

**COMMISSIE VAN ADVIES
INZAKE VOLKENRECHTELIJKE VRAAGSTUKKEN**

**ADVIES
INZAKE DE IMMUNITEIT VAN
BUITENLANDSE AMBTSDRAGERS**

**ADVIES No. 20
DEN HAAG
MEI 2011**

INHOUDSOPGAVE

1.	INLEIDING	5
1.1	Het dilemma tussen berechting door de nationale rechter en immuniteit	5
1.2	Het dilemma en de <i>Wet internationale misdrijven (WIM)</i>	7
1.3	Civielrechtelijke immuniteit	7
1.4	Bronnen van recht	8
2.	RECHTSMACHT EN IMMUNITEIT	10
2.1	Rechtsmacht en staatsimmuniteit	10
2.2	De immuniteit van personen die namens een staat handelen	11
3.	INTERNATIONALE MISDRIJVEN EN IMMUNITEIT	13
3.1	Een afweging van belangen	13
3.2	Het respecteren van persoonlijke immuniteit	13
3.3	De procesrechtelijke reikwijdte van persoonlijke immuniteit	15
3.4	Straffeloosheid voor internationale misdrijven <i>versus</i> een beroep op functionele immuniteit: drie benaderingen	18
3.4.1	Rechterlijke uitspraken	21
3.4.2	De beperking van immuniteit op grond van verdragsverplichtingen	22
3.4.2.1	De individuele verantwoordelijkheid van vertegenwoordigers van staten	23
3.4.2.2	Rechten en verplichtingen inzake strafrechtelijke vervolging en civielrechtelijke genoegdoening	24
3.4.2.3	De onmogelijkheid van een beroep op functionele immuniteit	26
3.5	Het Internationaal Strafhof	26
3.6	Samenvatting	29
4.	CATEGORIEËN VAN PERSONEN DIE PERSOONLIJKE IMMUNITEIT GENIETEN	30
4.1	Artikel 16 WIM als leidraad	30
4.2	Staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken	30
4.3	“andere personen voor zover hun immuniteit door het volkenrecht wordt erkend”	33
4.3.1	De immuniteit van andere ambtsdragers dan staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken	33
4.3.2	Immuniteit bij officiële missies	34
4.4	Immuniteit op grond van verdragen	39
4.4.1	Diplomatiek en technisch en administratief personeel van ambassades	40
4.4.2	Vertegenwoordigers van lidstaten van internationale organisaties	40
4.5	Conclusies	40

5.	DE ANTWOORDEN OP DE VRAGEN IN DE ADVIESAANVRAAG	42
5.1	Wat is op basis van het internationaal recht de reikwijdte van de strafrechtelijke immuniteit van buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken?	42
5.2	Zijn er naast de categorieën van zittende staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken ook andere buitenlandse overheidsfunctionarissen die (strafrechtelijke) immuniteit genieten? Zijn hiertoe criteria te formuleren? Wat zou de reikwijdte van die immuniteit zijn?	43
5.2.1	Aanbevelingen inzake officiële missies	43
5.3	Genieten deze personen ook immuniteit ten aanzien van administratiefrechtelijke en civielrechtelijke jurisdictie?	45
5.4	Aanpassing van de <i>Aanwijzing afdoening van aangiften met betrekking tot strafbaarstellingen in de WIM</i>	45

NOTEN

BIJLAGEN

1. Tekst van brief DJZ/IR-2009/289 van 18 december 2009
2. Lijst van bij de opstelling van het advies betrokken CAVV-leden
3. Lijst van CAVV leden (mei 2011)

Dankbetuigingen

Aan de gedachtevorming voor dit advies is ook door enkele externe deskundigen bijgedragen. De CAVV heeft het genoegen gehad van gedachten te wisselen met Zijne Excellentie dr. Roman A. Kolodkin. Naast ambassadeur van de Russische Federatie in Nederland, is dr. Kolodkin lid van de *International Law Commission* (ILC), die in het kader van de Verenigde Naties tot taak heeft het internationaal recht te ontwikkelen en te codificeren. Dr. Kolodkin is de Speciale Rapporteur van de ILC inzake het onderwerp Immuniteit van overheidsfunctionarissen van buitenlandse strafrechtelijke jurisdictie, dat sedert 2007 op de agenda van de ILC staat.¹ De CAVV heeft ook een nuttige gedachtewisseling gehad met een vertegenwoordiger van het Openbaar Ministerie. Zij is mr. Simon Minks, advocaat-generaal bij het ressortsparket te Den Haag, erkentelijk voor zijn stimulerende bijdrage. De CAVV dankt dr. Rosanne van Alebeek (Universiteit van Amsterdam) voor haar schriftelijke opmerkingen. Ten slotte wil de CAVV haar secretaris, mr. drs. Ineke van Bladel, hartelijk danken voor haar assistentie *beyond the call of duty* bij de opstelling van dit advies.

1. INLEIDING

1.1 Het dilemma tussen berechting door de nationale rechter en immuniteit

De Minister van Buitenlandse Zaken heeft de Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken (CAVV) advies gevraagd over de verhouding tussen de berechting van internationale misdrijven in Nederland en de belemmering die deze berechting kan ondervinden als gevolg van de immuniteit van buitenlandse overheidsfunctionarissen.² De aanvraag betreft een terrein van het internationaal recht dat op dit moment zeer in beweging is, zoals de CAVV ook bij het onderzoek bij de opstelling van dit advies heeft ondervonden.

In de adviesaanvraag formuleert de Minister het vraagstuk waarover advies wordt gevraagd als volgt:

“De Nederlandse praktijk wordt in toenemende mate geconfronteerd met vragen over de uitoefening van strafrechtsmacht door Nederland ten opzichte van buitenlandse overheidsfunctionarissen. Dit hangt onder meer samen met de aandacht voor het voorkomen van straffeloosheid voor ernstige internationale misdrijven. Hoewel immuniteit niet hoeft uit te monden in straffeloosheid, beperkt immuniteit (veelal tijdelijk) de mogelijkheid tot strafrechtelijke vervolging van buitenlandse functionarissen door Nederland.”

Internationale misdrijven zijn misdrijven die de vrede, de veiligheid en het welzijn van de mensheid bedreigen en die om die reden naar het oordeel van de internationale gemeenschap niet onbestraft mogen blijven. Daarbij moet worden gedacht aan genocide, misdrijven tegen de menselijkheid, waaronder foltering en gedwongen verdwijningen, en ernstige oorlogsmisdrijven.

De immuniteit van rechtsmacht die de Minister noemt als mogelijke beperking voor vervolging van deze misdrijven vormt een belangrijk internationaalrechtelijk instrument bij de toepassing van het beginsel, dat een staat niet aan de rechtsmacht van een andere staat mag worden onderworpen. Aan de basis van dit beginsel ligt, dat staten elkaars gelijken zijn en dat men zijns gelijken niet kan berechten. Omdat staten functioneren door het handelen van mensen, genieten ook de personen die voor staten optreden immuniteit. Het belang van de verdeling van rechtsmacht tussen staten en de rol van staatsimmuniteit bij deze verdeling komt in paragraaf 2.1 aan de orde. In paragraaf 2.2. worden de twee

verschijningsvormen van immuniteit van vertegenwoordigers van staten besproken: persoonlijke en functionele immuniteit. Functionele immuniteit betreft handelingen die overheidsfunctionarissen verrichten in hun officiële hoedanigheid. Persoonlijke immuniteit is niet tot deze handelingen beperkt en strekt zich ook uit tot privéhandelingen.

Het onderscheid tussen deze twee vormen van immuniteit is van grote betekenis, omdat in het internationaal recht overwegende steun wordt gevonden voor de opvatting, dat persoonlijke immuniteit in beginsel absoluut is. Voor het goede verloop van internationale betrekkingen wordt het namelijk onontbeerlijk geacht, dat bepaalde personen gezien hun ambt of gezien de handelingen die zij namens hun staat verrichten, gevrijwaard blijven van handelingen door een andere staat die deze betrekkingen belemmeren. Aan bijvoorbeeld staatshoofden en regeringsleiders, maar ook aan diplomaten, komt persoonlijke immuniteit toe.

Tegen de achtergrond van het gestelde in hoofdstuk 2 wordt in hoofdstuk 3 de afweging besproken van de belangen van, enerzijds, de berechting van internationale misdrijven door rechters van vreemde staten en, anderzijds, de mogelijkheid van beroep op immuniteit bij deze berechting. Na inleidende opmerkingen in paragraaf 3.1 wordt in paragraaf 3.2 de stelling onderbouwd, dat persoonlijke immuniteit in beginsel absoluut is. Paragraaf 3.3 betreft de procesrechtelijke reikwijdte van persoonlijke immuniteit.

Op het terrein van de functionele immuniteit voltrekt zich een ontwikkeling, waarin het belang van de bestrijding van straffeloosheid terrein wint op het beginsel, dat staten elkaars vertegenwoordigers niet berechten. In paragraaf 3.4 worden enkele gangbare benaderingen van deze ontwikkeling besproken aan de hand van rechterlijke uitspraken en de specifieke internationaalrechtelijke regimes die zich hebben ontwikkeld op basis van verdragen die internationale misdrijven strafbaar stellen. Ook de berechting door internationale straftribunalen getuigt van een internationale tendens tot uitbanning van straffeloosheid. Hoewel de adviesaanvraag niet deze hoven betreft, acht de CAVV het zinvol met name immuniteitsregels van het Internationaal Strafhof te bespreken. Dit gebeurt in paragraaf 3.5. Paragraaf 3.6 omvat een samenvatting van hoofdstuk 3.

1.2 Het dilemma en de *Wet internationale misdrijven (WIM)*

Het dilemma dat de Minister in de adviesaanvraag schetst, heeft ook gestalte gekregen in de *Wet internationale misdrijven (WIM)*.³ Aanleiding voor deze wet was, dat Nederland partij werd bij het Statuut van het Internationaal Strafhof.⁴ Aan het Statuut ligt het beginsel ten grondslag dat, voor het geval zowel nationale gerechten als het Strafhof bevoegd zijn om rechtsmacht uit te oefenen, nationale gerechten de voorrang hebben. De WIM scheidt de Nederlandse rechtsmacht voor de misdrijven die in het Statuut van het Hof strafbaar worden gesteld. De wet maakt echter in artikel 16 een uitzondering voor personen die op grond van het internationaal recht immuniteit genieten. Artikel 16 WIM luidt:

“Strafvervolgning voor een der in deze wet omschreven misdrijven is uitgesloten ten aanzien van:

- (a) buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken, zolang zij als zodanig in functie zijn, alsmede andere personen voor zover hun immuniteit door het volkenrecht wordt erkend;
- (b) personen die over immuniteit beschikken op grond van enig verdrag dat binnen het Koninkrijk voor Nederland geldt.”

In hoofdstuk 4 wordt artikel 16 WIM besproken. In dat hoofdstuk staat ook het antwoord op twee vragen die de Minister stelt en die luiden:

“Wat is op basis van het internationaal recht de reikwijdte van de strafrechtelijke immuniteit van buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken?”

en

“Zijn er naast de categorieën van zittende staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken ook andere buitenlandse overheidsfunctionarissen die (strafrechtelijke) immuniteit genieten? Zijn hiertoe criteria te formuleren? Wat zou de reikwijdte van die immuniteit zijn?”

1.3 Civielrechtelijke immuniteit

De laatste vraag in de adviesaanvraag luidt:

“Genieten deze personen ook immuniteit ten aanzien van administratiefrechtelijke en civielrechtelijke jurisdictie?”

Zoals in deze Inleiding al werd benadrukt en ook verder in dit advies zal blijken, is het internationaal recht waar het gaat om de verhouding tussen de bestrijding van straffeloosheid van internationale misdrijven en immuniteit sterk in beweging. In de literatuur hierover ligt de nadruk op het strafrecht. Het is echter opvallend, dat in

deze literatuur vaak naar civielrechtelijke uitspraken van nationale rechters wordt verwezen. Gezien deze verwevenheid koos de CAVV ervoor om de civielrechtelijke immuniteit van vertegenwoordigers van staten niet in een apart hoofdstuk te behandelen, maar in de loop van het betoog in dit advies. Met name het gestelde in paragraaf 3.3 vraagt daarbij de aandacht.

De CAVV acht het hoogst onwaarschijnlijk dat er een administratiefrechtelijke procedure inzake internationale misdrijven voor een nationale rechter zal worden gevoerd. Zij laat dit aspect van vraag 3 dan ook buiten beschouwing.

In hoofdstuk 5 worden de vragen beantwoord. De bevindingen inzake civielrechtelijke immuniteit worden samengevat in het antwoord op vraag 3.

1.4 Bronnen van recht

De ontwikkelingen in het spanningsveld tussen internationale misdrijven en immuniteit van rechtsmacht noodzaken tot een zorgvuldige motivering van de grondslag van de verschillende onderdelen van het advies.

In het internationaal recht worden verdragen, het internationaal gewoonterecht, (inter)nationale rechtspraak en de bevindingen van gezaghebbende auteurs als belangrijke bronnen beschouwd.

Zowel over de bestrijding van internationale misdrijven als over de immuniteit van rechtsmacht zijn verdragen gesloten. Het VN Verdrag inzake de voorkoming en bestraffing van genocide, het Verdrag tegen foltering en het Verdrag tegen gedwongen verdwijningen zijn voorbeelden van verdragen op het gebied van internationale misdrijven. Ook de zgn. Rode Kruis Verdragen van Geneve betreffen internationale misdrijven.⁵ De Verdragen van Wenen inzake diplomatiek verkeer en inzake consulaire betrekkingen betreffen de rechten en verplichtingen van diplomatieke en consulaire vertegenwoordigingen van staten en hun medewerkers op het grondgebied van andere staten en het Verdrag over speciale missies regelt de immuniteit van deze missies.⁶

De immuniteit van staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken is echter niet neergelegd in verdragen, maar in het internationaal gewoonterecht. Dit recht ontstaat door het gedrag van staten in de praktijk (*usus*; de gewoonte) en door de erkenning dat deze gewoonte als recht is aanvaard (*opinio juris*). Het bestaan van een gewoonte en de erkenning daarvan als recht zijn niet altijd makkelijk aan te tonen en wat gewoonterecht precies inhoudt is niet altijd eenduidig vast te stellen.

Tot de bronnen van gewoonterecht behoren verdragen. Deze kunnen bestaan of zich ontwikkelend gewoonterecht bevestigen.⁷ De meest betrouwbare bron voor de vaststelling van internationaal gewoonterecht zijn de opvattingen van regeringen zoals die in de loop van de tijd bekend worden. Dit is echter een betrekkelijk ontoegankelijke bron. Bevestiging van deze opvattingen kan onder andere worden gevonden in internationale en nationale rechtspraak. Bij de interpretatie van uitspraken van nationale rechters is echter voorzichtigheid geboden, omdat deze moet worden geplaatst tegen de achtergrond van het rechtssysteem en het politieke klimaat van de staat van de rechter.

Zowel wat betreft bronnen van overheidshandelen als wat betreft de beoordeling van nationale en internationale rechtspraak kan voorts gebruik worden gemaakt van de bevindingen van auteurs.⁸

2. RECHTSMACHT EN IMMUNITEIT

2.1 Rechtsmacht en staatsimmunititeit

Het internationaal recht heeft zich ontwikkeld tegen de achtergrond van de opkomst van een gemeenschap van soevereine en territoriaal begrensde staten, die vanuit het beginsel van soevereine gelijkheid ten opzichte van elkaar respect dienen te betrachten. Binnen deze gemeenschap van staten werd het internationaal recht in eerste instantie vooral gebruikt als een instrument voor de afbakening van de grenzen van het staatsgezag. Deze afbakeningsfunctie is nog steeds van groot belang. Dit komt onder andere naar voren in de regels die de rechtsmacht van staten bepalen om nationale rechtsregels te maken en op te treden ter handhaving en berechting van nationale en internationale rechtsregels. De reikwijdte van deze rechtsmacht is vooral territoriaal bepaald,⁹ maar kan ook van toepassing zijn op gebeurtenissen of handelingen buiten het grondgebied van de staat, zoals op schepen en in vliegtuigen die in de staat geregistreerd staan, of op handelingen van onderdanen en soms niet-onderdanen buiten het grondgebied van de staat.¹⁰ Het internationaal recht geeft hierbij aan, waar de grenzen van de rechtsmacht van een staat liggen, zodat wordt voorkomen dat de uitoefening van rechtsmacht leidt tot onaanvaardbare aantasting van de rechten van andere staten. Een belangrijke regel bij de begrenzing van de rechtsmacht van staten is, dat het handelen van een staat in beginsel niet aan de rechtsmacht van een andere staat kan worden onderworpen: *par in parem non habet imperium* (zijn gelijken mag men niet berechten). Dit betekent onder meer dat overheidshandelingen niet onderworpen zijn aan het straf-, civiel- en administratiefrechtelijk oordeel van een nationale rechter van een andere staat.

