

# Soevereiniteit versus vrijheid in het luchtruim

# Soevereiniteit versus vrijheid in het luchtruim

*Auteur: Dick van het Kaar*

*Dit artikel gaat over het oorspronkelijke beginsel van de vrijheid van de lucht en het soevereiniteitsbeginsel in het luchtruim. Een belangrijke rol daarin is weggelegd voor Johanna Lycklama a Nijeholt, een Nederlandse advocate die een dissertatie heeft geschreven over dit onderwerp in 1910 !!, in hetzelfde jaar als de Parijse Conferentie over de regulering van de luchtvaart.*

## **Inleiding**

Het beginsel vrijheid van de lucht is sinds mensenheugenis een verleidelijk doch ongrijpbaar doel geweest. Maar na vele pogingen in de voorbije eeuwen kunnen we in de huidige tijd ons afvragen hoeveel vrijheid van de lucht er nog bestaat. Het antwoord op die vraag moet zijn dat het in vroegere tijd aangehaalde standpunt over de vrijheid van de lucht achterhaald is door het beginsel van soevereiniteit van de staat, de jurisdictie die tevens geldt in het gehele luchtruim van de staat hetgeen ondubbelzinnig geconformeerd wordt in een aantal relevante internationale overeenkomsten en tal van juridische geschriften. Echter, de wijze waarop dit indertijd tot stand is gekomen was niet vanzelfsprekend.

# Het beginsel van soevereiniteit

Het beginsel van soevereiniteit in het luchtruim wordt in internationaal recht waarschijnlijk goed weerspiegeld, hoewel niet letterlijk, in de Romeinse maxime "*cujus est solum, ejus est usque ad coelum et ad inferos*" (wie de grond toebehoort, behoort hem toe tot in de hemel en tot in de hel). Een latere definiëring van het eigendomsrecht luidt: "*The property of land includes the right of enjoyment of the airspace above the land, but that the right extends but as far as is necessary for the use of the land*" (Carel Asser, 1896 en Paul Scholten, 1905). Een meer brede invalshoek geeft echter aan dat het luchtruimgebruik gebonden is aan twee gebiedsgebonden principes, namelijk de soevereiniteit van de staat en de volledige vrijheid, overeenkomstig het beginsel van de vrije zee "*Mare Liberum*", deel van een verhandeling op schrift gesteld door de Nederlandse rechtsgeleerde *Grotius* (Hugo de Groot), voor het eerst gepubliceerd in 1609. Hij beschrijft in de verhandeling het recht van alle mogendheden om vrijelijk gebruik te maken van oceanen en zeeën, de vrije (volle) zee, dat wil zeggen het immense zeegebied (*res nullius*) dat buiten het rechtsgebied van landen ligt. Het beginsel van deze "volledige" vrijheid van de lucht veronderstelt in enge zin dat luchtvaartuigen het recht hebben om overal, dat wil zeggen boven het grondgebied van welke staat dan ook, zonder enige restrictie of supervisie het luchtruim in en uit te vliegen.

## Vrijheid met beperkingen of volledige soevereiniteit

Maar zelfs de meest fervente voorstanders van dit beginsel aan het eind van de negentiende eeuw, zoals de Franse hoogleraar internationaal recht, advocaat en pionier van het luchtrecht Paul Fauchille en de Belgische magistraat, hoogleraar rechtsgeschiedenis en internationaal publiekrecht Ernest Nys, zouden inzien dat bepaalde beperkingen in de praktische

uitvoering van de vrijheid van de lucht theorie, waarin toen geen exclusieve soevereiniteit aannemelijk werd bevonden, noodzakelijk zouden zijn. Als juristen respecteerden zij in ieder geval de bescherming van de onderliggende staat en erkenden zij de autoriteit om de rechten van de instandhouding van een territoriale zone uit te oefenen, indien dat nodig zou blijken te zijn. Boven die zone zou echter volledige vrijheid moeten heersen. Deze laatste ietwat simpele stelling laat zien dat in die tijd de luchtvaart zich nog nauwelijks ontwikkeld had.

