



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Uitdagingen bij de berechting van het misdrijf agressie: rechtsmacht en immuniteiten

Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken

Publication date

2022

Document Version

Final published version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken (2022). *Uitdagingen bij de berechting van het misdrijf agressie: rechtsmacht en immuniteiten*. (CAVV Advies; No. 40). Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken.

<https://www.adviescommissievolkenrecht.nl/publicaties/adviezen/2022/09/12/uitdagingen-bij-de-berechting-van-het-misdrijf-agressie-rechtsmacht-en-immuniteiten>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.



Commissie van advies inzake
volkenrechtelijke vraagstukken

Uitdagingen bij de berechting van het misdrijf agressie: rechtsmacht en immuniteiten

Advies 40, 12 september 2022



Leden Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken



Voorzitter Prof. dr. L.J. (Larissa) van den Herik

Vicevoorzitter Dr. mr. C.M. (Catherine) Brölmann

Leden Dr. mr. R. (Rosanne) van Alebeek
Dr. mr. D.A. (Daniëlla) Dam-de Jong
Dr. G.R. (Guido) den Dekker
Dr. B. (Bibi) van Ginkel LLM
Dr. mr. A.J.J. (André) de Hoogh
Prof. dr. J.G. (Johan) Lammers
Mr. A.E. (Annebeth) Rosenboom
Prof. C. (Cedric) Ryngaert

Secretaris K.E. (Kirsten) van Loo LLM

Postbus 20061
2500 EB Den Haag
T: 070 - 348 5011
E: cavv@minbuza.nl



Inhoudsopgave



—	Hoofdstuk I			
	Introductie en achtergrond van dit advies uit eigen beweging	4		
—	Hoofdstuk II			
	Berechting van het misdrijf agressie: vier kernvragen ten aanzien van rechtsmacht en immuniteiten	6		
	Vraag 1			
	Wie kan rechtsmacht uitoefenen over het misdrijf agressie?	7		
	Vraag 2			
	In hoeverre overlapt de groep personen die kan vallen binnen het leiderschaps-criterium van het misdrijf agressie met de groep personen die een beroep kan doen op persoonlijke immuniteit?	9		
	Vraag 2a			
	Welke personen vallen binnen het leiderschaps-criterium?	9		
	Vraag 2b			
	Zijn er naast staatshoofd/regeringsleider/ minister van buitenlandse zaken andere hoge gezagsdragers die een beroep kunnen doen op persoonlijke immuniteit?	11		
	Vraag 3			
	Strekt functionele immuniteit zich uit tot het misdrijf agressie?	12		
	Vraag 4			
	Zijn immuniteiten ook van toepassing voor internationale tribunalen?	13		
—	Hoofdstuk III			
	Afsluiting en advies		16	
	Eindnoten		18	





Introductie en achtergrond van dit advies uit eigen beweging

Nederland neemt traditioneel een voortrekkersrol in op het gebied van internationale gerechtigheid, het streven naar *accountability*, en meer specifiek de berechting van internationale misdrijven. Nederland is gastland van de belangrijkste internationale hoven, waaronder het Internationaal Strafhof, en het heeft met andere staten het voortouw genomen bij het initiatief voor een multilateraal verdrag inzake rechtshulp en uitlevering met betrekking tot internationale misdrijven.¹

Ook ten aanzien van de Russische agressie tegen Oekraïne is Nederland actief.² Nederland verzorgde, samen met het bureau van de Aanklager van het Internationaal Strafhof en de Europese Commissie, de *Ukraine Accountability Conference* op ministerieel niveau, welke plaats vond op 14 juli 2022 in het *World Forum* in Den Haag. Op verzoek van het Internationaal Strafhof heeft de Koninklijke Marechaussee bijgedragen aan het verzamelen van bewijs van oorlogsmisdaden in Oekraïne. Een ander voorbeeld van betrokkenheid is dat de voorzitter van de vaste commissie voor Buitenlandse Zaken van de Tweede Kamer, Attje Kuijken, tot de ondertekenaars behoort van de *Statement by Foreign Affairs Committee Chairs calling for the creation of an international criminal tribunal into Vladimir Putin's criminal conspiracy*, van maart 2022.³ Deze initiatieven maken deel uit van een breed gedragen wens om de verantwoordelijken voor het door Rusland begane geweld tegen Oekraïne te berechten.⁴ Onderdeel van deze wens is om de leiders van Rusland te berechten en dan specifiek voor het misdrijf agressie, namelijk het besluit om over te gaan tot agressieve oorlogsvoering. De berechting van dit misdrijf is meer gecompliceerd dan de berechting van andere internationale misdrijven, zoals oorlogsmisdrijven waarvoor ook lager geplaatsten kunnen worden berecht. Dit advies gaat in op de berechting van individuen voor het misdrijf agressie en de uitdagingen die daarbij bestaan.