De staatsimmunititeit heeft zich in de afgelopen eeuw ontwikkeld van absolute immunititeit (geen enkel handelen van de staat kon worden onderworpen aan de rechtsmacht van een andere staat) tot een relatieve staatsimmunititeit, waarbij het van belang is te kijken naar de handeling zelf. Voor bijvoorbeeld puur commerciële handelingen van een staat wordt niet langer aangenomen dat de staat civielrechtelijke immunititeit van rechtsmacht van een vreemde rechter heeft.

De internationale regels betreffende staatsimmunititeit zijn vooral gebaseerd op gewoonterecht. In het kader van de Verenigde Naties is in 2004 het Verdrag inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen aangenomen. Dit Verdrag weerspiegelt op hoofdlijnen het gewoonterecht. Het is nog niet in werking.¹¹

2.2 De immuniteit van personen die namens een staat handelen

In het verlengde van de immuniteit van de staat zelf ligt de immuniteit van personen die namens die staat handelen. Een staat kan immers slechts functioneren door het handelen van mensen.

De immuniteit van ambtsdragers kent twee verschijningsvormen: *functionele immuniteit* (immuniteit *ratione materiae*) en *persoonlijke immuniteit* (immuniteit *ratione personae*). Ambtsdragers genieten functionele immuniteit van rechtsmacht van een vreemde staat op het gebied van straf-, civiel en administratief recht voor handelingen verricht in hun officiële hoedanigheid.¹² Personen die namens een staat optreden doen dat immers uit naam van die staat en zij kunnen daarom niet juridisch op dit handelen door een vreemde staat worden aangesproken. Functionele immuniteit is een instrument om de verantwoordelijkheid voor het handelen van een overheidsfunctionaris bij de staat te leggen. Zou dit niet zo zijn, dan zou, door het aanspreken van staatsfunctionarissen op hun handelen namens de staat, het beginsel van staatsimmunititeit worden omzeild. De functionele immuniteit van overheidsfunctionarissen is verzekerd in artikel 2, eerste lid, onder (b) van het Verdrag inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen.¹³

Persoonlijke immuniteit is niet beperkt tot daden verricht in het kader van de officiële functie-uitoefening, maar strekt zich uit tot alle handelingen, inclusief privéhandelingen. Het gaat om een volledige immuniteit van rechtsmacht van een vreemde staat. De termen “persoonlijke” en “volledige” immuniteit worden in de praktijk als synoniem gehanteerd. Zo spreekt het Internationaal Gerechtshof in de *Arrest Warrant* zaak (waarover later meer) over “*full immunity*”.¹⁴

Persoonlijke immuniteit komt van oudsher toe aan staatshoofden. Deze toekenning is onomstreden, onder meer omdat staatshoofden worden gezien als de verpersoonlijking van een staat. Zij moeten in het buitenland ongestoord kunnen handelen in het licht van het goede verloop van de internationale betrekkingen.¹⁵ Meer recent is algemeen erkend dat ook regeringsleiders, om dezelfde redenen, persoonlijke immuniteit genieten. In de *Arrest Warrant* zaak wordt deze vorm van immuniteit door het Internationaal Gerechtshof ook toegekend aan ministers van buitenlandse zaken. Het ongestoorde verloop van de internationale betrekkingen kan, zoals in paragraaf 4.3 wordt besproken, een reden zijn voor de verlening van persoonlijke immuniteit aan andere vertegenwoordigers van vreemde staten.

Zoals de staatsimmuniteit zijn absolute karakter heeft verloren, zijn er ook ten aanzien van de immuniteit van personen die namens een staat handelen ontwikkelingen gaande die de reikwijdte van deze immuniteit beïnvloeden. Relativering van immuniteit op het gebied van de bestrijding van straffeloosheid van internationale misdrijven is het onderwerp van het volgende hoofdstuk, waarin zal blijken dat de persoonlijke immuniteit in tact blijft en dat deze relativering zich vrijwel geheel op het terrein van de functionele immuniteit manifesteert.

3. INTERNATIONALE MISDRIJVEN EN IMMUNITEIT

3.1 Een afweging van belangen

In het vorige hoofdstuk is als reden voor het bestaan van immuniteit in het internationaal recht gegeven, dat dit een instrument vormt voor de afbakening van de rechtsmacht van staten en dat deze afbakening onontbeerlijk is voor de interstatelijke betrekkingen. Het ontegenzeggelijk grote belang van het goede verloop van deze betrekkingen staat echter steeds meer onder druk van het gewicht, dat aan de bestrijding van de straffeloosheid van plegers van internationale misdrijven wordt gegeven. Tekenend voor deze ontwikkeling is de uitspraak van voormalig secretaris-generaal van de Verenigde Naties Kofi Annan, dat de instelling van het Internationaal Strafhof helpt “*the global culture of impunity*” te beëindigen.¹⁶

3.2 Het respecteren van persoonlijke immuniteit

Uit de statenpraktijk, de (inter)nationale rechtspraak en de literatuur blijkt, dat persoonlijke immuniteit in relatie tot internationale misdrijven onaangetast blijft. Dit vindt hoofdzakelijk zijn grondslag in de opvatting, dat bepaalde personen gezien hun ambt of gezien de handelingen die zij namens een staat verrichten, in het belang van de ongestoorde internationale betrekkingen gevrijwaard moeten zijn van handelingen door een andere staat die deze betrekkingen belemmeren.¹⁷

Deze opvatting komt sterk naar voren in de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof in de *Arrest Warrant* zaak (2002). Deze zaak gaat over een door België bij verstek uitgevaardigd arrestatiebevel van de Congolese Minister van Buitenlandse Zaken wegens misdaden tegen de menselijkheid en genocide. Het Hof stelt vast dat een minister van buitenlandse zaken persoonlijke immuniteit (*‘full immunity’*) toekomt:

*“The Court accordingly concludes that the functions of a Minister for Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, he or she when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability. That immunity and that inviolability protect the individual concerned against any act of authority of another State which would hinder him or her in the performance of his or her duties.”*¹⁸

Op basis van de praktijk van staten concludeert het Hof voorts dat het:

“has been unable to deduce [...] that there exists under customary international law any form of exception to the rule according immunity from criminal jurisdiction and inviolability to incumbent Ministers for Foreign Affairs, where they are suspected of having committed war crimes or crimes against humanity.”¹⁹

Omdat het Hof aan zittende ministers van buitenlandse zaken persoonlijke immuniteit toekent, kunnen deze passages worden gezien als een bevestiging van de opvatting dat persoonlijke immuniteit prevaleert boven berechting voor oorlogsmisdrijven of misdaden tegen de menselijkheid door een vreemde staat.

In de *Arrest Warrant* zaak gaat het Hof verder niet in op het onderscheid tussen persoonlijke en functionele immuniteit. Het laat daarmee de vraag open of functionele immuniteit bestaat in geval van internationale misdrijven. Het legt de nadruk op de immuniteit van een zittende (“*incumbent*”) minister van buitenlandse zaken. Het Hof stelt weliswaar dat:

“[i]t should further be noted that the rules governing the jurisdiction of national courts must be carefully distinguished from those governing jurisdictional immunities [...]. Thus, although various international conventions or the prevention and punishment of certain serious crimes impose on States obligations of prosecution or extradition, thereby requiring them to extend their criminal jurisdiction, such extension of jurisdiction in no way affects immunities under customary international law, including those of Ministers for Foreign Affairs. These remain opposable before the courts of a foreign State, even where those courts exercise such a jurisdiction under these conventions.”²⁰

Of immuniteit kan bestaan voor internationale misdrijven, hangt in de opvatting van het Hof dus af van de stand van zaken van het gewoonterecht op dit gebied. Deze vraag, en het daarmee samenhangende onderzoek naar de stand van zaken van het gewoonterecht, is van belang, aangezien na beëindiging van hun ambt voor staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken alleen functionele immuniteit blijft bestaan. Dit komt verder aan de orde in 3.4.

Een duidelijk standpunt in dit debat wordt ingenomen door het *Institut de droit international* (IDI) in de *Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State* (2009).²¹ Resoluties van het IDI verwoorden de opvatting van vooraanstaande internationale juristen en worden beschouwd als zeer gezaghebbend. Artikel III, eerste lid van de Resolutie stelt dat:

"[n]o immunity from jurisdiction other than personal immunity in accordance with international law applies with regard to international crimes."

Het IDI is dus van mening dat persoonlijke immuniteit bestaat voor internationale misdrijven. Uit de woorden "other than" blijkt bovendien, dat het bestaan van functionele immuniteit voor internationale misdrijven volledig wordt afgewezen.

Ook de CAVV erkent als de gangbare doctrine, dat het respecteren van persoonlijke immuniteit een algemene internationale rechtsplicht is die ook in zaken die internationale misdrijven betreffen, dient te worden gehonoreerd,.

Deze conclusie geldt de uitoefening van elke vorm van rechtsmacht door een vreemde staat ten aanzien van een drager van persoonlijke immuniteit, dus zowel voor strafrechtelijke als civielrechtelijk rechtsmacht.

3.3 De procesrechtelijke reikwijdte van persoonlijke immuniteit

In de *Arrest Warrant* zaak stelde het Internationaal Gerechtshof, dat België de immuniteit van de Congolese Minister van Buitenlandse Zaken schond door de uitvaardiging van een internationaal arrestatiebevel. Niet alle strafprocesrechtelijke maatregelen tegen een immuniteitsgerechtigde zijn echter ongeoorloofd. Dit bleek in de zaak voor het Internationaal Gerechtshof, waarin het onder meer ging om een Franse uitnodiging tot getuigen aan het staatshoofd van Djibouti (2008).²² Volgens Djibouti was dat een inbreuk op de regel van internationaal gewoonterecht die staten ertoe verplicht te verhinderen, dat de persoon, vrijheid of waardigheid van een staatshoofd van een ander land wordt belemmerd.²³ Frankrijk benadrukte, dat het staatshoofd de uitnodiging kon weigeren; de Franse autoriteiten hadden geen belemmerende maatregel uitgevaardigd. Dit laatste acht het Hof doorslaggevend voor de bepaling of de immuniteit van het staatshoofd was geschonden. Omdat het staatshoofd niet verplicht was te verschijnen, had Frankrijk het internationaal recht niet geschonden. Het Hof, citerend uit de *Arrest Warrant* zaak, stelt dat:

"A Head of State enjoys in particular 'full immunity from criminal jurisdiction and inviolability' which protects him or her 'against any act of authority of another State which would hinder him or her in the performance of his or her duties'"

en concludeert vervolgens dat:

“the determining factor in assessing whether or not there has been an attack on the immunity of the Head of State lies in the subjection of the latter to a constraining act of authority.”²⁴

Bij de beoordeling of strafprocesrechtelijke maatregelen tegen een immuniteitsgerechtigde kunnen worden genomen, acht de CAVV het door het Internationaal Gerechtshof geformuleerde criterium, dat niet-belemmerende handelingen geen schending vormen van de immuniteitsregel voor dragers van persoonlijke immuniteit, bruikbaar.²⁵ Zolang immers een handeling de reden voor het verlenen van immuniteit niet raakt, raakt deze handeling ook de immuniteit niet.²⁶

De CAVV is van mening dat het door het Hof geformuleerde criterium ook bruikbaar is in civielrechtelijke zaken. Dit betekent dat de Nederlandse rechter in civiele zaken waarin een beroep op persoonlijke immuniteit wordt gedaan, rechtsmacht heeft voor zover de uitoefening van die rechtsmacht geen handelingen betreft die de betrokken persoon belemmeren in de uitoefening van zijn taken of hem aantasten in zijn waardigheid als vertegenwoordiger van een vreemde staat. De grens tussen belemmerende en niet-belemmerende handelingen is in het civiele recht wellicht minder makkelijk te trekken dan in het straf(proces)recht. Een behandeling van of zelfs toewijzing van een vordering van schadevergoeding tegen een vreemd staatshoofd hoeft geen handeling op te leveren, die deze persoon in de uitvoering van zijn taak belemmert. De bewegingsvrijheid van de drager van persoonlijke immuniteit wordt hierdoor niet noodzakelijkerwijs belemmerd. Dit is anders wanneer tot executie van een vonnis wordt overgegaan.

De CAVV is van mening dat in civielrechtelijke zaken terughoudendheid van de rechter op zijn plaats is. Het hierboven gehanteerde criterium voor het respecteren van persoonlijke immuniteit, namelijk het ongehinderd kunnen uitvoeren van staatsaken, is immers niet het enige criterium. Persoonlijke immuniteit, als teken van waardigheid, is ook nog steeds symbolisch voor het respecteren van de andere staat als gelijke en daarmee relevant voor de wederzijdse betrekkingen. Dit element kan niet geheel worden losgelaten.²⁷ Dit ligt in het verlengde van de staatsimmuniteit.

Dat voor het soepele verloop van de internationale betrekkingen op dit punt terughoudendheid van de nationale rechter is geboden, stelde ook de Nederlandse rechter in een zaak tegen de toenmalig Amerikaanse president Bush vast:

“toewijzing van een of meer van de vorderingen van eisers [heeft] verregaande gevolgen [...] voor de verhoudingen tussen Nederland en de Verenigde Staten, en daarmee ook voor het Nederlandse beleid op het terrein van de buitenlandse betrekkingen.”²⁸

De genoemde terughoudendheid wordt in het algemeen ook betracht door rechters in andere landen. Als voorbeeld in het Verenigd Koninkrijk kan de zaak *Jones* worden genoemd.²⁹ In de Verenigde Staten bestaat op dit terrein een uitgebreide jurisprudentie. Amerikaanse rechtszaken over (staats)immunititeit kennen evenwel de bijzonderheid, dat de uitvoerende macht de rechterlijke macht in een zogenoemde “*suggestion of immunity*” kan voorschrijven dat een beroep op immunititeit moet worden gehonoreerd. Dit is gebaseerd op een uitspraak van het Amerikaanse Hoogerechtshof, waarbij de redengeving luidde, dat het

*“must be accepted by the courts as a conclusive determination by the political arm of the Government’ that the retention of jurisdiction by the courts would jeopardize the conduct of foreign relations.”*³⁰

Dit weerhield de Amerikaanse rechter in de zaak *Li Weixum v. Bo Xilai* er niet van om, na te hebben aangegeven de “*suggestion of immunity*” te zullen honoreren, zelf ook zijn ontbreken van rechtsmacht te beargumenteren:

*“For the Court to adjudicate this case would contravene a foreign policy decision taken by the Executive, [...] offer the prospect of inconsistent pronouncements in a sensitive foreign relations context and [...] continue to place undesirable stress upon U.S. relations with China.”*³¹

Wat betreft de procesrechtelijke reikwijdte concludeert de CAVV, dat het Internationaal Gerechtshof een bruikbaar criterium heeft geformuleerd, dat zowel in straf- en civielrechtelijke zaken toepasbaar is. Dit criterium houdt in, dat alleen handelingen geoorloofd zijn die de immunitetsgerechtigde niet belemmeren in de uitvoering van zijn taken. Bij het bepalen van de reikwijdte in concrete civielrechtelijke zaken bepleit de CAVV een terughoudende opstelling van de rechter in het belang van de wederzijdse betrekkingen.

3.4 Straffeloosheid voor internationale misdrijven versus een beroep op functionele immuniteit: drie benaderingen

In deze paragraaf komen drie benaderingen ter beargumentering van een beperking van de functionele immuniteit ten faveure van de bestraffing van internationale misdrijven aan de orde.