Andere juristen, zoals Carl Ludwig von Bar, Duits hoogleraar internationaal recht, John Westlake, Engels advocaat conflictenrecht en de Amerikaan Simeon E. Baldwin, gouverneur, rechter en hoogleraar rechten, bleven vasthouden, zij het lichtelijk afgezwakt, aan de theorie van volledige en exclusieve soevereiniteit. Volgens von Bar in ieder geval tot een bepaalde hoogte aangezien daar boven het moeilijk was om de rechtsmacht af te dwingen, naar het inzicht van Westlake zelfs tot ongelimiteerde hoogte, slechts beperkt door een vrije doorgang voor het luchtverkeer en volgens de zienswijze van Baldwin het recht van de onafhankelijke staat om het gebruik van het luchtruim boven het grondgebied van die staat te reguleren ter bevordering van het algemeen belang.

Voor de snel groeiende internationale luchtvaart in de twintigste eeuw en daarna zouden deze theorieën bepaald niet meer volmaakt zijn. Het beginsel van volledige en exclusieve soevereiniteit blijkt een wezenlijk instrument te zijn om, onder meer, de veiligheid in het nationale luchtruim en het grondgebied van de staat te waarborgen. In deze optiek is in het nationale luchtruim de onderliggende staat vrij om naar eigen goeddunken het luchtverkeer te regelen, met in achtneming van de internationale verplichtingen die hij heeft aangegaan.

# Het verdrag van Chicago

Uit de artikelen 1 en 2 van het uit 1944 daterende en universeel geldende Verdrag inzake de Internationale Burgerlijke Luchtvaart (*Convention on International Civil Aviation*), kortweg het Verdrag van Chicago genoemd, blijkt dat iedere verdragsluitende staat soeverein is over het luchtruim boven zijn grondgebieden en de daaraan grenzende territoriale wateren. De breedte daarvan is volgens het VN Zeerechtverdrag, art. 3 (UNCLOS) bepaald binnen een grens van 12 zeemijlen. Dat wil dus zeggen dat het soevereiniteitsbeginsel aldaar eveneens prevaleert boven de vrijheid van de lucht, met uitzondering van de vrije zee en gebieden als Antarctica (art. 87b UNCLOS, *freedom of overflight*). Art. 1 van het Verdrag van Chicago luidt als volgt: "*Sovereignty. The contracting States recognize that every State has complete and exclusive sovereignty over the airspace above its territory*".

In het internationale luchtrecht neemt het beginsel van soevereiniteit een belangrijke plaats in vanwege het feit dat staten het recht hebben om hun jurisdictie op te leggen binnen het luchtruim boven het territorium. De vraag waar de grens tussen luchtruim en ruimte ligt, de zogenaamde delimitatiekwestie, is tot op heden niet afdoende beantwoord. Meestal wordt de Kármánlijn, zoals erkend door de FAI (*Fédération Aéronautique Internationale*), gebruikt.

Het beginsel van vrijheid van de lucht wordt in hoge mate begrensd door juridische regels welke veelal multilateraal zijn vastgelegd. Het Verdrag van Chicago geeft in art. 5 alleen in het ongeregelde internationale luchtvervoer aan luchtvaartuigen van een verdragsluitende staat de vrijheid om door het luchtruim van een andere verdragsluitende staat te vliegen en er een technische tussenlanding te maken, evenwel met inachtneming van de bepalingen van dit verdrag zoals veiligheid en cabotage. Hoewel het niet mogelijk bleek om tot een grotere vrijheid van de lucht te komen in een multilateraal verdrag, waren staten wel geneigd elkaar over en

weer bepaalde vrijheden, in de vorm van vergunningen toe te staan in bilaterale, zij het protectionistische dan wel liberale overeenkomsten gebaseerd op de bepalingen van de hierna genoemde multilaterale internationale overeenkomsten.

## **Het International Air Services Transit Agreement**

Tegelijkertijd met het Verdrag van Chicago sloten een aantal van de verdragsluitende staten de overeenkomst *International Air Services Transit Agreement* bevattende de eerste twee vrijheden van de lucht voor het geregelde luchtvervoer, oftewel operationele of technische vrijheden, alsmede de overeenkomst *International Air Transport Agreement*, die uiteindelijk veel minder significant bleek te zijn, bevattende zeven vrijheden of vervoersrechten voor het internationale geregelde luchtvervoer maar in feite ook voor het ongeregelde luchtvervoer.