Bij het ontwikkelen van een *accountability strategy* voor Oekraïne, waartoe Minister Hoekstra heeft opgeroepen,⁵ moet als vertrekpunt worden genomen dat het Internationaal Strafhof (ISH) thans wel de verantwoordelijken voor de door Rusland gepleegde genocide, misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven kan berechten, maar niet de verantwoordelijken voor de gepleegde agressie. Het ISH heeft rechtsmacht over genocide, misdrijven tegen de menselijkheid of oorlogsmisdrijven, wanneer de staat op wiens grondgebied deze misdrijven zijn gepleegd de rechtsmacht van het ISH aanvaardt (artikel 12(2) van het Statuut van Rome, ook bekend als het Statuut van het Internationaal Strafhof). Oekraïne is geen partij bij het Statuut van Rome maar heeft in 2014 en 2015 twee verklaringen afgelegd in overeenstemming met artikel 12(3) van het Statuut waarin het de rechtsmacht van het ISH aanvaardt ten aanzien van misdrijven gepleegd op zijn grondgebied sinds 21 November 2013. Op 1 maart 2022 gaf een groep van 39 staten, waaronder Nederland, de situatie in Oekraïne aan bij de Aanklager van het Internationaal Strafhof conform artikelen 13(a) en 14(1) van het Statuut. Sindsdien hebben verschillende landen zich bij deze aangifte aangesloten. Voor het misdrijf agressie bestaat echter een uniek rechtsmachtsregime bij het Internationaal Strafhof dat afwijkt van het systeem dat geldt voor de andere misdrijven uit het Statuut van Rome: het misdrijf agressie kan alleen berecht worden wanneer de staat die verantwoordelijk is voor de agressie, partij is bij het statuut en daarnaast separaat de rechtsmacht van het Hof over agressie heeft aanvaard,⁶ of wanneer de Veiligheidsraad de situatie aangeeft bij de Aanklager.⁷ Omdat Rusland geen partij is bij het Statuut van Rome en omdat doorverwijzing door de VN Veiligheidsraad op een Russisch veto zal stuiten, is berechting door het ISH van de personen die verantwoordelijk zijn voor het Russische besluit om over te gaan tot agressieve oorlogsvoering geen reële optie. Dit wordt ervaren als een lacune, ook al is

destijds bij de uitbreiding van het Statuut van Rome met het misdrijf agressie gesteld dat het Strafhof voorrang zou moeten geven aan de berechting van de andere drie misdrijven onder zijn rechtsmacht boven de berechting van agressie.⁸

Thans wordt gekeken naar verschillende alternatieven zodat toch ook het misdrijf agressie berecht kan worden met betrekking tot de situatie in Oekraïne. Deze alternatieven betreffen: een internationaal *ad hoc* tribunaal,⁹ een *ad hoc* hybride tribunaal,¹⁰ dan wel een nationaal tribunaal (met eventueel een internationale dimensie).¹¹ In alle gevallen rijst de vraag op welke basis rechtsmacht wordt uitgeoefend en of verdachten zich op *internationale immuniteit* kunnen beroepen.