De *eerste benadering* huldigt de stelling, dat het plegen van een internationaal misdrijf geen officiële taak van een staat kan zijn en dat deze handeling daarom altijd als een privéhandeling van een persoon moet worden beschouwd. Omdat het plegen van het misdrijf geen staatszaak is, kan de pleger, dan wel de staat van de pleger, geen functionele immuniteit inroepen.³²

Deze benadering vindt erkenning in nationale rechtspraak ten aanzien van ambtsdragers.³³ In 2000 stelde bijvoorbeeld het Gerechtshof Amsterdam in een zaak over de zogenaamde decembermoorden in Suriname tegen het toenmalig Surinaamse staatshoofd Bouterse:

“[h]et plegen van zeer ernstige strafbare feiten als waarom het hier gaat, kan immers niet tot de officiële taken van een staatshoofd worden gerekend.”³⁴

In de *Arrest Warrant* zaak formuleerden drie rechters van het Internationaal Gerechtshof deze visie als volgt:

“It is now increasingly claimed in the literature [...] that serious international crimes cannot be regarded as official acts because they are neither normal State functions nor functions that a State alone (in contrast to an individual) can perform [...]. This view is underscored by the increasing realization that State-related motives are not the proper test for determining what constitutes public state acts. The same view is gradually also finding expression in State practice, as evidenced in judicial decisions and opinions. [...] See [...] the speeches of Lords Hutton and Phillips of Worth Matravers in R. v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis und Others, ex parte Pinochet ("Pinochet III"); and of Lords Steyn and Nicholls of Birkenhead in "Pinochet I", as well as the judgment of the Court of Appeal of Amsterdam in the Bouterse case (Gerechtshof Amsterdam, 20 November 2000, para. 4.2).”³⁵

Tegen deze opvatting kan als bezwaar worden ingebracht, dat internationale misdrijven in veel gevallen juist worden begaan door personen die gebruik kunnen maken van middelen die een staat ter beschikking staan. Soms vormen de internationale misdrijven zelfs een onderdeel van staatsbeleid.³⁶

Op grond van de vaak feitelijk aantoonbare verwevenheid van veel internationale misdrijven met het staatsapparaat, is het standpunt dat misdrijven niet tot de officiële taken van een staat en daarmee tot het handelen van een ambtsdrager kunnen behoren niet voldoende overtuigend als rechtsgrond voor het beperken van functionele immuniteit.³⁷

Een *tweede benadering* die veel aandacht krijgt in de literatuur gaat ervan uit, dat het begaan van internationale misdrijven een schending van dwingende normen van internationaal recht (*ius cogens*) inhoudt.³⁸ Deze normen hebben voorrang op andere normen van internationaal recht. Een beroep op immuniteit in zaken over schending van *ius cogens* normen voor buitenlandse nationale rechters zou daarmee zijn uitgesloten.³⁹

In deze benadering wordt echter het verschil veronachtzaamd tussen het materiële karakter van *ius cogens* normen en het procedurele karakter van regels van immuniteit. Het verbod tot schending van *ius cogens* normen vormt een verbod van (bijvoorbeeld) genocide of foltering en omvat niet de eis tot uitoefening van rechtsmacht door vreemde staten.

Een variant in deze benadering gaat ervan uit, dat handelen in strijd met *ius cogens* een verplichting tot het uitoefenen van universele jurisdictie met zich zou meebrengen. Universele jurisdictie houdt in, dat alle staten het recht hebben elke verdachte van bepaalde misdrijven te vervolgen. In deze visie wordt echter aan de verplichting tot toepassing van universele jurisdictie het karakter van een *ius cogens* norm toegekend, maar daarvoor is geen basis in het internationaal recht te vinden. In dit kader wijst de CAVV op de zaak *Al-Adsani v. United Kingdom* bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, waarin dit Hof oordeelde dat staatsimmunitet niet opzij gezet wordt door civielrechtelijke claims op schadevergoeding op grond van schending van een norm van *ius cogens*, i.c. het verbod op foltering.⁴⁰ Het Hof:

“while noting the growing recognition of the overriding importance of the prohibition of torture, does not accordingly find it established that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages for alleged torture committed outside the forum State.”

Overigens wordt het beginsel van universele strafrechtsjurisdictie in de praktijk weinig in onverkorte vorm toegepast, omdat staten daarop beperkingen aanbrengen. Zo wordt dit beginsel in Nederland op grond van de WIM alleen toegepast op personen die zich op Nederlands grondgebied bevinden.⁴¹ Internationaalrechtelijke verplichtingen tot uitoefening van (beperkte) universele rechtsmacht worden, zoals in paragraaf 3.4.2 wordt uiteengezet, opgelegd in verdragen en zijn in een aantal gevallen, zoals voor genocide en foltering, (tevens) gegrond op het internationaal gewoonterecht. Ook deze benadering acht de CAVV onvoldoende overtuigend.

De CAVV kiest voor een *derde benadering*, namelijk dat een beroep op functionele immuniteit faalt *omdat* het een beschuldiging van het plegen van internationale misdrijven betreft.⁴² Deze benadering gaat uit van individuele aansprakelijkheid van personen voor internationale misdrijven, ongeacht of zij een staat vertegenwoordigen. Internationale misdrijven worden gepleegd door personen, ook al maken zij daarbij gebruik van de middelen van een staat, of geven zij daarmee uitvoering aan statelijk beleid. De persoon schendt internationale normen. Dit staat los van eventuele parallelle aansprakelijkheid van de staat hiervoor. Terwijl in het klassieke internationaal recht handelingen van ambtsdragers in de uitoefening van hun taak alleen aan de staat konden worden toegerekend, heeft de ontwikkeling betreffende internationale misdrijven binnen het internationaal recht tot gevolg dat ook de persoon die het misdrijf pleegt hiervoor verantwoordelijk kan worden gehouden.

Deze benadering aanvaardt de individuele strafrechtelijke verantwoordelijkheid van personen voor internationale misdrijven als zelfstandig rechtsbeginsel en is niet afhankelijk van een meer indirecte redenering zoals in de voorgaande twee benaderingen.

De CAVV benadrukt, dat de keuze voor de hier geschetste benadering tevens een rechtspolitieke keuze is, aangezien het hier gaat om een ontwikkeling die in het internationaal recht nog niet is uitgekristalliseerd. Het gaat uiteindelijk ook om een afweging tussen enerzijds het belang van de ongestoorde internationale betrekkingen en anderzijds het belang van de bestrijding van de straffeloosheid van

internationale misdrijven. Zo lang hoge ambtsdragers in functie zijn, kan het eerste belang zwaarder wegen. Maar als de ambtsdragers niet langer in functie zijn, moet groter gewicht worden toegekend aan het tweede belang.

Nederland kan, door te kiezen voor de hier verdedigde benadering, een nuttige bijdrage leveren aan de vorming van internationaal gewoonterecht, dat immers afhankelijk is van de statenpraktijk.

3.4.1 Rechterlijke uitspraken

De drie benaderingen die in de voorgaande paragraaf worden besproken ondervinden zowel steun als kritiek in uitspraken van nationale en internationale rechters. In de al genoemde *separate opinion* van de drie rechters van het Internationaal Gerechtshof in de *Arrest Warrant* zaak worden uitspraken genoemd, die veelal dienen ter ondersteuning van de visie dat internationale misdrijven geen staatstaak of -handelingen kunnen zijn, waaronder de zaken in het Verenigd Koninkrijk over de uitlevering van het voormalige Chileense staatshoofd Pinochet aan Spanje.⁴³ In de uiteindelijke beslissing in deze zaak (*Pinochet III*), steunen Lord Hatton en Lord Philips de betreffende visie, maar daartegenover staat, in dezelfde zaak, de mening van Lord Goff.⁴⁴

Ook in de tweede benadering die in paragraaf 3.4 wordt besproken, wordt steun gevonden in *Pinochet III*,⁴⁵ alsmede in de zaken *Ferrini* en *Lozano* voor het Italiaanse Hof van Cassatie.⁴⁶ In de al genoemde *Al-Adsani* zaak voor het Europese Hof voor de Rechten van de Mens werd deze visie evenwel weerlegd.⁴⁷

Steun voor de benadering dat een beroep op functionele immuniteit faalt *omdat* het een beschuldiging van het plegen van internationale misdrijven betreft, wordt gevonden in de zaken voor de hoven in Neurenberg en Tokyo na de Tweede Wereldoorlog.

Artikel 7 van het Neurenberg Handvest luidt:

“De officiële positie van de beklaagden, zij het als staatshoofd of als verantwoordelijke functionaris in overheidsdepartementen, zal hen niet vrijwaren van verantwoordelijkheid of de straf verminderen.”⁴⁸

Volgens *Kolodkin* weerspiegelt artikel 7 de overeenstemming tussen de betrokken staten dat voor de overheidsfunctionarissen die in Neurenberg terechtstonden geen immuniteit gold. Dit vormt echter volgens hem geen bewijs, dat er een algemene norm van internationaal gewoonterecht zou bestaan, dat bij internationale misdrijven geen functionele immuniteit zou gelden.⁴⁹

Kolodkin becommentarieert voorts zaken, waarnaar door niet-gouvernementele organisaties die deze benadering aanhangen in het algemeen wordt verwezen.⁵⁰ Bij de bespreking van het verloop van deze zaken wijst hij er onder meer op, dat in bepaalde zaken door de staat van de nationaliteit van betrokken persoon geen beroep op immuniteit werd gedaan, zoals in de zaak tegen het voormalige hoofd van de Afghaanse veiligheidsdienst voor Hoge Raad der Nederlanden.⁵¹ In andere gevallen werd een ontheffing van immuniteit verleend door de staat van de nationaliteit van de betrokken persoon⁵² of verkoos deze staat betrokkene zelf te berechten.⁵³ Een zaak waarbij een arrestatiebevel werd uitgevaardigd tegen de Rwandese overheidsfunctionaris Rose Kabuye leidde tot een verstoring van de politieke verhoudingen tussen Rwanda en Frankrijk. De zaak werd uiteindelijk stopgezet.⁵⁴

Geconcludeerd kan worden, dat uit zaken voor nationale en internationale rechters geen eensluidend beeld naar voren komt.

3.4.2 De beperking van immuniteit op grond van verdragsverplichtingen

Voor de benadering die de CAVV verkiest, wordt steun gevonden in de verdragen waarin internationale misdrijven strafbaar worden gesteld. Deze verdragen betreffen echter bepaalde misdrijven en zij omvatten omliggende regimes. Zij dragen bij aan de ontwikkeling op het gebied van het internationaal gewoonterecht, maar zij kunnen geenszins met het internationaal gewoonterecht worden vereenzelvigd. De relevante verdragen in dit verband zijn het Verdrag tegen genocide (1948),⁵⁵ de Geneefse Verdragen (1949) die onder meer oorlogsmisdrijven strafbaar stellen,⁵⁶ het VN Verdrag tegen foltering (1984)⁵⁷ en het Verdrag inzake de bescherming tegen gedwongen verdwijningen (2006).⁵⁸ Eerst wordt besproken of de verplichtingen in deze Verdragen zich daadwerkelijk richten tot

overheidsfunctionarissen. Vervolgens wordt bezien, of er op grond van deze Verdragen een verplichting voor partijen bestaat tot vervolging van overheidsfunctionarissen, alsmede tot het scheppen van mogelijkheden voor verkrijging van genoegdoening voor geleden onrecht. Tegen deze achtergrond wordt de mogelijkheid van een beroep op immuniteit besproken.

3.4.2.1 De individuele verantwoordelijkheid van vertegenwoordigers van staten

Artikel 4 van het Genocide Verdrag luidt, voor zover relevant, dat:

“[z]ij, die genocide, of een der andere in artikel III genoemde feiten plegen, worden gestraft, onverschillig of zij constitutioneel verantwoordelijke regeringpersonen, ambtenaren of privépersonen zijn.”

Deze bepaling laat er geen twijfel over bestaan, dat overheidsfunctionarissen kunnen worden aangesproken op genocide.

In de Verdragen van Geneve ontbreken bepalingen die expliciet verwijzen naar oorlogsmisdrijven door overheidsfunctionarissen. Uit het feit dat de Verdragen normen vastleggen waaraan militairen zich hebben te houden gedurende gewapende conflicten, kan worden afgeleid dat ook deze Verdragen zich tot ambtsdragers richten. Ook in de voorbereidende stukken vallen daarvoor aanwijzingen te vinden.

Dat overheidsfunctionarissen verantwoordelijk kunnen worden gesteld voor schending van het verbod van foltering is onmiskenbaar verankerd in het Verdrag tegen foltering. Om het misdrijf van foltering als zodanig te kwalificeren, vereist dit Verdrag namelijk dat sprake is van betrokkenheid van een officiële vertegenwoordiger van de staat. Dit vloeit voort uit het hieronder gecursiveerde tekstdeel van artikel 1 van het Verdrag:

“Voor de toepassing van dit Verdrag wordt onder „foltering” verstaan iedere handeling waardoor opzettelijk hevige pijn of hevig leed, lichamelijk dan wel geestelijk, wordt toegebracht aan een persoon met zulke oogmerken als om van hem of van een derde inlichtingen of een bekentenis te verkrijgen, hem te bestraffen voor een handeling die hij of een derde heeft begaan of waarvan hij of een derde wordt verdacht deze te hebben begaan, of hem of een derde te intimideren of ergens toe te dwingen dan wel om enigerlei reden gebaseerd op discriminatie van welke aard ook, *wanneer zulke pijn of zulk leed wordt toegebracht*

door of op aanstichten van dan wel met de instemming of gedogen van een overheidsfunctionaris of andere persoon die in een officiële hoedanigheid handelt. Foltering omvat niet pijn of leed slechts voortvloeiend uit, inherent aan of samenhangend met wettige straffen.”

Artikel 2 van het Verdrag inzake bescherming tegen gedwongen verdwijningen, merkt vrijheidsbeneming door vertegenwoordigers van de staat aan als gedwongen verdwijningen.⁵⁹

Vastgesteld kan worden dat elk van de hierboven genoemde verdragen zich richt tot vertegenwoordigers van staten wat betreft schending van de in de Verdragen vervatte verplichtingen.

3.4.2.2 Rechten en verplichtingen inzake strafrechtelijke vervolging en civielrechtelijke genoegdoening

Elk van de hier besproken verdragen heeft een eigen regime wat betreft de verplichting tot vervolging.

Ingevolge artikel 6 van het Genocide Verdrag geldt deze verplichting alleen voor de staat waar de genocide werd begaan of een daartoe bevoegd internationaal gerecht.⁶⁰ Sinds de sluiting van het Verdrag in 1948 heeft het misdrijf van genocide zich ontwikkeld tot een norm van *ius cogens*. Veelal wordt aangenomen dat daarmee samenhangend de toepassing van het beginsel van universele strafrechtsjurisdictie op dit misdrijf is geaccepteerd. Deze bevoegdheid tot uitoefening van universele rechtsmacht strekt zich uit tot ambtsdragers, maar betekent niet dat universele rechtsmacht verplicht moet worden toegepast en dat daarom geen beroep op functionele immuniteit kan worden gedaan.

De vier Verdragen van Geneve bevatten elk een gelijkkluidende bepaling die partijen verplicht om personen die verdacht worden van ernstige inbreuken op het betreffende Verdrag:

“op te sporen en [...] hen, ongeacht hun nationaliteit, voor haar eigen gerechten brengen. Zij kan hen ook, indien zij daaraan de voorkeur geeft, en overeenkomstig de bepalingen van haar eigen wetgeving, ter berechting overleveren aan een andere bij de vervolging belang hebbende Hoge Verdragsluitende Partij, mits deze Verdragsluitende Partij een met voldoende bewijzen gestaafde telastlegging welke een vervolging rechtvaardigt, tegen de betrokken personen inbrengt.”⁶¹

De tekst van deze bepaling laat er geen misverstand over bestaan, dat staten bij schending van ernstige inbreuken op deze Verdragen de verplichting hebben tot vervolging of uitlevering en dat nationale rechters van andere staten dan die van verdachten daartoe bevoegd zijn.

Artikel 5 van het Verdrag tegen foltering omvat de verplichting voor partijen om rechtsmacht uit te oefenen ten aanzien van alle verdachten, dus ook niet-onderdanen, die zich op hun grondgebied bevinden, dan wel deze verdachten uit te leveren.⁶²

In artikel 9, eerste lid, van het Verdrag inzake bescherming tegen gedwongen verdwijningen verplichten de partijen zich maatregelen te nemen die het uitoefenen van rechtsmacht inzake het misdrijf van gedwongen verdwijningen mogelijk maken.⁶³ Artikel 11, eerste lid, bepaalt voorts dat verdachten van het misdrijf die op het grondgebied van een partij worden aangetroffen, moeten worden berecht of ter berechting door een andere partij aan die partij worden over- of uitgeleverd.⁶⁴

De CAVV constateert dat alle staten in geval van genocide, ernstige oorlogsmisdrijven, folteringen en gedwongen verdwijningen als partij bij deze Verdragen en op grond van het internationaal gewoonterecht, de internationaalrechtelijke bevoegdheid en soms ook de verplichting hebben om personen op te sporen en te vervolgen die zich hieraan schuldig hebben gemaakt, ongeacht hun status als overheidsdienaar.

Voor wat betreft civiele vorderingen van schadevergoeding door slachtoffers van foltering verplicht artikel 14 van het Verdrag tegen foltering, dat staten die partij zijn bij het Verdrag waarborgen daartoe in hun rechtsstelsels opnemen. Artikel 14 luidt:

“Iedere Staat die Partij is, waarborgt in zijn rechtsstelsel dat het slachtoffer van foltering genoegdoening krijgt en een rechtens afdwingbaar recht heeft op een billijke en toereikende schadevergoeding, met inbegrip van de middelen voor een zo volledig mogelijk herstel. Ingeval van overlijden van het slachtoffer ten gevolge van foltering hebben zijn nabestaanden aanspraak op schadevergoeding.”