Al deze rechten of vergunningen betekenen additionele maar tevens graduele concessies aan de nationale soevereiniteit. Anderzijds, behalve als er gebondenheid bestaat aan luchtvaart gerelateerde overeenkomsten, is elke staat nog steeds gemachtigd om voordeel te halen uit zijn eigen politieke en onderhandelingspositie, een gunstige geografische ligging dan wel vanwege eigen economische redenen, om eenzijdig te kunnen bepalen welke buitenlandse luchtvaartuigen zijn luchtruim mogen binnenvliegen of daarvan worden uitgesloten zoals om redenen van veiligheid. De twee bovengenoemde overeenkomsten zijn geassocieerd aan het Verdrag van Chicago.

## **De verdere ontwikkeling van het soevereiniteitsbeginsel**

De vraag is echter hoe de prominente en exclusieve positie van het soevereiniteitsbeginsel ten opzichte van het beginsel van

de vrijheid van de lucht tot stand is gekomen. Daarvoor moeten wij teruggaan naar het begin van de twintigste eeuw, en wel de eerste gemotoriseerde vlucht van de gebroeders Wilbur en Orville Wright in 1903, welke het begin inluidde van een moderne wijze van transport, de luchtvaart. Dit hoogtepunt in het pioniersstadium werd ruim een eeuw eerder voorafgegaan door het experimenteren met de vrije heteluchtballon (*montgolfière*) maar eveneens met de vrije waterstofgasballon (*charlière*) of een combinatie ervan waar mee in Frankrijk de gebroeders Joseph-Michel en Jacques-Étienne Montgolfier, hoogleraar natuurkunde Jacques Charles, Jean-Pierre Blanchard, uitvinder, François Laurent Marquis d'Arlandes en Jean-François Pilâtre de Rozier, leraar natuur- en scheikunde, enkele belangrijke records vestigden zoals Blanchard's oversteek van Het Kanaal vanuit Engeland richting Frankrijk in 1785.

Overigens, op 15 juni 1785 werd de Rozier het allereerste luchtvaartslachtoffer vanwege een exploderende hybride ballon (een combinatie van waterstofgas en hete lucht) volgens eigen ontwerp waarmee hij trachtte, al rivaliserend jegens Blanchard, de door somtijds optredende tegenwind meer uitdagende oversteek vanuit Frankrijk naar Engeland te maken. Met betrekking tot de nog primitieve luchtvaart manifesteerde de negentiende eeuw zich voornamelijk in tot mislukking gedoemde, meest zonderlinge, experimenten met door stoom aangedreven luchtvaartuigen (opkomst van de industriële revolutie) maar ook veelbelovende korte vluchten met zweeftoestellen (Otto Lilienthal) naast een flinke toename van het aantal records qua afstanden en hoogtes door aanzienlijk verbeterde luchtballonnen en luchtschepen (Henri Giffard), zelfs op internationaal niveau. Daardoor was er sprake van steeds meer grensoverschrijdende luchtvaartactiviteiten, alhoewel voor het merendeel op het gebied van oorlogsvoering. Het is dan ook niet bepaald opzienbarend dat het geheel aan mogelijkheden op luchtvaartgebied en derhalve ook de regulering ervan omstreeks de eeuwwisseling meer door militaire dan door civiele inbreng tot stand is gekomen.

Terugkomend op Fauchille ten aanzien van de juridische beginselen inzake de luchtvaart, hoe onbeduidend die activiteit in de periode rond de eeuwwisseling ook was, kan deze jurist terecht beschouwd worden als de pionier van het luchtrecht. Hij was het die een belangrijke impuls gaf aan de uiteindelijke codificatie van dit tamelijk nieuwe rechtsgebied.