Gezien de centrale positie van deze vragen over rechtsmacht en immuniteit voor de discussie over berechting van agressie ten aanzien van Oekraïne en gezien de voortrekkersrol van Nederland inzake de berechting van internationale misdrijven meer in zijn algemeenheid, heeft de CAVV besloten uit eigen beweging een bijdrage te leveren aan de discussie met dit advies over de vraagstukken van rechtsmacht en immuniteiten bij de berechting van het misdrijf van agressie. In dit advies zetten wij aan de hand van vier vragen, zoals geformuleerd in de volgende paragraaf, de stand van het internationaal recht uiteen, geven wij aan wat de thans bestaande controverses en onduidelijkheden of lacunes zijn, en geven wij advies over een mogelijke ontwikkeling van het recht met daarbij ook aandacht voor de implicaties van een dergelijke ontwikkeling. De CAVV vraagt hierbij ook aandacht voor het risico van selectieve toepassing en onderstreept dat de Nederlandse regering bereid moet zijn om te accepteren dat regels en interpretaties die ontwikkeld worden voor de voorliggende situatie vervolgens ook algemene gelding krijgen en zelfs om zich voor deze algemenere gelding in te zetten, ten behoeve van de universaliteit en consistentie van het internationaal recht.



inhoud



Berechting van het misdrijf agressie: vier kernvragen ten aanzien van rechtsmacht en immunititeiten

Berechting van een misdrijf begint bij het vaststellen van rechtsmacht: kan over de verdachte van dit misdrijf rechtsmacht worden uitgeoefend? Zoals hieronder nader uiteengezet kan de uitoefening van rechtsmacht op verschillende gronden rusten. Staten kunnen rechtsmacht vestigen en uitoefenen op grond van beginselen zoals territorialiteit, nationaliteit, bescherming of universaliteit. Internationale tribunalen kunnen rechtsmacht verkrijgen door middel van oprichting op basis van een resolutie van de VN Veiligheidsraad of op grond van een verdrag, waarbij de oprichtende staten de rechtsmacht die zij hebben, delegeren aan een internationaal tribunaal.

Er is echter discussie over de vraag of, en in welke mate, de voornoemde rechtsmachtsgronden ook van toepassing zijn op het misdrijf agressie. Wat staten betreft, wordt soms betoogd dat alleen de agressor-staat rechtsmacht kan vestigen over verdachten van het misdrijf. Anderen zijn van mening dat ook de staat op wiens territorium agressie is gepleegd rechtsmacht kan vestigen. En weer anderen betogen dat ook een beginsel als bescherming of universaliteit van toepassing is op het misdrijf agressie.¹² Wat internationale tribunalen betreft, heeft het Internationaal Strafhof slechts beperkte rechtsmacht over agressie, zoals hierboven uiteengezet. En juist omdat er onduidelijkheid bestaat over de reikwijdte van nationale rechtsmacht over agressie (zie verder hieronder), is het evenzeer onduidelijk of staten deze rechtsmacht aan een nieuw op te richten tribunaal kunnen overdragen.

Ook dient zich het immunitetsvraagstuk aan: het internationaal recht kent verschillende immunitetsregels die de uitoefening van rechtsmacht over buitenlandse gezagsdragers zonder toestemming van hun thuisstaat belemmeren. Twee vormen van immuniteit zijn hier van belang. Een beperkt aantal hoge gezagsdragers, waaronder in ieder geval staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken, geniet *persoonlijke* immuniteit, die absoluut is en zelfs geldt voor privé-handelingen. Zij genieten deze immuniteit zolang zij hun ambt uitoefenen. Een veel grotere groep ambtsdragers, maar wel inclusief de genoemde hoge gezagsdragers, geniet *functionele* immuniteit, namelijk voor zover zij namens en voor rekening van de staat optreden. Deze immuniteit is slechts van toepassing op officiële handelingen, maar blijft ook gelden na het neerleggen van het staatsambt voor de handelingen tijdens de uitoefening van het staatsambt begaan.

Het misdrijf agressie kan slechts worden gepleegd door personen die in staat zijn om controle uit te oefenen over het politieke en militaire optreden van een staat.¹³ Het betreft derhalve een zogenoemde 'leadership crime' die voor rekening van de staat wordt gepleegd. De leiderschapspositie van de dader en de aard van het misdrijf roepen daarmee de vraag op of persoonlijke en functionele immuniteit in de weg kunnen staan aan berechting van het misdrijf agressie door een andere dan de eigen rechter. Persoonlijke immuniteit strekt zich uit tot internationale misdrijven,¹⁴ maar het is de vraag welke leiderschapsposities precies beschermd worden door deze vorm van immuniteit, *en* het is de vraag in hoeverre deze immuniteit ook in de

weg staat aan berechting door een internationale rechter.¹⁵ Ook de reikwijdte van functionele immuniteit is betwist. Er is met name discussie over de vraag of deze vorm van immuniteit zich uitstrekt tot internationale misdrijven, en zo ja welke internationale misdrijven dan precies.¹⁶