Deze verplichting heeft alleen betrekking op de staat op wiens grondgebied foltering heeft plaatsgevonden.⁶⁵ Artikel 5, dat de verplichting tot het scheppen van rechtsmacht voor vervolging legt bij de staten die partij zijn bij het Verdrag is niet

van toepassing op artikel 14 en de gedachte, dat artikel 14 extraterritoriale jurisdictie met zich zou meebrengen wordt tot dusver afgewezen.⁶⁶

Artikel 24, vierde en vijfde lid, van het Verdrag inzake bescherming tegen gedwongen verdwijningen voorzien in de waarborg van schadeloosstelling van slachtoffers van gedwongen verdwijningen in zowel materiële als immateriële zin.⁶⁷

3.4.2.3 De onmogelijkheid van een beroep op functionele immuniteit

Geen van de besproken verdragen bevat een artikel over immuniteit. Immuniteit is bij de opstelling van de Geneefse Verdragen, het Verdrag tegen foltering en het Verdrag inzake bescherming tegen gedwongen verdwijningen niet aan de orde geweest.⁶⁸ De verankering van internationale misdrijven in deze verdragen was gericht op het scheppen van nieuwe internationale normen op dit gebied en niet zozeer op de inpassing van deze normen in het algemeen internationaal recht, of op een aanpassing van het algemeen internationaal recht. De samenhang met de algemene regels inzake immuniteit is niet expliciet onderzocht.

Functionele immuniteit voor verdragsrechtelijk verboden misdrijven kan niet worden aangenomen. Het Genocide Verdrag, het Verdrag tegen foltering en het Verdrag inzake bescherming tegen gedwongen verdwijningen richten zich specifiek tot ambtsdragers. Ook wat betreft de Verdragen van Geneve moet worden aangenomen dat deze zich tot overheidsfunctionarissen richten. Indien deze overheidsfunctionarissen de mogelijkheid zou worden geboden zich te onttrekken aan de werking van deze verdragen in geval van vervolging door een vreemde staat, door aan te voeren dat het gewraakte gedrag in een officiële hoedanigheid werd verricht en dus functionele immuniteit van toepassing is, zou dit in strijd zijn met de letter en de geest van deze verdragen.⁶⁹

3.5 Het Internationaal Strafhof

De tendens om straffeloosheid in geval van internationale misdrijven te beperken wordt ook weerspiegeld in de oprichting van internationale straftribunalen in de laatste twee decennia.⁷⁰ In de statuten van deze tribunalen wordt immers de traditionele staatssoevereiniteit gerelativeerd wat betreft ambtsdragers die van internationale misdrijven worden beschuldigd.⁷¹

De berechting van plegers van internationale misdrijven door *internationale* hoven vormt niet het onderwerp van dit advies, dat immers het dilemma tussen, enerzijds, het respecteren van immuniteit door *nationale* rechters en, anderzijds, de straffeloosheid van internationale misdrijven betreft. Niettemin acht de CAVV het zinvol het Internationaal Strafhof kort te bespreken.

Het Internationaal Strafhof heeft, binnen de grenzen zoals in het Statuut vastgelegd, algemene rechtsmacht voor de in het Statuut beschreven internationale misdrijven.⁷² Op grond van het zogenoemde complementariteitsbeginsel in het Statuut mag het Hof zijn bevoegdheid tot vervolging alleen uitoefenen als een partij niet in staat of bereid is dat te doen of de betreffende persoon uit te leveren. Voor staten die partij zijn bij het Statuut brengt dit met zich mee, dat in het nationale recht van de verdragspartij de bevoegdheid van de nationale rechter moet worden gecreëerd voor berechting van de in het Statuut omschreven misdrijven, voor zover deze niet al bestond. Een dergelijke verplichting is niet uitdrukkelijk in het Statuut opgenomen, maar in de Memorie van Toelichting van de WIM wordt aangenomen dat het Statuut een impliciete verplichting inhoudt om universele rechtsmacht te vestigen voor in het Statuut neergelegde misdrijven.⁷³

Indien op grond van het complementariteitsbeginsel een verdachte van een internationaal misdrijf wordt vervolgd, kan de vraag rijzen of deze verdachte een beroep kan doen op immuniteit. Artikel 27 van het Statuut betreft ambtsdragers en luidt:

“Irrelevantie van officiële hoedanigheid

1. Dit Statuut geldt gelijkelijk ten aanzien van een ieder zonder enig onderscheid op grond van de officiële hoedanigheid. In het bijzonder ontheft de officiële hoedanigheid als staatshoofd of regeringsleider, lid van een regering of parlement, gekozen vertegenwoordiger of ambtenaar een persoon nimmer van strafrechtelijke aansprakelijkheid krachtens dit Statuut en evenmin vormt dit op zichzelf en zonder meer een grond voor strafvermindering.
2. Immuniteit of bijzondere procedurele regels die mogelijk verbonden zijn aan de officiële hoedanigheid van een persoon, krachtens nationaal of internationaal recht, vormen voor het Hof geen beletsel voor het uitoefenen van zijn rechtsmacht over deze persoon.”

Artikel 27, eerste lid, bevestigt de strafbaarheid van ambtsdragers. In het tweede lid wordt expliciet vastgesteld dat ambtsdragers geen beroep op immuniteit kunnen

doen voor het Internationaal Strafhof. Bepleit zou kunnen worden dat uit artikel 27 volgt dat een beroep op immuniteiten tussen partijen bij het Statuut niet langer aanvaardbaar is. Alleen dan zouden nationale rechters volledig toepassing kunnen geven aan het beginsel van complementariteit. Uit het Statuut blijkt echter niet uitdrukkelijk, dat uit artikel 27 ook zou volgen dat nationale rechters een eventuele immuniteit van ambtsdragers zouden moeten negeren. Niet kan worden aangenomen dat verdragspartijen door bekrachtiging van het Statuut *impliciet* afstand zouden hebben gedaan van de persoonlijke en functionele immuniteit van gezagsdragers ten opzichte van andere staten.

De CAVV concludeert dan ook dat, voor zover het gaat om nationale procedures waaraan geen verzoek van het Strafhof ten grondslag ligt, de bestaande volkenrechtelijke immuniteitsregels van toepassing zijn. Dit is conform de keuze die Nederland heeft gemaakt in artikel 16 van de WIM, dat immers de persoonlijke immuniteit van buitenlandse ambtsdragers in tact laat en daarbij geen uitzondering maakt voor partijen bij het Statuut.

De situatie ligt anders indien het Strafhof aan een verdragspartij verzoekt tot overdracht van een verdachte. In dat geval dient de Staat in kwestie de verdachte over te dragen. Eventuele immuniteiten kunnen daaraan niet in de weg staan. Dat is alleen anders, indien het een verdachte van een niet-verdragspartij betreft. Ingevolge artikel 98 Statuut mag het Hof niet van een partij verwachten, dat deze handelt in strijd met zijn internationaalrechtelijke verplichtingen om de staats- of diplomatieke immuniteit van een vreemde staat te respecteren wanneer het Hof om overdracht van een verdachte verzoekt. Voor het Internationaal Strafhof is de relatie tussen artikel 27, tweede lid en artikel 98 nog niet aan de orde geweest.

In de opvatting van de CAVV kan uit de artikelen 27 en 98 een bevestiging noch een ontkenning worden afgeleid dat in het internationaal recht de opvatting heeft postgevat dat een ambtsdrager geen functionele immuniteit toekomt bij vervolging voor internationale misdrijven door een vreemde staat.⁷⁴ Echter, zoals eerder beschreven, staan het creëren van een verplichting tot vestigen van universele rechtsmacht en het toekennen van functionele immuniteit van ambtsdragers met elkaar op gespannen voet. De ontwikkeling van de internationale strafhoven is er

juist op gericht om de bestraffing van internationale misdrijven zo effectief mogelijk te maken. De door de CAVV voorgestane begrenzing van de functionele immuniteit past hierin.

3.6 Samenvatting

Dit hoofdstuk bespreekt in algemene zin de verhouding tussen enerzijds de vervolging van internationale misdrijven en anderzijds immuniteitsregels die deze vervolging kunnen belemmeren, maar die nodig zijn voor het goede verloop van de internationale betrekkingen. Op basis van literatuur en nationale rechtszaken concludeert de CAVV, dat in zaken over internationale misdrijven beroepen op persoonlijke immuniteit door daartoe gerechtigden dienen te worden gehonoreerd. Wat betreft de relatie tussen de vervolging van internationale misdrijven en beroepen op functionele immuniteit is de CAVV van mening, dat er een sterke ontwikkeling gaande is, waarin vervolging van internationale misdrijven voorrang krijgt op functionele immuniteit. Dit strookt met de regimes die zijn gebaseerd op de verdragen die internationale misdrijven strafbaar stellen. Tijdens de onderhandelingen over deze verdragen is de relatie tussen, enerzijds, de strafbaarheid van de internationale misdrijven waarover deze verdragen gaan, en, anderzijds, de immuniteit van overheidsfunctionarissen die deze misdrijven begaan, niet aan de orde gesteld. De CAVV beveelt aan, dat de Nederlandse onderhandelaars deze relatie in de toekomst expliciet ter sprake brengen.

Een teken aan de wand voor het ontstaan van de bedoelde uitzondering is ook de oprichting van internationale strafhoven, waaronder het Internationaal Strafhof. De raakvlakken tussen nationale berechting en berechting door dit Hof worden kort besproken.

4. CATEGORIEËN VAN PERSONEN DIE PERSOONLIJKE IMMUNITEIT GENIETEN

4.1 Artikel 16 WIM als leidraad

In hoofdstuk 3 is geconcludeerd, dat zich in het internationaal recht een ontwikkeling voltrekt die inhoudt dat geen beroep gedaan kan worden op functionele immuniteit bij de vervolging voor internationale misdrijven. Dit betekent, dat alleen op persoonlijke immuniteit met succes een beroep kan worden gedaan om aan vervolging voor internationale misdrijven door een vreemde staat te ontkomen. In dit hoofdstuk worden de categorieën van rechthebbenden op persoonlijke immuniteit besproken aan de hand van artikel 16 van de WIM, dat luidt:

“Strafvervolging voor een der in deze wet omschreven misdrijven is uitgesloten ten aanzien van:

- (a) buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken, zolang zij als zodanig in functie zijn, alsmede andere personen voor zover hun immuniteit door het volkenrecht wordt erkend;
- (b) personen die over immuniteit beschikken op grond van enig verdrag dat binnen het Koninkrijk voor Nederland geldt.”⁷⁵

De meest bekende groep van ambtsdragers die persoonlijke immuniteit geniet, is het driemanschap bestaande uit staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken in functie. Deze categorie vormt onderwerp van paragraaf 4.2. Daarin wordt ook de vraag in de adviesaanvraag naar de reikwijdte van de immuniteit van deze ambtsdragers beantwoord.⁷⁶ In de paragrafen 4.3 en 4.4. wordt antwoord gegeven op de tweede vraag in de adviesaanvraag, die, kort gesteld, inhoudt of, en in hoeverre, er naast het genoemde driemanschap andere categorieën overheidsfunctionarissen zijn die voor persoonlijke immuniteit in aanmerking komen.

4.2 Staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken

De al eerder genoemde *Arrest Warrant* zaak betreft de persoonlijke immuniteit van ministers van buitenlandse zaken. De bevindingen van het Hof zijn echter ook van toepassing op staatshoofden en regeringsleiders. Volgens het Hof is een persoon die deze ambten bekleedt ”*recognized under international law as representative of the State solely by virtue of his or her office*”.⁷⁷ Het Hof stelt voorts:

“that the functions of a Minister for Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, he or she when abroad enjoys full immunity from criminal justice and inviolability.”⁷⁸

Hieruit blijkt het ambtgebonden karakter van de volledige immuniteit van staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken.

Met betrekking tot het tijdgebonden karakter van de immuniteit van deze ambtsdragers stelt het Hof voorts, dat:

“after a person ceases to hold the office of Minister for Foreign Affairs, he or she will no longer enjoy all of the immunities accorded by international law in other States.”

en meer concreet, dat:

“[p]rovided that it has jurisdiction under international law, a court of one State may try a former Minister for Foreign Affairs of another State in respect of acts committed prior or subsequent to his or her period of office, as well as in respect of acts committed during that period of office in a private capacity.”⁷⁹

Het bovenstaande houdt in, dat de persoonlijke immuniteit van staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken volgens het Hof ambtgebonden is, dat deze is beperkt tot hun ambtsperiode en dat zij na beëindiging van deze periode geen immuniteit genieten voor handelingen die tijdens het ambt in een privéhoedanigheid zijn verricht. Na beëindiging van hun ambt genieten zij nog slechts functionele immuniteit. Deze functionele immuniteit geldt voor alle handelingen verricht in de uitoefening van de functie, maar niet voor (in functie) gepleegde internationale misdrijven, zoals bepleit in hoofdstuk 3.

Staatshoofden

De gewoonterechtelijke persoonlijke immuniteit van (zittende) buitenlandse staatshoofden is internationaalrechtelijk vrijwel onbetwist.⁸⁰ Staatshoofden worden van oudsher vereenzelvigd met de staat. Zij werden geacht deze te verpersoonlijken en het beginsel van soevereine gelijkheid van staten wordt daarom op hen van toepassing geacht. In de *Mutual Assistance* zaak tussen Djibouti en Frankrijk stelt het Internationaal Gerechtshof, citerend uit de *Arrest Warrant* zaak evenwel:

“A Head of State enjoys in particular “full immunity from criminal jurisdiction and inviolability” which protects him or her “against any act of authority of another State which would hinder him or her in the performance of his or her duties.”⁸¹

Daarmee geeft het Hof uiting aan een meer functionele benadering van immuniteit, in plaats van een volledig op status en waardigheid gerichte benadering. Toch blijft dit laatste een rol spelen, zoals in paragraaf 3.2 aan de orde kwam.

Regeringsleiders

Wat de immuniteit van regeringsleiders betreft, zijn weinig bronnen beschikbaar. De heersende opvatting is, dat regeringsleiders op gelijke wijze als staatshoofden persoonlijke immuniteit toekomt. De praktijk laat zien dat regeringsleiders thans in de staatsinrichting van veel staten een belangrijkere rol vervullen dan staatshoofden.⁸²

Ministers van buitenlandse zaken

De bevindingen van het Hof in 2002 in de *Arrest Warrant* zaak over de persoonlijke immuniteit van ministers van buitenlandse zaken hebben tot discussie in de literatuur geleid. Waar traditioneel de immuniteit van staathoofden en regeringsleiders in het internationaal recht vooral op status berust, baseert het Hof de volledige immuniteit van de minister van buitenlandse zaken op een functionele redenering. Het Hof noemt een aantal factoren, die de minister van buitenlandse zaken onderscheiden van andere ministers, zoals de verantwoordelijkheid voor het diplomatieke handelen van een staat, de verantwoordelijkheid voor het handelen van diplomaten en de vooronderstelling dat hij ertoe is gemachtigd de staat te binden. Het Hof wijst erop dat:

“a Minister for Foreign Affairs, responsible for the conduct of his or her State’s relations with all other States, occupies a position such that, like the Head of State or the Head of Government, he or she is recognized under international law as representative of a State solely by virtue of his or her office.”⁸³

Hoewel deze benadering in de *Arrest Warrant* zaak de belangrijkste stroming in de literatuur en in uitspraken van nationale rechters weerspiegelt, bestaat er ook een stroming, waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds staatshoofden en regeringsleiders en anderzijds ministers van buitenlandse zaken.⁸⁴ In deze stroming wordt betwist, dat de minister van buitenlandse zaken op basis van het

gewoonterecht persoonlijke immuniteit zou genieten. Daarbij wordt als algemene reden genoemd, dat staatshoofden en regeringsleiders de staat verpersoonlijken, terwijl voor alle andere ambtsdragers zou gelden, dat hun immuniteit valt terug te voeren op hun functie.⁸⁵ Dit zou betekenen, dat deze minister op gelijke wijze zou moeten worden behandeld als andere bewindspersonen.

De CAVV signaleert deze discussie over de persoonlijke immuniteit van een zittende minister van buitenlandse zaken, maar constateert tevens, dat de hier besproken passage uit artikel 16 WIM de stand van zaken in het internationaal recht adequaat weergeeft.⁸⁶

4.3 “andere personen voor zover hun immuniteit door het volkenrecht wordt erkend”

De tweede vraag die de Minister aan de CAVV heeft gesteld luidt:

“Zijn er naast de categorieën van zittende staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken ook andere buitenlandse overheidsfunctionarissen die (strafrechtelijke) immuniteit genieten? Zijn hiertoe criteria te formuleren? Wat zou de reikwijdte van die immuniteit zijn?”

Tot de genoemde categorieën behoren buitenlandse overheidsfunctionarissen die immuniteit genieten op grond van verdragen. Voorafgaand aan de bespreking van deze categorie aan de hand artikel 16 onder (b) in paragraaf 4.3.2, wordt uiteengezet wat naar de mening van de CAVV in artikel 16, onder (a) moet worden verstaan onder “andere personen voor zover hun immuniteit door het volkenrecht wordt erkend”. Omdat artikel 16, onder (b) op verdragen gebaseerde immuniteit betreft, betekenen deze woorden dat de daarin bedoelde volkenrechtelijke erkenning gegrond moet zijn op het internationaal gewoonterecht.