Fauchille, rapporteur ten behoeve van het *Institute de Droit International* opgericht op 8 september 1873 te Gent, België, stelde in 1900 een studie voor over een nieuw onderwerp genaamd: "*Le régime juridique des aérostats*", om vervolgens in het daarop volgende jaar een uitvoerig discussiestuk te publiceren met als titel "*Le domaine aérien et le régime juridique des aérostats*", gepresenteerd als een gedetailleerde studie over het gebruik van de lucht, vergezeld van een voorgesteld wetboek met internationale voorschriften inhoudende juridische aspecten betreffende de luchtvaart. Een van zijn belangrijkste stellingen in deze studie ging over de vrijheid van de lucht.

De enige response op deze brede studie was een scherpe discussie gevoerd tussen groepen van internationaalrechtelijke specialisten. Er was een groep die de soevereiniteit van de staat niet alleen over het grondgebied met inbegrip van de territoriale wateren maar tevens over het bovenliggende luchtruim hoog in het vaandel hadden staan. Een andere groep verdedigde juist de stelling van de vrijheid van de lucht in extreme vorm naar analogie van de vrije zee. De laatste groep had juist tussenliggende meningen over de twee bovengenoemde theorieën.

Fauchille, als pure realist, beseftte in feite dat een staat nooit de vrijheid van de lucht in de extreme vorm, die hij oorspronkelijk voorstond, zou accepteren. Het bleek ook dat hij in zijn studie te gedetailleerd was geweest over allerlei vooruitstrevende aspecten van het luchtrecht hetgeen te vroeg in de tijd was aangezien de technische ontwikkeling van de luchtvaart nog duidelijk achterliep.

Opmerkelijk, een Nederlandse vrouwelijke advocaat, Johanna Francina Lycklama à Nijeholt analyseerde de voornamelijk tegengestelde opvattingen van verschillende rechtsgeleerden over de juridische positie van het luchtruim in haar dissertatie getiteld "De Luchtvaart in het Volkenrecht". Dit omvangrijke onderzoek heeft zij in 1910 afgerond ter verkrijging van de academische graad van doctor in de rechten aan de Universiteit van Leiden. In hetzelfde jaar werd de dissertatie in boekvorm gepubliceerd in het Engels met als titel "*Air Sovereignty*". Deze toentertijd zeer actuele juridische verhandeling is welbeschouwd in meerdere opzichten een historisch en weldoordacht document gebleken. Met recht werd haar conclusie dan ook bestempeld als judicieus.

Het was haar fascinatie voor de scherpe tegenstellingen tussen de beginselen van de vrijheid van de lucht en van soevereiniteit die haar tot deze studie heeft doen besluiten. Bovendien zou vanwege de opkomst van het gemotoriseerde luchtverkeer in het eerste decennium van de twintigste eeuw en derhalve de noodzaak van adequate internationale regelgeving, het uitermate belangrijke maar voornamelijk ook controversiële onderwerp op de agenda komen te staan van de eveneens in het jaar 1910 (van 18 mei tot 29 juni) te houden *Conférence Internationale de Navigation Aérienne* te Parijs onder auspiciën van het *Institute de Droit International*.

Voor haar studie raadpleegde Lycklama een aantal juristen gespecialiseerd in internationaal recht. Zij doorzocht voornamelijk hun literatuur en publicaties alsmede relevante wetgeving en jurisprudentie teneinde hun opinies en mogelijke oplossingen omtrent het controversiële onderwerp te verwerken in een scherpzinnige op schrift gestelde uiteenzetting. Het resultaat was tamelijk gedifferentieerd waarin zich principiële groepen manifesteerden.

Onder de voorstanders van het beginsel van de vrijheid van de lucht bevonden zich juristen (Nys, c.s.), hardliners, die geen enkele beperking tolereerden. Een andere groep was ook voorstander van hetzelfde beginsel maar dan met restricties met betrekking tot het luchtruim vanwege sommige aan de

