niet ter ‘versplintering’) van het internationaal recht

Er kan worden besloten dat het EVRM wel degelijk een bijzonder verdrag is. De omschrijving als een instrument van een Europese publieke orde gebaseerd op algemene rechtsbeginselen lijkt de beste manier om dat te omschrijven. Hierdoor wordt niet alleen het dwingend en objectief karakter van het verdrag verwoord, maar ook de regionale focus en de bijzondere moeilijkheids-

65 Zie bijvoorbeeld EHRM 5 juli 1999, appl. no. 31534/96 (*Matter/Slovakije*), § 52; EHRM 15 november 2001, appl. no. 48672/99 (*Nemec e.a./Slovakije*), § 30; EHRM 26 oktober 2004, appl. no. 47269/99 (*Konecny/Tsjechië*), § 4; EHRM (GK) 3 oktober 2008, appl. no. 44574/98 (*Kovacic e.a./Slovenië*).

66 EHRM (GK) 21 November 2001, *Reports* 2001-X (*Al-Adsani/Verenigd Koninkrijk*).

Vanneste

graad om het verdrag te wijzigen. Deze vaststelling hoeft evenwel geen reden tot ongerustheid te zijn voor internationalisten. Het is duidelijk dat de interpretatie van het EVRM door het EHRM niet zozeer bijdraagt tot de versplintering maar eerder tot de verdere ontwikkeling van het algemeen internationaal recht. De invloed van het Straatsburgse Hof mag bovendien niet onderschat worden: het EHRM behoort tot de best functionerende internationale hoven en de meeste arresten van het EHRM worden nageleefd door de verdragspartijen. Het EHRM lijkt te beseffen dat er nood is aan een duidelijk begrip van het algemeen internationaal recht. Het probeert daartoe bij te dragen door bepaalde concepten te verduidelijken of te herwaarderen of door positie in te nemen in bestaande debatten in de rechtsleer. Zelfs al zijn bepaalde oplossingen voor kritiek vatbaar, dan nog moet men vaststellen dat ze het debat over het bestaan en de functie van het EVRM en het algemeen internationaal recht voeden. In feite probeert het EHRM geenszins de bestaande orde te ondermijnen. Integendeel, het zoekt gewoon naar een manier om de rechten en plichten van het individu daarin te incorporeren. De 'vermenselijking' van het algemeen internationaal recht leidt niet noodzakelijk tot 'human rightism', op voorwaarde dat een positivistische benadering behouden blijft. Zij die argumenteren dat mensenrechten een bedreiging zijn voor het algemeen internationaal recht hebben het verkeerd voor: mensenrechtenhoven wijzen enkel op de bestaande tekortkomingen van het algemeen internationaal recht, ze creëren deze tekortkomingen niet.