4.3.1 De immuniteit van andere ambtsdragers dan staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken

In paragraaf 4.2 is opgemerkt dat de erkenning van de persoonlijke immuniteit van ministers van buitenlandse zaken door het Hof in de *Arrest Warrant* zaak niet onomstreden is. Dit geldt nog sterker waar het een uitbreiding van de categorieën immuniteitsgerechtigden betreft. Voor een dergelijke uitbreiding bestaan onvoldoende internationale precedenter die tot de conclusie kunnen leiden dat er

op dit punt internationaal gewoonterecht bestaat. Indachtig de in hoofdstuk 3 beschreven ontwikkeling die impliceert dat bestraffing voor internationale misdrijven in beginsel voorrang zou moeten hebben op immuniteit, bepleit de CAVV dat er uiterst terughoudend wordt omgegaan met een uitbreiding van de categorieën personen die persoonlijke immuniteit kunnen claimen.⁸⁷ Ten aanzien van andere ambtsdragers dan het driemanschap, waaronder andere bewindspersonen, parlementariërs, gezagsdragers van binnenlandse bestuurlijke autoriteiten en (hoge) ambtenaren, wijst de CAVV de toekenning af van persoonlijke immuniteiten op gelijke wijze als aan zittende staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken.

4.3.2 Immuniteit bij officiële missies

De CAVV onderkent echter dat het soepele verloop van internationale betrekkingen vereist, dat ook anderen dan het hierboven besproken driemanschap in voorkomende gevallen moeten kunnen rekenen op een ongestoorde uitoefening van taken namens hun staat en waar nodig een beroep moeten kunnen doen op volledige immuniteit. Wanneer een vertegenwoordiger van een staat een officieel bezoek brengt aan een andere staat, komt deze persoon naar mening van de CAVV volledige immuniteit toe, ook in zaken over internationale misdrijven. In deze gevallen geeft de CAVV de voorkeur aan het hanteren van de term “volledige immuniteit” boven de term “persoonlijke immuniteit” aangezien de immuniteit niet gekoppeld is aan de functie (persoon) van de immuniteitsgerechtigde, maar aan zijn taak op een bepaald moment. De CAVV baseert de toekenning van immuniteit in deze gevallen op het internationaal gewoonterecht.⁸⁸

België stelde in de *Arrest Warrant* zaak dat vertegenwoordigers van staten die een officieel bezoek brengen aan het land volledige immuniteit toekomt, althans in de zin dat een gaststaat moet afzien van handelingen die de taak van de vertegenwoordiging zouden belemmeren.⁸⁹ België zou, ondanks het lopende arrestatiebevel voor misdaden tegen de menselijkheid en oorlogsmisdaden, geen belemmerende maatregelen tegen de Congolese Minister van Buitenlandse Zaken treffen, als hij een officieel bezoek aan België zou brengen. Dit standpunt vindt bevestiging in uitspraken van nationale rechters. In twee Britse rechtszaken, waarin een minister van defensie en een minister van internationale handel werden

aangesproken op internationale misdrijven, werd de volledige immuniteit van deze ministers bij een officieel bezoek erkend en ook in Amerikaanse en Duitse jurisprudentie zijn aanwijzingen daarvoor te vinden.⁹⁰ Voor een toekenning van volledige immuniteit gedurende een officiële missie pleit ook een vergelijking met overheidsfunctionarissen die als vertegenwoordiger van een lidstaat van een internationale organisatie een vergadering van die organisatie bijwonen en die in die hoedanigheid voor de duur van het bezoek volledige strafrechtelijke immuniteit genieten.⁹¹

De immuniteit van personen die een staat bij een officieel bezoek vertegenwoordigen vormt voorts een van de onderwerpen van het VN Verdrag over speciale missies (1969).⁹² In april 2011 waren 39 staten partij bij dit Verdrag. Nederland heeft het niet ondertekend, omdat het, blijkens ambtelijke informatie, flexibiliteit wilde behouden bij de behandeling van officiële missies.⁹³ Het Verdrag is gemodelleerd naar het Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer en maakt weinig onderscheid tussen de facilitering van het relatief langdurig verblijf van diplomaten in een ander land en de facilitering van tijdelijke speciale missies. Het komt de CAVV bijvoorbeeld voor, dat onder andere de bepalingen over vrijstelling van belasting en accijnzen en de bescherming van de gebouwen waarin speciale missies verblijven in de praktijk moeilijk uitvoerbaar zullen zijn.

Het nogal verregaande karakter van het Verdrag op een aantal punten heeft ook tot gevolg, dat meningen over de vraag of het Verdrag tevens gewoonterrechtelijk status geniet, verdeeld zijn. Er zijn zowel aanwijzingen te vinden, dat het gehele Verdrag internationaal gewoonterrecht zou vormen, dat gewoonterrechtelijke status geheel zou ontbreken, en dat aan bepaalde bepalingen gewoonterrechtelijke status toekomt.⁹⁴

Uit de voorbereidende stukken van het Verdrag over speciale missies blijkt, dat de leden van speciale missies volledige immuniteit behoren te genieten gezien het belang van het goede verloop van de internationale betrekkingen.⁹⁵ In haar eindrapportage aan de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties stelt de *International Law Commission* van de VN, dat algemeen erkend was dat staten

verplicht zijn de faciliteiten, privileges en immuniteiten in het Verdrag toe te kennen aan speciale missies en hun leden.⁹⁶

Op basis hiervan, alsmede van de genoemde nationale rechtszaken en de literatuur, concludeert de CAVV dat er voldoende basis bestaat voor een internationale gewoonterechtelijke verplichting dat aan leden van officiële missies volledige immuniteit toekomt.⁹⁷ Dat het gehele Verdrag over speciale missies, dan wel alle bepalingen daarin over privileges en faciliteiten de status van gewoonterecht zou hebben, trekt de CAVV echter in twijfel.

De voorbereidende stukken van het Verdrag bieden niettemin, naast andere bronnen, belangrijke aanknopingspunten voor de omlijning van de toekenning van volledige immuniteit aan leden van officiële missies.

In artikel 1(a) van het Verdrag wordt de term “speciale missie” beschreven als:

“a temporary mission, representing the State, which is sent by one State to another State with the consent of the latter for the purpose of dealing with it on specific questions or of performing in relation to it a specific task.”

Uit de voorbereidende stukken valt weinig af te leiden over de uitleg van deze bepaling. Uit de tekst van artikel 1(a) is echter duidelijk, dat het Verdrag alleen missies betreft die taken vervullen in relatie tot de staat van ontvangst. In een zaak voor een Amerikaanse rechter, waarin de Britse kroonprins bij een bezoek voor het ontvangst nemen van een eredoctoraat van een universiteit werd aangesproken op de behandeling van gevangenen in Noord-Ierland, stelde het Amerikaanse ministerie van buitenlandse zaken echter, dat het ministerie het bezoek van prins Charles beschouwde als een “speciale diplomatieke missie” en dat de prins uit dien hoofde immuniteit bezat. De VS zijn geen partij bij het Verdrag en hanteren kennelijk een ruimere definitie van “speciale missie” dan die in artikel 1(a), in de zin dat deze ook activiteiten in het ontvangstland kan betreffen die niet zijn gerelateerd aan de overheid.

Artikel 1(a) gaat ervan uit, dat een speciale missie met instemming van het ontvangstland in dat land optreedt.

Artikel 2 luidt voorts:

“A State may send a special mission to another State with the consent of the latter, previously obtained through the diplomatic or another agreed or mutually acceptable channel.”

Bij de opstelling van het Verdrag heeft een beperkt aantal staten tevergeefs geprobeerd in het Verdrag vast te leggen, dat dit om uitdrukkelijke toestemming zou moeten gaan. In het vierde (en laatste) rapport van de Speciale Rapporteur van de *International Law Commission*, worden de wijzen omschreven om deze instemming gestalte te geven:

*“(a) An informal diplomatic agreement providing that a special mission will be sent and received;
(b) A formal treaty providing that certain questions will be discussed and settled through a special mission;
(c) An offer by one State to send a special mission for a specific purpose, and the acceptance, even tacit, of such a mission by the other State;
(d) An invitation from one party to the other to send a special mission for a specific purpose, and the acceptance of the invitation by the other party.”⁹⁸*

De CAVV constateert op basis van deze passage, dat geen aanspraak kan worden gemaakt op persoonlijke immuniteit, indien een vertegenwoordiger van een staat zonder instemming van de ontvangststaat op het grondgebied van die staat opereert. Dit vindt overigens bevestiging in nationale jurisprudentie en in literatuur.⁹⁹

Op grond van het Verdrag over speciale missies is deelname aan officiële missies niet beperkt tot overheidsfunctionarissen.¹⁰⁰ Deze ruime opvatting maakt het mogelijk onder het Verdrag ook bijvoorbeeld familieleden te brengen die ambtsdragers vergezellen op speciale missies (zoals staatsbezoeken) of personen (zoals een familielid van een hoogwaardigheidsbekleder, dan wel een gewezen ambtsdrager), die weliswaar geen overheidsfunctie (meer) bekleden, maar die namens hun staat in een andere staat een taak verrichten die voldoet aan de voorwaarde voor volledige immuniteit, namelijk het goede verloop van de interstatelijke betrekkingen, en die uit hoofde daarvan tijdens hun bezoek volledige immuniteit behoren te genieten.¹⁰¹

Het internationaal gewoonterecht omvat weinig bronnen over de status van familieleden van ambtsdragers. Deze immuniteit ligt veelal in het verlengde van die van de ambtsdrager op een officiële missie.¹⁰² De CAVV acht, hoewel de bronnen

zeer summier zijn, de conclusie gerechtvaardigd, dat familieleden van een staatshoofd, regeringsleider of minister van buitenlandse zaken die deze ambtsdragers tijdens een officieel bezoek vergezellen of die zelfstandig hun staat in een officiële missie vertegenwoordigen, dezelfde volledige immuniteit genieten als een ambtsdrager op een officiële missie.¹⁰³

Het Verdrag over speciale missies laat voorts ook de ruimte om, bijvoorbeeld bij missies over vredesbesprekingen tussen de opponenten in interne conflicten op het grondgebied van een andere staat, immuniteit te verlenen aan partijen die niet behoren tot de overheid van die staat. Echter, de zendende staat moet dan wel de leden van de oppositie aanmelden als behorende tot de speciale missie. Indien niet-statelijke vertegenwoordigers van een of meerdere bij het interne conflict betrokken partijen een bezoek brengen aan een andere staat zonder instemming van of aanmelding door de zendstaat, komt hen geen immuniteit toe op grond van het Verdrag over speciale missies of daaruit afgeleid gewoonterecht. Het zal dan aan de ontvangende staat zijn om – waar nodig en voor zover mogelijk binnen het recht van die staat – zorg te dragen voor de immuniteit van deze personen, zodat zij ongehinderd hun missie uit kunnen voeren. Dit laatste geldt ook voor personen die een niet-erkende staat vertegenwoordigen, indien dat gewenst zou zijn. Het Verdrag omvat overigens ook voorwaarden over aanmelding en acceptatie van de leden van speciale missies.¹⁰⁴

De CAVV constateert dat deelnemers aan een officiële missie op grond van het Verdrag over speciale missies en daarmee samenhangend gewoonterecht in aanmerking kunnen komen voor volledige immuniteit gedurende de duur van de missie. Op deze volledige immuniteit bestaat geen beperking wanneer het gaat om straf- of civielrechtelijke zaken die betrekking hebben op internationale misdrijven. Omdat deelnemers buiten de officiële missie geen volledige immuniteit genieten, kan het geval zich voordoen dat tegen een lid van de missie al een strafrechtelijke of civielrechtelijke zaak is aangespannen. Voor de duur van de missie zal in de ogen van de CAVV afgezien moeten worden van elke handeling of maatregel die de vrijheid van deze persoon beperkt.¹⁰⁵

De vraag laat zich stellen door wie en op welk moment een beroep op immuniteit moet worden gedaan indien een zaak bij een vreemde rechter komt. Uit de al genoemde zaak voor het Internationaal Gerechtshof tussen Djibouti en Frankrijk blijkt, dat van de zendstaat mag worden verwacht, dat deze een dergelijk beroep uitdrukkelijk doet.¹⁰⁶

Zoals gesteld is in zaken voor Amerikaanse rechters de bevestiging van de immuniteit van een vertegenwoordiger van een andere staat door het Amerikaanse ministerie van buitenlandse zaken doorslaggevend.¹⁰⁷ Het Nederlandse ministerie van buitenlandse zaken heeft deze bevoegdheid niet. Met name in zaken voor de civiele rechter die niet tegen de staat zijn gericht, maar tegen een ambtsdrager, zou dit, zeker als de gedaagde niet verschijnt, ongewenste gevolgen kunnen hebben en er zelfs toe kunnen leiden dat Nederland het internationaal recht schendt. Echter, wanneer het gaat over met internationale misdrijven samenhangende zaken, is het aantal immuniteitsgerechtigden klein en zal de rechter de immuniteitsvraag niet licht over het hoofd zien. Niettemin bepleit de CAVV zeker te stellen, dat de rechter in voorkomend geval ambtshalve toetst op immuniteit.

De CAVV heeft er nota van genomen dat er inmiddels een ontwerp tot wijziging van het Wetboek burgerlijke rechtsvordering bij de Eerste Kamer ligt, waarin wordt beoogd ambtshalve toetsing op internationaalrechtelijke verplichtingen in dit Wetboek te verankeren.¹⁰⁸

4.4 Immuniteit op grond van verdragen

Bij de bepaling van de persoonlijke (volledige) immuniteit van personen die op grond van een verdrag deze vorm van immuniteit genieten (artikel 16(b) WIM), vormt het desbetreffende verdrag de leidraad. In deze paragraaf worden de belangrijkste verdragen inzake immuniteit besproken, maar volledigheid wordt daarbij niet nagestreefd. Niet uitgesloten is dat er andere verdragen bestaan die in deze immuniteit voorzien.¹⁰⁹

4.4.1 Diplomatiek en administratief en technisch personeel van ambassades

Het meest belangrijke verdrag in het kader van artikel 16(b) is het Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer.¹¹⁰ Op basis daarvan geniet diplomatiek, alsmede administratief en technisch personeel van ambassades persoonlijke strafrechtelijke immuniteit in de ontvangende staat. Voor het diplomatiek personeel gelden enkele in het Verdrag omschreven beperkingen inzake hun civiel- en administratiefrechtelijke immuniteit, die in het kader van dit advies slechts relevant zijn in de zin dat ze niet de immuniteit voor internationale misdrijven beperken. Het administratief en technisch personeel heeft voorts alleen functionele civiel- en administratiefrechtelijke immuniteit.¹¹¹ De immuniteit gaat in op het moment dat de medewerker het grondgebied van de ontvangststaat betreedt om zijn functies te aanvaarden. Bij de beëindiging van de functie blijft de immuniteit van kracht voor de in de functie verrichte handelingen.¹¹²

Het verdient overigens de aandacht, dat het Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer van oudsher bestaand gewoonterecht codificeerde. Staten die geen partij zijn bij dit Verdrag kunnen voor hun diplomaten een beroep doen op het internationaal gewoonterecht. Zij behoren tot de “andere personen voor zover hun immuniteit door het volkenrecht wordt erkend” bedoeld in artikel 16(a) WIM.

4.4.2 Vertegenwoordigers van lidstaten van internationale organisaties

Op basis van verdragen over de immuniteit van internationale organisaties genieten vertegenwoordigers van de lidstaten van deze organisaties in het algemeen volledige immuniteit op strafrechtelijk gebied voor het bijwonen van vergaderingen van de organisatie.¹¹³ Deze is beperkt tot de zittingsperiode van de vergadering en een redelijke tijd voor de heen- en terugreis. Daarna geldt volledige strafrechtelijke immuniteit voor de handelingen verricht in de uitoefening van de functie. De civiel- en administratiefrechtelijke immuniteit is in het algemeen functioneel.

4.5 Conclusies

Dit hoofdstuk betreft de verschillende categorieën van rechthebbenden op persoonlijke immuniteit. De CAVV deelt de mening van de wetgever, zoals die tot

uitdrukking komt in de artikel 16 van de WIM, dat zittende staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken persoonlijke immuniteit toekomt. De CAVV benadrukt dat deze persoonlijke immuniteit ambtgebonden is en ziet geen reden deze verregaande vorm van immuniteit ook toe te kennen aan anderen. Op basis van met name nationale rechtszaken en literatuur en de voorbereidende werken van het Verdrag over speciale missies, concludeert de CAVV, dat volledige immuniteit toekomt aan leden van officiële missies. Wat de immuniteit op basis van verdragen betreft, stelt de CAVV dat de betreffende verdragen maatgevend zijn.