onderliggende staat toegekende rechten, zonder dat deze rechten aan een bepaalde hoogte gebonden zouden moeten worden. Maar verreweg de meeste juristen, allen voorstanders van luchtvaartvrijheid, zagen als beste oplossing het instellen van een territoriaal luchtruim zoals voorgesteld door Fauchille die vervolgens verkondigde dat staten slechts die rechten mogen aanwenden welke nodig zouden zijn voor hun eigen bescherming. Daarvoor zou al het luchtverkeer in dat territoriale luchtruim in principe verboden moeten worden tot aan een hoogte variërend van ongeveer 1500 meter naar het oordeel van Fauchille en tot 500 meter volgens Ferdinand Ferber, een Franse militaire vlieger. Daarboven zou dan volledige vrijheid moeten heersen. Een andere geestverwant van Fauchille, de Zwitser Friedrich Meili, hoogleraar internationaal privaatrecht, kwam tot de overtuiging dat de onderliggende staat een zo speciaal belang heeft bij wat er in de lucht gebeurt dat de staat aldaar zijn rechtsmacht mag uitoefenen. Met andere woorden, een vergelijking toonde aan dat het zuivere beginsel van vrijheid van de lucht naar analogie van de vrije (volle) zee, zelfs met overigens zwak beredeneerde restricties, niet langer houdbaar was.

De veelal zorgvuldig voorbereide aanhangers van het beginsel van staatssoevereiniteit over het luchtruim waren verdeeld in rechtsgeleerden die volledige en exclusieve soevereiniteit nastreefden, echter tot een bepaalde hoogte, en rechtsgeleerden die de intentie hadden deze soevereiniteit tot ongelimiteerde hoogte te laten gelden. De enige beperking zou zijn het recht of privilege van "onschuldige passage," te weten de vlucht van een luchtvaartuig door het territoriale luchtruim van een andere staat.

## **De Parijse conferentie van 1910**

Lycklama's conclusie was dat de soevereiniteit van een staat net zo hoog zal reiken als de belangen van die staat, waarvan de mogelijkheid echter ophoudt aan de uiterste grens van de atmosfeer. Ook al is de staat misschien niet bij machte om de

belangen hoog in het luchtruim te beschermen of niet in staat is het gezag in elk deel van dat luchtruim te laten gelden, dan mag men niet concluderen dat er geen complete en exclusieve soevereiniteit is vanwege deze leemte. In principe behoort het luchtruim tot het grondgebied van de soevereine staat, dus de staat heeft volledige soevereiniteit tot een onbeperkte hoogte. Deze soevereiniteit kan alleen door middel van een overeenkomst worden beperkt of overgedragen dan wel buiten werking worden gesteld. Trouwens, zo stelde zij op grond van een strikt beargumenteerd vergelijkend onderzoek, de vrije zee en het luchtruim lijken zo weinig op elkaar in verhouding tot het land, maar ook de regels daaromtrent, dat er geen sprake kan zijn van analoge toepassing van het vrijheidsbeginsel. Na een zorgvuldige afweging beschouwde zij dit beginsel niet als een oplossing. Ergo, het soevereiniteitsbeginsel prevaleert boven de vrijheid van de lucht.

De controverse die Lycklama in haar dissertatie op grond van haar bevindingen schetste kwam overeen met de felle discussies over dit specifieke onderwerp tijdens de *Conférence Internationale de Navigation Aérienne* te Parijs (*Procès-Verbaux des Séances et Annexes*). Deze discussies namen erg veel tijd in beslag zodanig dat andere belangrijke onderwerpen onvoldoende werden behandeld. De Franse delegatie was voorstander van een systeem van vrijheid van de lucht op grond van de theorie van Fauchille. Duitse deskundigen (Ferdinand Graf von Zeppelin en Lassa Oppenheim, jurist, c.s.) waren aanvankelijk meer betrokken bij het Franse standpunt maar het was de Duitse delegatie die uiteindelijk partij koos ten faveure van het soevereiniteitsbeginsel, maar dan wel voorzien van een aantal aanpassingen.

De Duitse regering had in een verdragsontwerp bestaande uit 43 artikelen en 2 bijlagen, als antwoord op een door de Franse regering opgestelde enquête voor de komende conferentie, alreeds blijk gegeven van het duidelijk aandringen op het volledige recht van soevereine controle over vluchten boven het Duitse grondgebied. Dit degelijke historische document

werd niet alleen beschouwd als de werkelijke basis voor discussies tijdens de conferentie, maar werd ook als perfect voorbeeld gebruikt voor de ontwerpbepalingen ten dienste van de beoogde conventie, op te stellen door de gezamenlijke delegaties.