5. DE ANTWOORDEN OP DE VRAGEN IN DE ADVIESAANVRAAG

5.1 Wat is op basis van het internationaal recht de reikwijdte van de strafrechtelijke immuniteit van buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken?

Uit artikel 16 van de WIM volgt dat “buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken, zolang zij als zodanig in functie zijn” in Nederland zijn uitgesloten van strafvervolging voor internationale misdrijven. De CAVV signaleert, dat de persoonlijke immuniteit van zittende buitenlandse staatshoofden en regeringsleiders internationaalrechtelijk onomstreden is, maar dat in de literatuur de persoonlijke immuniteit van ministers van buitenlandse zaken niet door iedereen gedeeld wordt. Naar de mening van de CAVV geeft de betreffende passage in artikel 16 WIM de internationaalrechtelijke stand van zaken echter adequaat weer. Persoonlijke of volledige immuniteit betekent dat een persoon immuniteit voor al zijn handelingen geniet, zowel in een officiële als in een privé hoedanigheid

Zoals uit de woorden “zolang zij als zodanig in functie zijn” in artikel 16 volgt, is de persoonlijke immuniteit van de genoemde ambtsdragers ambtgebonden en derhalve beperkt tot de ambtsperiode van betrokkenen. Na hun ambtsperiode, en voor handelingen verricht in de periode voorafgaand aan hun ambtsperiode, genieten zij functionele immuniteit, dat wil zeggen immuniteit voor handelingen verricht in de uitoefening van een overheidsfunctie. Deze immuniteit strekt zich echter niet uit tot door betrokkenen in het kader van hun functie verrichte internationale misdrijven.

Niet alle maatregelen die op grond van het strafprocesrecht kunnen worden genomen, raken de persoonlijke immuniteit. De CAVV is van mening dat het Internationaal Gerechtshof op dit punt een bruikbaar criterium heeft geformuleerd. Op persoonlijke immuniteit wordt volgens dit criterium alleen een inbreuk gemaakt bij (overheids)maatregelen die een beperking opleveren voor het ook buiten het grondgebied van de eigen staat ongehinderd kunnen uitoefenen van de functie.

5.2 Zijn er naast de categorieën van zittende staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken ook andere buitenlandse overheidsfunctionarissen die (strafrechtelijke) immuniteit genieten? Zijn hiertoe criteria te formuleren? Wat zou de reikwijdte van die immuniteit zijn?

Naast de in de vraag genoemde categorieën van personen kunnen bepaalde ambtsdragers persoonlijke immuniteit genieten op grond van verdragen, zoals het Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer en verdragen die immuniteit verlenen aan vertegenwoordigers van lidstaten van internationale organisaties.

Op basis van het internationaal gewoonterecht komt voorts aan deelnemers aan officiële missies immuniteit toe. Deze volledige immuniteit is niet, zoals voor de ambtsdragers die het onderwerp vormen van vraag 1, gebonden aan het ambt en de ambtsperiode, maar aan de aanwezigheid ten behoeve van de betreffende missie op het Nederlandse grondgebied. De achterliggende reden hiervoor is het goede verloop van de internationale betrekkingen. Paragraaf 5.2.1 bevat aanbevelingen op dit punt.

Traditioneel hebben alle overheidsfunctionarissen functionele immuniteit van rechtsmacht. De CAVV is echter van mening, dat deze functionele immuniteit op rechtspolitieke gronden moet wijken voor de bestraffing van internationale misdrijven.

5.2.1 Aanbevelingen inzake officiële missies

Naar de mening van de CAVV zou aan alle deelnemers aan een officiële missie, volledige immuniteit toekomen, althans op de minimumvoorwaarden dat de Nederlandse overheid heeft ingestemd met de missie en is geïnformeerd over de samenstelling ervan. De CAVV adviseert de Minister beleid ter zake te formuleren en dit te formaliseren in (bijvoorbeeld) een brief aan de Staten-Generaal met kennisgeving aan de rechterlijke macht. Dit beleid zou kunnen inhouden, dat de deelnemers aan een officiële missie onder bepaalde voorwaarden worden aangemerkt als andere personen (dan zittende staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken) waarvan de immuniteit op grond van het volkenrecht wordt erkend, zodat deze onder artikel 16(a) WIM vallen. Daarbij adviseert de CAVV om, met gebruikmaking van onder andere de contouren die het

Verdrag over speciale missies en de voorbereidende stukken van dit Verdrag bieden, de voorwaarden en modaliteiten van de toekenning van de bedoelde immuniteit te beschrijven. Te denken valt daarbij bijvoorbeeld aan het doel van de missie en met name of deze ook activiteiten kan omvatten die niet rechtstreeks de (rijks)overheid betreffen, de modaliteiten van de aanmelding van de missies en de deelnemers daaraan, de aanvaarding van de (samenstelling van) de missie en het begin- en eindtijdstip van de missie.

Dit vergt politieke afwegingen. Een belangrijke politieke afweging is voorts ook, of het wenselijk en aanvaardbaar is om andere personen dan overheidsfunctionarissen volledige immuniteit te verlenen bij de uitvoering van of deelname aan een officiële missie. Te denken valt aan familieleden van staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken, alsmede aan niet-statelijke deelnemers aan een officiële missie. Het Verdrag inzake speciale missies staat dit toe, maar het is naar de mening van de CAVV aan te bevelen meer stringente voorwaarden te hanteren naarmate de taak van de missie en de deelnemers daaraan verder afstaan van de overheid van een vreemde staat. Daarbij hoort uiteraard het belang van de ongestoorde interstatelijke betrekkingen die met de missie worden beoogd voorop te staan. Het spreekt voorts voor zich, dat het te formuleren beleid op geen enkele wijze in strijd mag zijn met de Nederlandse volkenrechtelijke verplichtingen, waaronder die als lid- en zetelstaat van internationale strafhoven.

Een andere optie dan bovenomschreven is om artikel 16 WIM te wijzigen, in de zin dat er een wettelijke grond wordt geschapen voor de immuniteit van leden van officiële missies. Het voordeel daarvan is, dat bij wet wordt afgeweken van het nationale strafrecht. In de eerste plaats kan er dan geen onduidelijkheid ontstaan over de relatie tussen het nationale strafrecht en het betreffende internationaal gewoonterecht. In de tweede plaats kunnen in een wet ook zaken worden geregeld, die geen gewoonterechtelijke status hebben of waarvan de gewoonterechtelijke status onduidelijk is. In een wet zou bijvoorbeeld zou bi voorbeeld desgewenst ook de volledige immuniteit kunnen worden geregeld van leden van niet-statelijke missies of de ontvangst van vertegenwoordigers van een niet erkende staat.

In het kader van het antwoord op deze vraag, die immers een categorie rechthebbenden op persoonlijke immuniteit omvat die in de praktijk relatief moeilijk zal zijn te duiden, past ook het advies ambtshalve toetsing door rechters wettelijk te verankeren.

5.3 Genieten deze personen ook immuniteit ten aanzien van administratiefrechtelijke en civielrechtelijke jurisdictie?

De administratiefrechtelijke immuniteit bleef buiten beschouwing in dit advies omdat niet voorstelbaar is, dat er in het kader van internationale misdrijven een zaak op dit terrein voor de Nederlandse rechter zou komen.

De ambtsdragers die, gezien de antwoorden op de eerste en tweede vraag volledige strafrechtelijke immuniteit genieten, genieten ook volledige civielrechtelijke immuniteit, tenzij dit in een op hen betrekking hebbend verdrag anders is bepaald. Beëindiging van de volledige strafrechtelijke immuniteit (zoals bij het vervallen van het ambt) betekent beëindiging van de volledige civielrechtelijke immuniteit.

De CAVV acht voorts ook in civielrechtelijke zaken het criterium van toepassing, dat alleen een inbreuk wordt gemaakt op persoonlijke immuniteit bij maatregelen die een beperking opleveren voor het ook buiten het grondgebied van de eigen staat ongehinderd kunnen uitoefenen van de functie. Zij is van mening, dat in civielrechtelijke zaken bij de vaststelling hiervan terughoudendheid van de rechter op zijn plaats is vanwege het principe dat staten onderling respect horen te betrachten in belang van de wederzijdse betrekkingen.

5.4 *Aanpassing van de Aanwijzing afdoening van aangiften met betrekking tot strafbaarstellingen in de WIM*

De CAVV adviseert om op korte termijn de Aanwijzing afdoening van aangiften met betrekking tot de strafbaarstellingen in de WIM aan de bevindingen in dit advies aan te passen.¹¹⁴ Paragraaf 3.1.1 van deze Aanwijzing bevat de volgende passage:

“Strafvervolgning in het kader van deze wet is uitgesloten ten aanzien van buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken, zolang zij in functie zijn, alsmede andere personen voor zover hun immuniteit door het volkenrechtelijk gewoonterecht wordt erkend. Onder de laatste categorie vallen

onder andere de hier te lande geaccrediteerde diplomaten, voormalige buitenlandse staatshoofden, voormalige regeringsleiders en voormalige ministers van buitenlandse zaken. Immuniteit geldt niet ten aanzien van handelingen die voormalige functionarissen hebben verricht voorafgaand aan of volgend op hun ambtsperiode en evenmin voor handelingen die zij tijdens hun ambtsperiode als privépersoon hebben verricht.”

Deze tekst is op twee punten in strijd met dit advies. Ten eerste omdat gesuggereerd wordt dat voormalige buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken als zij niet langer in functie zijn immuniteit blijven genieten voor in functie gepleegde internationale misdrijven. Ten tweede omdat geen melding wordt gemaakt van de immuniteit van leden van officiële missies. De passage zou daarom als volgt kunnen worden gewijzigd:

“Strafvervolging in het kader van deze wet is uitgesloten ten aanzien van buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken, zolang zij in functie zijn, alsmede andere personen voor zover hun immuniteit door het volkenrechtelijk gewoonterecht wordt erkend. Onder de laatste categorie vallen onder andere de hier te lande geaccrediteerde diplomaten en leden van officiële missies.”

Omdat in dit voorstel de categorieën immuniteitsgerechtigden niet concreet zijn gedefinieerd, zal vrijwel steeds, ingevolge de Aanwijzing, twijfel ten aanzien van de immuniteit bestaan en contact noodzakelijk zijn met het College van procureurs-generaal, dat eventueel overleg met het Ministerie van Buitenlandse Zaken kan plegen.

Noten

¹ Zie *Report of the International Law Commission*, 62nd Session, GA Official Records 65th session, supplement no. 10 (A/65/10), p. 333; *Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, UNGA, A/CN.4/601 en het *Second Report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, A/CN.4/631, beide van de hand van dr. Kolodkin. Naar deze rapporten wordt in dit advies als respectievelijk "Kolodkin I" en "Kolodkin II" verwezen

² Brief DJZ/IR-2009/289 van 18 december 2009 (bijlage).

³ Wet van 19 juni 2003, Stb. 2003, 270.

⁴ Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof, 17 juli 1998, Trb. 2000, 120.

⁵ Zie n. 55, 56, 57 en 58.

⁶ Zie n. 110 en 112; n. 92.

⁷ Zie over gewoonterecht en met name de relatie tussen dit recht en verdragen: A. Nollkaemper, *The legitimacy of international law in the case law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in T. Vandamme en J.-H. Reestman, eds., *Ambiguity in the Rule of Law. The Interface between National and International Legal Systems*, Groningen 2001 p. 13, p. 16.

⁸ Rechterlijke uitspraken en de leerstellingen van auteurs ("*judicial decisions and the teachings of the most qualified publicists of the various nations*") vormen ingevolge artikel 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof (Trb. 1971, 55; 1987, 114) secundaire bronnen van internationaal recht.

⁹ Zogenaemde territoriale rechtsmacht.

¹⁰ Gedoeld wordt op:

- het *actief persoonlijkheidsrecht*, dat rechtsmacht vestigt ten aanzien van Nederlanders in het buitenland (zie bijvoorbeeld artikel 5(1) Wetboek van Strafrecht dat jurisdictie vestigt ten aanzien van de Nederlander die zich buiten Nederland schuldig maakt aan een misdrijf gericht tegen de rechtspleging van het Internationaal Strafhof);

- het *passief persoonlijkheidsrecht*, dat rechtsmacht vestigt ten aanzien van Nederlandse slachtoffers van misdrijven in het buitenland (artikel 3 Wet oorlogsstrafrecht stelt bijvoorbeeld eenieder die een Nederlander blootstelt aan vervolging, vrijheidsbeneming e.d. "door of vanwege de vijand of diens helpers" strafbaar) en

- het *beschermingsbeginsel*, dat beoogt staatsbelangen te beschermen tegen inbreuken door andere staten (op grond van artikel 6 Wetboek van Strafrecht worden bijvoorbeeld bepaalde misdrijven door Nederlandse ambtenaren in het buitenland onder Nederlandse rechtsmacht gebracht).

Voor het advies is ook *universele jurisdictie* van belang, wat inhoudt dat alle staten het recht hebben elke verdachte van bepaalde misdrijven te vervolgen.

¹¹ New York, 2 december 2004, Trb. 2010, 272. Artikel 5 luidt: "Een staat geniet ten aanzien van zichzelf en van zijn eigendommen immuniteit van de rechtsmacht van de rechters van een andere staat behoudens het bepaalde in dit Verdrag." In mei 2011 hadden 28 staten het Verdrag ondertekend en elf staten geratificeerd. Er zijn dertig ratificaties nodig voor de inwerkingtreding. In Nederland is de ondertekening blijkens ambtelijke informatie onderwerp van interdepartementaal overleg.

¹² Het onderscheid tussen officieel handelen en handelen in de hoedanigheid van privépersoon is overigens niet altijd evident. Zie bijvoorbeeld L.T. Lee, *Consular Law and Practice* (1991) hoofdstuk 29, p. 483 e.v. H.G. Schermers, *Internationaal Publiekrecht voor de Rechtspraak* (1985) paras. 517-518.

¹³ Zie n. 11. Artikel 2, eerste lid van het Verdrag luidt, voor zover relevant: "Voor de toepassing van dit Verdrag wordt verstaan onder: [...] „staat” [...] iv. vertegenwoordigers van de staat die in die hoedanigheid optreden;"

¹⁴ *Case concerning the arrest warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of Congo v. Belgium) 14 February 2002 I.C.J Reports 2002 p.3.

¹⁵ Zie D. Akande en S. Shah, *Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts*, *European Journal of International Law* (2011) Vol. 21 no. 4 p. 815, p. 821; Kolodkin I, n. 1, para 93; *Joint Separate Opinion* van rechters Higgins,

Kooijmans en Buergenthal in de *Arrest Warrant* zaak, n. 14, para 75: “immunities are granted to high State officials to guarantee the proper functioning of the network of mutual inter-State relations, which is of paramount importance for a well-ordered and harmonious international system.”

¹⁶ UN Press Release L/ROM/6.r1; www.un.org/icc/pressrel/lrom6r1.htm

¹⁷ Zie Akande/Shah, n. 15, p. 818; Kolodkin II, n. 1, para 55.

¹⁸ Zie n. 14, para 54.

¹⁹ Zie n. 14, para 58.

²⁰ Zie n. 14, para 59.

²¹ Het IDI vaardigde in 2001 een Resolutie uit getiteld *Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law* (hierna; IDI Resolutie 2001); *De Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State*. dateert uit 2009 (IDI Resolutie 2009) en was gebaseerd op een *Preliminary Report* (2005) en een *Final Report* (2009), opgesteld door Lady Fox. zie *Annuaire de l'Institut de droit international, Session de Naples* (2009) Vol. 73. www.iil.org/idiE/resolutionsE.pdf

²² *Case concerning certain questions of mutual assistance in criminal matters* (Djibouti v. France) 4 juni 2008, I.C.J Reports 2008 p. 177.

²³ Zie n. 22; para 157.

²⁴ Zie n. 22; para 170.

²⁵ Zie ook Kolodkin I, n. 1, para 68 en noot 138.

²⁶ Zie ook *Tachiona v. Mugabe*, *American Journal of International Law*, vol. 95 (october 2001) p. 874. Deze zaak betrof een oproep tot verschijning (“*service of process*”) voor de Amerikaanse civiele rechter gericht aan het Zimbabwaanse staatshoofd Mugabe. De rechter oordeelt, dat deze oproep “*would not demand the official's appearance in Court nor subject him in other ways to the court's compulsory powers in a manner that could be deemed an assertion of territorial authority over the foreign dignitaries and, by extension, over the foreign state they represent.*”

²⁷ Zie voor een opsomming van zaken, waarin rechters van verschillende staten aan staten toestonden immunititeit voor ambtsdragers in te roepen bijvoorbeeld *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, House of Lords, Session 2005-06 [2006] UKHL 26, Lord Bingham of Cornhill, para 10.

²⁸ LJN: AT5152, Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage, KG 05/432.

²⁹ Zie n. 27.

³⁰ *Ex parte Peru*, 318 U.S. 578, p. 589 (1943) ; www.supreme.justia.com.

³¹ United States District Court for the District of Columbia, Civ. No. 04-0649 (RJL), De bevindingen van het Hof staan in onderdeel II: “*Foreign Policy Considerations Also Warrant Dismissal of this Action.*” Bo Xilai was minister van handel van de Volksrepubliek China. Zie ook *Chang Boon Kim v. Kim Yong Shik and David Kim* (*International Law Reports* 817 F 2d 1108 (1987)); *Kilroy v. Windsor and others*, Civil Action No. C-78-291, United States District Court for the Northern District of Ohio, Eastern Division, 81 *International Law Reports* (1990) p. 605-7; *Matar v. Dichter*, US Court of Appeals for the Second Circuit, 16 April 2009, Docket No. 07-2579-cv. Zie echter ook *Tachiona v. Mugabe*, n. 26.

³² Zie Kolodkin II, n. 1, paras 57 e.v.

³³ Lord Hutton and Lord Browne-Wilkinson in *Pinochet III*, n. 43; *Joint separate opinion* van rechters Higgins, Kooijmans en Buergenthal, n. 14, para 85; Akande/Shah, n. 15, p. 831/2.

³⁴ LJN: AA8395, Gerechtshof Amsterdam 20-11-2000. R.o. 4.2; www.rechtspraak.nl.

³⁵ *Joint Separate Opinion* van rechters Higgins, Kooijmans en Buergenthal, n. 14, para 85. De volledige tekst luidt: “*It is now increasingly claimed in the literature (see for example, Andrea Bianchi, "Denying State Immunity to Violators of Human Rights", 46 Austrian Journal of Public and International Law (1994), pp. 227-228) that serious international crimes cannot be regarded as official acts because they are neither normal State functions nor functions that a State alone (in contrast to an individual) can perform (Goff, J. (as he then was) and Lord Wilberforce articulated this test in the case of P Congreso del Partido (1978) QB 500 at 528 and (1983) AC 244 at 268 respectively). This view is underscored by*

the increasing realization that State-related motives are not the proper test for determining what constitutes public state acts. The same view is gradually also finding expression in State practice, as evidenced in judicial decisions and opinions. (For an early example, see the judgment of the Israel Supreme Court in the Eichmann case; Supreme Court, 29 May 1962, 36 International Law Reports, p. 312.) See also the speeches of Lords Hutton and Phillips of Worth Matravers in R. v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet ("Pinochet III"); and of Lords Steyn and Nicholls of Birkenhead in "Pinochet I", as well as the judgment of the Court of Appeal of Amsterdam in the Bouterse case (Gerechtshof Amsterdam, 20 November 2000, para. 4.2.)." Zie n. 43 (Pinochet) en n. 34 (Bouterse).

³⁶ Zie bijvoorbeeld *Dissenting Opinion* van rechter *ad hoc* Van den Wyngaert in de *Arrest Warrant* zaak, n. 14, p. 161, para 36.

³⁷ Zie ook *IDI Final Report*, n. 21, paragraaf 51.

³⁸ In het internationaal recht bestaat geen eensluidende mening over de normen die tot *ius cogens* moeten worden gerekend. In het algemeen worden de verboden van genocide en foltering daaronder begrepen, maar bijvoorbeeld oorlogsmisdrijven niet. Zie Akande/Shah, n. 15, p. 833 e.v.

³⁹ Zie Kolodkin II, n. 1, paras 63 e.v.

⁴⁰ Application no. 35763/97 21 november 2001.

⁴¹ Overigens kent het Nederlandse strafrecht buiten de WIM universele rechtsmacht ten aanzien van gebeurtenissen buiten het grondgebied, zoals voor zeeroof (piraterij).

⁴² Zie Kolodkin II, n. 1, para 68 e.v.

⁴³ De uitlevering van het voormalige Chileense staathoofd aan Spanje door het Verenigd Koninkrijk is driemaal aan de orde geweest in het *House of Lords*, nl. op 25 november 1998 (Pinochet I), 17 december 1998 (Pinochet II) en 24 maart 1999 (Pinochet III); zie www.parliament.the-stationary-office.co.uk.

⁴⁴ Zie n. 43 (Pinochet III); Lord Goff stelt: "*The functions of, for example, a head of state are governmental functions, as opposed to private acts, and the fact that the head of state performs an act, other than a private act, which is criminal does not deprive it from its governmental character. This is true of a serious crime, such as murder or torture, as it is of a lesser crime.*" Zie ook Kolodkin II, n. 1, para 58 e.v.

⁴⁵ Zie n. 43. Namelijk in de visie van Lord Millett: "*The international community had created an offence for which immunity ratione materiae could not possibly be available. International law cannot be supposed to have established a crime having the character of a ius cogens and that the same time to have provided an immunity which is co-extensive with the obligation it seeks to impose*"

⁴⁶ *Ferrini v. Repubblica Federale di Germania*, Corte di Cassazione, Joint Sections, Judgment 6 November 2003-11 March 2004, n. 5044, paras 9.9.1. Overigens betreft deze zaak niet de immuniteit van een ambtsdrager, maar staatsimmuniteit. *Lozano v. Italy*, Appeal Judgment, Case No. 31171/2008. Zie Kolodkin II, n. 1, para 63, noot 146.

⁴⁷ Zie n. 40. Zie ook de zaak *Kalogeropoulos et al. v. Greece and Germany* (Application no. 28451/02 10 maart 2005); Lord Bingham in de zaak *Jones*, n. 27.

⁴⁸ Te vinden op nl.wikisource.org/wiki/Handvest_van_het_Internationaal_Militair_Tribunaal.

⁴⁹ Kolodkin II, n. 1, paras 68 e.v., para 69.

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld *Jones v. United Kingdom* (Application Number 34356/06), *Mitchell and Others v. United Kingdom* (Application Number 40528/06) *Written Comments by Redress, Amnesty International, Interights and Justice*; <http://www.interights.org/jones>

⁵¹ LJN BC7418 07/10063 www.rechtspraak.nl; zie ook Kolodkin II, n. 1, para 69 onder (b) en noot 177 ("Dirty War"-zaak tegen voormalige Argentijnse overheidsfunctionarissen in Italië).

⁵² Kolodkin II, n. 1, para 69 onder (d) en noot 181 (zaak tegen de Argentijnse officier *Scilingo* in Spanje); para 70 onder (d), para 16 en noot 30 (zaak tegen voormalig staatshoofd Hisssein Habré van Tsjaad in Senegal).

⁵³ Kolodkin II, n. 1, para 70 onder (c) en noten 192-194 (Argentinië weigerde de officier Astiz uit te leveren).

⁵⁴ Kolodkin II, n. 1, para 70 onder (a) en noten 183-189.

⁵⁵ Parijs, 9 december 1948, Trb. 1960, 32.

⁵⁶ I. Verdrag voor de verbetering van het lot der gewonden en zieken, zich bevindende bij de strijdkrachten te velde; II. Verdrag voor de verbetering van het lot der gewonden, zieken en schipbreukelingen van de strijdkrachten ter zee; III. Verdrag betreffende de behandeling van krijgsgevangenen; IV. Verdrag betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd; Geneve, 12 augustus 1949; Trb. 1951, 72, 73, 74, 75; Aanvullend Protocol bij de Verdragen van Geneve van 12 augustus 1949 betreffende de bescherming van slachtoffers van internationale gewapende conflicten (Protocol I); Aanvullend Protocol bij de Verdragen van Geneve van 12 augustus 1949 betreffende de bescherming van slachtoffers van niet-internationale gewapende conflicten (Protocol II), Bern, 8 juni 1977, Trb. 1978, 41, 42.

⁵⁷ Verdrag tegen de foltering en andere wrede, onmenselijke of onterende behandeling of bestraffing, New York, 10 december 1984, Trb. 1985, 69.

⁵⁸ Internationaal Verdrag inzake de bescherming van alle personen tegen gedwongen verdwijningen, New York, 20 december 2006, Trb. 2008, 173. Dit Verdrag is door 88 staten, waaronder Nederland, ondertekend en door 25 staten geratificeerd. Voor het Koninkrijk der Nederlanden is het op 22 april 2011 in werking getreden.

⁵⁹ Althans, als deze vrijheidsontneming of de verblijfplaats niet wordt erkend of wordt verhuld. De tekst van artikel 2 luidt: "Voor de toepassing van dit Verdrag wordt als "gedwongen verdwijning" aangemerkt de arrestatie, gevangenhouding, ontvoering of elke andere vorm van vrijheidsontneming door vertegenwoordigers van de Staat of door personen of groepen personen die optreden met de machtiging of steun van of bewilliging door de Staat, gevolgd door een weigering een dergelijke vrijheidsontneming te erkennen of door verhulling van het feit zelf of van de verblijfplaats van de verdwenen persoon, waardoor deze buiten de bescherming van de wet geplaatst wordt."

⁶⁰ "Zij, die worden beschuldigd van genocide of enig ander in artikel III genoemd feit, worden berecht door een daartoe bevoegde rechtbank van de Staat, binnen welks gebied het feit is gepleegd, of door een zodanige internationale strafrechter als daartoe bevoegd is ten aanzien van die Verdragsluitende Partijen, welke de rechtsmacht van deze rechter hebben aanvaard." Zie: "*Arrêt de la Cour de Cassation belge, dit « Arrêt Sharon »*", 12 februari 2003 : "... *l'immunité de juridiction est exclue en cas de poursuite devant les juridictions identifiées à l'article VI précité mais ne l'est pas lorsque la personne accusée est traduite devant les tribunaux d'un Etat tiers s'attribuant une compétence que le droit international conventionnel ne prévoit pas*"; te vinden op www.debriefing.org/30314.html.

⁶¹ Zie n. 56; artikelen 49, 50, 129, 146.

⁶² Artikel 5, eerste en tweede lid luiden: "Iedere Staat die Partij is, neemt de eventueel noodzakelijke maatregelen tot vestiging van zijn rechtsmacht ten aanzien van de in artikel 4 bedoelde delicten, en wel in de volgende gevallen: (a) wanneer de delicten worden gepleegd binnen een grondgebied onder zijn rechtsmacht of aan boord van een schip of luchtvaartuig dat in die Staat is geregistreerd; (b) wanneer de verdachte onderdaan van die Staat is; (c) wanneer het slachtoffer onderdaan van die Staat is, indien die Staat zulks passend acht. 2. Iedere Staat die Partij is, neemt tevens de eventueel noodzakelijke maatregelen tot vestiging van zijn rechtsmacht ten aanzien van zodanige delicten in de gevallen waarin de verdachte zich bevindt binnen een onder zijn rechtsmacht vallend grondgebied en deze Staat hem niet ingevolge artikel 8 uitlevert aan een van de in het eerste lid van dit artikel genoemde Staten."

⁶³ "Elke Staat die Partij is neemt de noodzakelijke maatregelen om zijn bevoegdheid tot het uitoefenen van rechtsmacht te vestigen inzake het misdrijf van gedwongen verdwijning: a. Indien het misdrijf is gepleegd op een grondgebied onder zijn rechtsmacht of aan boord van een in die Staat geregistreerd schip of luchtvaartuig; b. Indien de vermoedelijke pleger één van zijn onderdanen is; c. Indien de verdwenen persoon één van zijn onderdanen is en de Staat die Partij is het vestigen van zijn rechtsmacht opportuun acht."

⁶⁴ "De Staat die Partij is op het grondgebied waarvan een persoon die wordt verdacht van het plegen van het misdrijf van gedwongen verdwijning wordt aangetroffen, levert deze persoon over aan zijn bevoegde autoriteiten voor strafrechtelijke vervolging, indien hij deze

persoon niet uitlevert of overlevert aan een andere Staat in overeenstemming met zijn internationale verplichtingen of hem of haar niet overlevert aan een internationaal straftribunaal waarvan hij de rechtsmacht heeft erkend.”

⁶⁵ Een uitbreiding van de jurisdictie naar gevallen van foltering buiten het grondgebied van de forumstaat, waarbij ambtsdragers van deze staat zijn betrokken, ligt evenwel voor de hand.

⁶⁶ Akande/Shah, n. 15, p. 835: “*there is no obligation on third states to provide a civil remedy.*” Zie ook Jones, n. 27, para 34 (Lord Bingham) en M. Nowak en E. McArthur *The United Nations Convention Against Torture*, Oxford 2008, p. 492-502.

⁶⁷ “Elke Staat die Partij is waarborgt in zijn rechtsstelsel dat de slachtoffers van gedwongen verdwijning het recht hebben schadeloosstelling te vorderen en recht hebben op onmiddellijke, billijke en adequate schadevergoeding.” Zie ook het vijfde lid: “Het recht de in het vierde lid van dit artikel bedoelde schadeloosstelling te vorderen betreft zowel materiële als immateriële schade en waar nodig andere vormen van schadeloosstelling zoals: a. Restitutie; b. Rehabilitatie; c. Genoegdoening, met inbegrip van eerherstel en herstel van reputatie; d. Waarborgen dat gedwongen verdwijning niet opnieuw zal voorkomen.”

⁶⁸ Zie over het Genocide Verdrag H. Abtahi en P. Webb, *The Genocide Convention. The Travaux Préparatoires*; Leiden 2008. De voorbereidende stukken van de Verdragen van Geneve zijn te vinden bij de *Federal Research Division, Military Legal Resources* van de (VS) *Library of Congress*; zie www.loc.gov/rr/frd/MilitaryLaw/RC-Fin-Rec_Dipl-Conf-1949.html. Zie over het Verdrag tegen foltering: United Nations Economic and Social Council Commission on Human Rights: 35th session (E/CN.4/L.1470 12 March 1979); 36th session (E/CN.4/1367 5 March 1980); 37th session (E/CN.4/L.1567 24 February 1981); 38th session (E/CN.4/1982/L.40 5 March 1982); 39th session (E/CN.4/1983/63 25 March 1983). J.H. Burgers en H. Danelius *The United Nations Convention against Torture* Dordrecht 1988; Nowak/McArthur, n. 55. Voor het Verdrag inzake bescherming tegen verdwijningen: E/CN.4Sub.2/RES/1998/25; E/CN.4/Sub.2/1998/19; E/CN.4/2002/71; E/CN.4/2004/59; E/CN.4/2004/WG.22/WP.1; E/CN.4/2004/WG.22/WP.2; E/CN.4/2005/66; E/CN.4/2005/WG.22/WP1; E/CN.4/2006/57.

⁶⁹ Zie bijvoorbeeld Lord Browne-Wilkinson in Pinochet III, n. 43: “[...] *the whole elaborate structure of universal jurisdiction over torture committed by officials is rendered abortive and one of the main objectives of the Torture Convention – to provide a system under which there is no safe haven for torturers - will have been frustrated. In my judgement all these factors together demonstrate that the notion of continued immunity for ex-heads of state is inconsistent with the provisions of the Torture Convention.*”

⁷⁰ Voor wat betreft de door de VN Veiligheidsraad ingestelde tribunalen en voor verwijzingen anderszins naar het Internationaal Strafhof geldt deze relativering voor alle staten, terwijl dit voor het Internationaal Strafhof en andere bij verdrag ingestelde tribunalen alleen geldt tussen de staten die partij zijn bij het aan het relevante tribunaal ten grondslagliggende verdrag of op basis van gewoonterecht.

⁷¹ De statuten van het Joegoslavië en Rwanda Tribunaal (Resoluties 808 (1993), 22 februari 1993 en 955 (1994), 8 november 1994, van de VN Veiligheidsraad, Trb. 1993, 168 en 1994, 277) bevatten bijvoorbeeld (in respectievelijk artikel 7(2) en artikel 6(2)) de regel, dat de officiële positie van een ambtsdrager deze niet ontslaat van strafrechtelijke verantwoordelijkheid. Deze regel doet geen expliciete uitspraak over mogelijke beperking van immuniteit, maar bevestigt wel, dat een (hoge) overheidsfunctie geen straffeloosheid van de in de statuten beschreven internationale misdrijven met zich meebrengt.

⁷² Zie n. 4; artikel 1 van het Statuut luidt: “Een Internationaal Strafhof (“het Hof”) wordt hierbij opgericht. Het is een permanente instelling met de bevoegdheid rechtsmacht uit te oefenen over personen ter zake van de meest ernstige misdrijven van internationaal belang in de zin van dit Statuut, *die complementair is aan de nationale jurisdicties in strafzaken*. De rechtsmacht en werkwijze van het Hof worden geregeerd door de bepalingen van dit Statuut.” (cursivering toegevoegd). De artikelen 5 t/m 8 beschrijven de betreffende internationale misdrijven.