De Britse regering drong meer expliciet aan op volledige en exclusieve soevereiniteit en adequate controle over het luchtruim boven het grondgebied van de staat. Verder kwamen de 19 deelnemende Europese staten niet toe aan de puur politieke vraag welke beperkingen door de grondstaat konden worden opgelegd aan luchtvaartuigen van een andere deelnemende staat. De oorzaak van het mislukken van de onderhandelingen lag niet in de onmogelijkheid om overeenstemming te bereiken over de juridische status van het luchtruim, maar de kwestie van gelijke behandeling van nationale en buitenlandse luchtvaartuigen binnen het bruikbare luchtruim, anders gezegd tussen de beginselen van soevereiniteit en de vrijheid van de lucht. Bovendien werd men het niet eens of er een recht van "onschuldige passage" of de noodzaak van voorafgaande toestemming diende te zijn.

Ten aanzien van de Parijse conferentie van 1910 is volkomen duidelijk gebleken dat alle delegaties van de deelnemende staten op het gebied van staatssoevereiniteit niet verder zijn gekomen dan een tamelijk algemene internationale overeenstemming aangaande de vraag of het luchtruim boven het grondgebied van een staat deel uit maakt van dat grondgebied. Het fundamentele meningsverschil verhinderde dat de conferentie haar voornaamste doel bereikte, namelijk het creëren van een breed kader voor de internationale luchtvaart. Dat de besluitvorming en de ontwerpbepalingen voor de beoogde conventie in beginsel werden goedgekeurd, doch niet ondertekend, toont aan dat de staten tot de conclusie waren gekomen dat zij recht hadden om luchtverkeer over hun grondgebieden te reguleren.

Niettemin was deze conferentie van groot belang, zowel internationaalrechtelijk gezien als voor de regulering van het

snel toenemende internationale luchtverkeer. Was er tijdens het begin van de conferentie nog een geringe meerderheid die voor de vrijheid van de lucht was, weliswaar onderworpen aan beschermende rechten voor de onderliggende staat, erna bleek het tij toch te keren in die zin dat de theorie van Fauchille geen steun meer kon verwachten van de respectievelijke regeringen.

Naar aanleiding van het verergeren van de spanningen vanwege de Duitse Weltpolitik in de jaren voor het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog en het ontbreken van een overeenkomst inzake de regulering van het internationale luchtverkeer gingen een aantal Europese staten, sommigen op bilaterale wijze, maar voornamelijk individueel over tot zelfregulering van het luchtverkeer in het eigen luchtruim ter bescherming van de staat op basis van soevereiniteit.

De Parijse conferentie van 1910, beschouwd als de eerste politieke poging om beginselen van internationaal luchtrecht vast te stellen, vormde de basis voor latere conventies. Feitelijk bevat de *Convention Relating to the Regulation of Aerial Navigation*, getekend te Parijs in 1919, bepalingen die eerder opgesteld zijn tijdens de Parijse conferentie uit 1910. Bovendien is deze conventie, hoewel niet meer van kracht, historisch gezien het eerste multilaterale internationaalrechtelijke juridisch instrument op het gebied van luchtvaart geweest. Art. 1 van de Parijse conventie van 1919 luidde: "*The High Contracting States recognize that every Power has complete and exclusive sovereignty over the airspace above its territory. For the purpose of the present Convention, the territory of a State shall be understood as including the national territory, both that of the mother country and of the colonies, and the territorial waters adjacent thereto.*"

## Tot slot

De facto zijn de bepalingen van de conventie van 1919 alsmede de (in principe commerciële) *Pan-American Convention on*

*Commercial Aviation* (Verdrag van Havana) gesloten in 1928, in het bijzonder bedoeld voor Noord- en Zuid-Amerika, waarbij de Verenigde Staten als entiteit vanwege het isolationisme een separate vorm van internationale samenwerking in de regio nodig achtte, van wezenlijke invloed geweest ten aanzien van de totstandkoming van de meest relevante bepalingen opgenomen in het Verdrag van Chicago (1944), waarin het beginsel van soevereiniteit stevig verankerd en ondubbelzinnig universeel geldend is tot op de dag van vandaag.