⁷³ TK 2001-2002 28337 nr. 3, p. 2: “Hoewel dit niet uitdrukkelijk in het Statuut is bepaald, is door een meerderheid van staten – waaronder het Koninkrijk – steeds aangenomen dat uit het complementariteitsbeginsel volgt dat de staten die partij zijn bij het Statuut gehouden zijn om de misdrijven die aan de rechtsmacht van het Strafhof zijn onderworpen, in hun nationale strafwetgeving strafbaar te stellen en voorts om extraterritoriale, universele rechtsmacht te vestigen die hun nationale strafgerechten in staat stelt die misdrijven te berechten óók als ze in het buitenland door niet-nationalen zijn gepleegd.”

⁷⁴ Zie ook IDI Final Report, n. 21, para 19.

⁷⁵ Zie n. 3.

⁷⁶ Deze vraag luidt: “Wat is op basis van het internationaal recht de reikwijdte van de strafrechtelijke immuniteit van buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken?”

⁷⁷ Zie n. 14, para 53.

⁷⁸ Zie n. 14, para 54.

⁷⁹ Zie n. 14; para 61.

⁸⁰ Zie ook bijvoorbeeld artikel 1 van de IDI-Resolutie 2001, n. 21: “*When in the territory of a foreign State, the person of the Head of State is inviolable. While there, he or she may not be placed under any form or arrest or detention. The Head of State shall be treated by the authorities with due respect and all reasonable steps shall be taken to prevent any infringement of his or her person, liberty, dignity.*” A. Watts *The legal position in International Law of Heads of States, Heads of Governments, and Foreign Ministers*, Académie de Droit International de la Haye, Recueil des cours; 1994/III/247, 1995 p. 52; J.P. A. François, *Grondlijnen van het volkenrecht*, Zwolle 1954, p. 264. Het Franse Cour de cassation bevestigde de persoonlijke immuniteit van Ghaddafi, 13 maart 2001, International Law Reports vol. 125 p. 508. Zie over deze uitspraak S. Zappalà *Do head of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case before the French Cour de Casation*, *European Journal of International Law* Vol. 12 no. 3 p. 595-612. .

⁸¹ Zie n. 22, para 170.

⁸² Kolodkin I, n. 1, paras 112-113; Akande/Shah, n. 15, p. 824/25.

⁸³ Zie n. 14; para 53.

⁸⁴ Zie bijvoorbeeld: *Dissenting Opinion* rechter *ad hoc* Van den Wyngaert in de *Arrest Warrant* zaak, n. 14; p. 139, para 1; *The ICJ's Judgment in the Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000: some Critical Observation*; Jan Wouters en Leen De Smet, *Yearbook of international humanitarian law*, H. Fischer, A. McDonald, eds, vol. 4 (2001), p. 373 e.v., para 2.1.1.; Watts, n. 80, p. 108/109; Akande/Shah, n. 15, p. 820/21.

⁸⁵ Zie bijvoorbeeld M. Ruffert, 48 *Netherlands International Law Review* (2001). p. 171 p. 180-181: “*as far as a state's agents other than heads of state are concerned, there is few beyond functional reflections that justify their immunity.*”

⁸⁶ Zie bijvoorbeeld Kolodkin I, n. 1, para 116 en voetnoot 231. Zie ook artikel 21 Verdrag inzake speciale missies, n. 92.

⁸⁷ Volgens het IDI *Final Report*, n. 18, para 48, suggereert het Internationaal Gerechtshof in de *Mutual Assistance* zaak, n. 19, “*a general unwillingness to extend personal immunities too widely.*”

⁸⁸ Zie bijvoorbeeld IDI *Final Report*, n. 21, para 47 “*The members of the Commission were of the view that the immunities of members of government, other than heads of State and heads of government, is recognized by international law to apply to such persons when on an official mission in the receiving State.*” Zie ook Akande/Shah, n. 15, p. 822/23

⁸⁹ Zie n. 1; para 68: “*Pursuant to the general principal of fairness in judicial proceedings, immunity from enforcement must, in our view, be accorded to all State representatives welcomed as such on the territory of Belgium (on “official visits”). Welcoming such foreign dignitaries as official representatives of sovereign States involves not only relations between individuals but also relations between States. This implies that such welcome includes an undertaking by the host State and its various components to refrain from taking any coercive measures against its guest and the invitation cannot become a pretext for ensnaring the individual concerned in what would then have to be labelled a trap.*”

⁹⁰ Zie *Kilroy v. Windsor*, n. 31 en de in deze uitspraak genoemde zaken; zaak *Tabatabai*, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1984, Heft 36 p. 2048, waarin het officiële karakter van een bezoek kennelijk ten tijde van de rechtszaak werd vastgesteld. De strafrechtkamer van het *Bundesgerichtshof* honoreerde het beroep op immuniteit. Zie ook Akande/Shah, n. 15, p. 822/23.

⁹¹ Zie paragraaf 4.4.2; Zie ook *International Institutional Law*, H.G. Schermers en N.M. Blokker, Nijhoff, Den Haag, 3e druk, para 327 e.v.; para 331: “*The members of a delegation enjoy full immunity from the criminal jurisdiction of the host state.*”

⁹² New York, 8 december 1969; *United Nations Treaty Series* vol. 1400 No. 1-23431

⁹³ De CAVV geeft de voorkeur aan de meer algemene term “officiële missie” boven “speciale missie.” Het Verdrag gebruikt de laatste term om het verschil aan te geven met permanente missies (namelijk ambassades en consulaten).

⁹⁴ Zie de zaak *Tabatabai*, n. 90, waarin de visies van (Duitse) internationaalrechtelijke deskundigen worden beschreven. Zij zijn het in de zin van deze paragraaf oneens over de gewoonterechtelijke status van (destijds nog) het ontwerp-verdrag. Het Hof stelt vervolgens: “*Auf die nach alledem zweifelhafte Frage der gewohnheitsrechtlichen Geltung der Konvention kommt es indes nicht entscheidend an, [...]. Denn es steht fest, daß es jedenfalls – unabhängig von dem Konventionsentwurf – eine von der Staatenpraxis mit Rechtsüberzeugung getragene gewohnheitsrechtliche Regel gibt, wonach es möglich ist, von dem Entsendestaat mit einer besonderen politischen Aufgabe ausgestatteten ad – hoc – Botschaftern durch Einzelabsprache mit dem Empfangsstaat über diese Aufgabe und über ihren Status Immunität zu verleihen und sie auf diese Weise insoweit den – völkervertragsrechtlich geschützten – Mitgliedern der ständigen Missionen der Staaten gleichzustellen.*”

⁹⁵ In het eindcommentaar op artikel 29 (over onschendbaarheid) stelt de ILC: “*The Commission considered that [...] personal inviolability should, by its very nature, be deemed to be indivisible. The Commission therefore decided to follow article 29 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, which makes no distinction between proceedings instituted against a person enjoying inviolability on account of acts committed by him in the exercise of his official functions and proceedings instituted against him on account of acts committed in his private capacity.*” *Report of the Commission to the General Assembly, Yearbook of the International Law Commission, 1967, Vol. II, p. 361.*

⁹⁶ “*It is now generally recognized that States are under an obligation to accord the facilities, privileges and immunities in question to special missions and their members.*”, n. 95, p. 358.

⁹⁷ Uiteraard geldt deze immuniteit niet indien het Internationaal Strafhof om uitlevering vraagt (zie par. 3.5).

⁹⁸ *Yearbook of the International Law Commission, 1967 Vol II p. 41; A/CN.4/194.*

⁹⁹ Zie de “*Rainbow Warrior*” zaak, *International Legal Materials* vol. 26 (1987) p. 1346. “*Abu Omar*” zaak; Tribunale Ordinario di Milano in composizione monocratica Sezione 4 Penale 4-11-2009; te vinden op www.penalecontemporaneo.it.

¹⁰⁰ Zie artikelen 8 t/m 10, n. 92; Deelname van personen met een andere nationaliteit dan die van de zendstaat is bijvoorbeeld expliciet toegestaan.

¹⁰¹ Op basis van deze bevindingen zou bijvoorbeeld volledige immuniteit toekomen aan de Indonesiër W. die als voormalig minister van buitenlandse zaken nog slechts functionele immuniteit genoot, maar die als adviseur van de Indonesische president een officieel bezoek aan Nederland bracht. Zie vonnis rechtbank Den Haag van 24 november 2010 LJN 380820 / KG ZA 10-1453; www.rechtspraak.nl.

¹⁰² Zie de (Britse) State Immunity Act 1978, Section 20: “*Subject to the provisions of this section and to any necessary modifications, the Diplomatic Privileges Act 1964 shall apply to - (a) a sovereign or other head of State; (b) members of his family forming part of his household; and (c) his private servants, as it applies to a head of a diplomatic mission, to members of this family forming part of his household and to his private servants.*” (www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33?view=extent). Zie ook *Oppenheim's International Law*, Volume 1, edited by Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts, Londen 1996, para 452, over het gevolg van een staatshoofd, waartoe familieleden worden gerekend: “*it is difficult to*

see why a head of State abroad should in this matter be in an inferior position to a diplomatic envoy." (Familieleden van diplomaten genieten op grond van artikel 37 van het Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer (zie n. 110) in beginsel dezelfde immuniteiten als de diplomaat.)

¹⁰³ Over dit laatste zie *Oppenheim*, n. 102; para 453: "*It is probably[...] necessary to take special account of the position of those members of a Head of State's family [...] who are in their own right engaged on activities on behalf of their state.*" In dit verband noemt Oppenheim ook troonopvolgers; zie wat deze betreft ook *Kilroy v. Windsor*, n. 31.

¹⁰⁴ Artikel 11, zie n. 16.

¹⁰⁵ Zie paragraaf 3.3.

¹⁰⁶ Zie n.22, para 196: "*At no stage have the French courts (before which the challenge to jurisdiction would normally be expected to be made), nor indeed this Court, been informed by the Government of Djibouti that the acts complained of by France were its own acts, and that the procureur de la République and the Head of National Security were its organs, agencies or instrumentalities in carrying them out. The State which seeks to claim immunity for one of its State organs is expected to notify the authorities of the other State concerned. This would allow the court of the forum State to ensure that it does not fail to respect any entitlement to immunity and might thereby engage the responsibility of that State. Further, the State notifying a foreign court that judicial process should not proceed, for reasons of immunity, against its State organs, is assuming responsibility for any internationally wrongful act in issue committed by such organs.*"

¹⁰⁷ Zie paragraaf 3.3.

¹⁰⁸ Evaluatiewet modernisering rechterlijke organisatie, Kamerstukken 32 021.

¹⁰⁹ Zoals wellicht verdragen inzake de status van militaire strijdkrachten op het grondgebied van andere staten.

¹¹⁰ 18 april 1961; Trb. 1962, 101.

¹¹¹ Voor familieleden ("inwonende gezinsleden") van medewerkers ambassade zie artikel 37 van het Verdrag.

¹¹² Consulaire ambtenaren genieten op basis van het Verdrag van Wenen inzake consulaire betrekkingen (24 april 1963; Trb. 1965, 40) slechts functionele immuniteit. Artikel 43, eerste lid van dit Verdrag luidt: "Consulaire ambtenaren en consulaire beambten zijn niet onderworpen aan de rechtsmacht van de rechterlijke of administratieve autoriteiten van de ontvangende Staat ten aanzien van handelingen verricht bij de uitoefening van hun consulaire taak."

¹¹³ Zie bijvoorbeeld het Verdrag nopens de voorrechten en immuniteiten van de Verenigde naties, 13 februari 1946, Stb. 1948, 224 (artikel 4); Zetelverdrag tussen het Internationaal Strafhof en het Gastland, 7 juni 2007, Trb. 2007, 125 (artikel 21).

¹¹⁴ www.om.nl.

Bijlage 1

Prof. dr. M. Kamminga
Voorzitter van de Commissie van advies inzake
volkenrechtelijke vraagstukken
Postbus 20061
2500 EB Den Haag

Datum december 2009
Betreft Adviesaanvraag inzake immuniteit van buitenlandse functionarissen

De Nederlandse praktijk wordt in toenemende mate geconfronteerd met vragen over de uitoefening van strafrechtsmacht door Nederland ten opzichte van buitenlandse overheidsfunctionarissen. Dit hangt onder meer samen met de aandacht voor het voorkomen van straffeloosheid voor ernstige internationale misdrijven. Hoewel immuniteit niet hoeft uit te monden in straffeloosheid, beperkt immuniteit (veelal tijdelijk) de mogelijkheid tot strafrechtelijke vervolging van buitenlandse functionarissen door Nederland.

Op basis van het internationaal gewoonterecht geniet een aantal categorieën buitenlandse functionarissen strafrechtelijke immuniteit voor de gerechten van vreemde staten, te weten zittende staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken. De immuniteit van deze categorieën buitenlandse functionarissen voor de Nederlandse gerechten ter zake van ernstige internationale misdrijven is neergelegd in de Wet Internationale Misdrijven (WIM). Echter, de precieze reikwijdte van deze immuniteit zou nader verduidelijkt kunnen worden. Zo rijst de vraag welke aspecten van het strafproces door deze immuniteit worden geraakt. Voorts rijst de vraag naar de reikwijdte van de strafrechtelijke immuniteit na afloop van de ambtsperiode van bovengenoemde categorieën. Tevens doet zich de vraag voor hoe strafrechtelijke immuniteit zich verhoudt tot de samenwerking door Nederland met internationaal strafrechtelijke tribunalen.

Daarnaast kan de vraag worden gesteld of mogelijk ook andere zittende buitenlandse overheidsfunctionarissen immuniteit genieten, zoals bijvoorbeeld vicepresidenten, staatssecretarissen van buitenlandse zaken of ministers van defensie. De WIM laat deze mogelijkheid open, waar het refereert aan uitsluiting van strafvervolging van "andere personen voor zover hun immuniteit door het volkenrechtelijk gewoonterecht wordt erkend" (artikel 16 lid a) alsmede aan "personen die over immuniteit beschikken op grond van enig verdrag dat binnen het Koninkrijk voor Nederland geldt"(artikel 16 lid b).

Het vraagstuk van de strafrechtelijke immuniteit van buitenlandse functionarissen wordt momenteel bestudeerd door de *International Law Commission*. Het ligt echter niet in de verwachting dat deze studie op korte termijn wordt afgerond.

Naar aanleiding van de verschillende situaties waarmee Nederland zich in het recente verleden geconfronteerd heeft gezien, is het wenselijk te komen tot nadere

verduidelijking van dit volkenrechtelijk leerstuk. In het licht van de expertise van de CAVV acht ik advisering omtrent de strafrechtelijke immuniteit van buitenlandse functionarissen door uw Commissie zeer gewenst. Graag verzoek ik u mij hieromtrent te adviseren, waarbij onderstaande vragen als uitgangspunt dienen:

- 1) Wat is op basis van het internationaal recht de reikwijdte van de strafrechtelijke immuniteit van buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken?
- 2) Zijn er naast de categorieën van zittende staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken ook andere buitenlandse overheidsfunctionarissen die (strafrechtelijke) immuniteit genieten? Zijn hiertoe criteria te formuleren? Wat zou de reikwijdte van die immuniteit zijn?
- 3) Genieten deze personen ook immuniteit ten aanzien van administratiefrechtelijke en civielrechtelijke jurisdictie?

Graag ontvang ik uw advisering vóór 1 augustus 2010.

Drs. M.J.M. Verhagen
Minister van Buitenlandse Zaken

Bijlage 2

Dit advies werd opgesteld door de Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken in de volgende samenstelling:

Prof. dr. M.T. Kamminga, voorzitter

Prof. dr. K.C.J.M. Arts

Dr. A. Bos

Prof. dr. M.M.T.A. Brus

Prof. dr. E.P.J. Myjer

Prof. dr. P.A. Nollkaemper

Prof. dr. N.J. Schrijver

Prof. dr. A.H.A. Soons

Prof. dr. W.G. Werner

Prof. dr. R.A. Wessel

Prof. dr. E. de Wet

Ambtelijk adviseur:

dr. E. Lijnzaad

Secretariaat:

Mr. drs. W.E.M. van Bladel

Mr. M.A.J. Hector LL.M

Bijlage 3

Lijst van leden van de CAVV in mei 2011

Prof. dr. M.T. Kamminga, voorzitter

Prof. dr. K. C.J.M. Arts

Dr. A. Bos

Dr. C.M. Brölmann

Prof. dr. M.M.T.A. Brus

Dr. A.G. Oude Elferink

Prof dr. T.D. Gill

Dr. L.J. van den Herik

Dr. N.M.C.P. Jägers

Prof. dr. J.G. Lammers

Prof. dr. P.A. Nollkaemper

Prof. dr. W.G. Werner

Prof. dr. R.A. Wessel

Ambtelijk adviseur:

dr. E. Lijnzaad

Secretariaat:

Mr. drs. W.E.M. van Bladel

Mr. M.A.J. Hector LL.M