In de discussies over de berechting van de verantwoordelijken voor de door Rusland begane agressie tegen Oekraïne blijft zowel de rechtsmacht- als de immuniteitskwesitie vaak onderbelicht. De CAVV acht het derhalve nuttig deze vraagstukken onder de aandacht te brengen en adviseert de Minister van Buitenlandse Zaken daarom uit eigen beweging.¹⁷

Vier vragen staan in dit advies centraal:

1. Wie kan rechtsmacht uitoefenen over het misdrijf agressie?
2. In hoeverre overlapt de groep personen die kunnen vallen binnen het leiderschaps-criterium van het misdrijf agressie met de groep personen die een beroep kunnen doen op persoonlijke immuniteit?
 - a. Welke personen vallen binnen het leiderschaps-criterium?
 - b. Zijn er naast staatshoofd/regeringsleider/minister van buitenlandse zaken andere hoge gezagsdragers die een beroep kunnen doen op persoonlijke immuniteit?
3. Strekt functionele immuniteit zich uit tot het misdrijf agressie?
4. Zijn immuniteiten ook van toepassing voor internationale tribunalen?

Het advies zet hieronder per vraag kort de belangrijkste overwegingen vanuit het internationaal recht uiteen. De materie is complex en het internationaal recht geeft (nog) niet op alle vragen een eenduidig antwoord. Bij het maken van keuzes die ten aanzien van de berechting van agressie gemaakt gaan worden, moet het internationaal recht gerespecteerd worden. Het is daarnaast belangrijk te beseffen dat bepaalde keuzes en stellingnames over de reikwijdte van immuniteitsregels ten aanzien van de berechting van agressie gepleegd tegen Oekraïne ook bredere gelding zullen krijgen. Deze keuzes en stellingnames zullen mogelijk bijdragen aan de verdere ontwikkeling van internationaal recht die voor alle staten en hun gezagsdragers zal gelden.

— Vraag 1: Wie kan rechtsmacht uitoefenen over het misdrijf agressie?

Internationaal recht bepaalt de grenzen waarbinnen staten bepaalde feiten strafbaar kunnen stellen en kunnen vervolgen. Het territorialiteitsbeginsel is het uitgangspunt: staten kunnen feiten begaan op hun territorium strafbaar stellen en vervolgen. Daarbij geldt dat het volstaat dat één element van het misdrijf zich op het territorium plaatsvindt, bijvoorbeeld het plannen en initiëren van het misdrijf (subjectief territorialiteitsbeginsel), dan wel het uitvoeren en voltooiën van het misdrijf (objectief territorialiteitsbeginsel). Daarnaast kan er in bepaalde gevallen jurisdictie gevestigd worden over misdrijven begaan in het buitenland, namelijk wanneer de dader of het slachtoffer de nationaliteit van de staat van het forum heeft, wanneer de nationale of economische / financiële veiligheid van de staat in het geding is, of wanneer een internationaal misdrijf is gepleegd.¹⁸ Het vestigen van jurisdictie over internationale misdrijven gepleegd in het buitenland, en met buitenlandse daders, en buitenlandse slachtoffers kan geschieden op basis van het zogenaamde universaliteitsbeginsel: alle staten hebben een (gedeeld) belang bij de berechting van deze door het internationaal recht verboden gedragingen. Of een bepaalde staat een bepaald misdrijf daadwerkelijk kan vervolgen, hangt uiteindelijk ook af van de nationale wetgeving. Internationaal recht geeft de grondslag, maar nationaal recht moet op basis van deze grondslag overgaan tot strafbaarstelling. In Nederland is dat voor wat betreft internationale misdrijven geregeld in de *Wet Internationale Misdrijven* (WIM).¹⁹ Net als veel andere staten stelt Nederland overigens een belangrijke beperkende voorwaarde aan de uitoefening van universele jurisdictie: alleen als een verdachte aanwezig is op Nederlands grondgebied kan vervolging op deze basis worden ingezet.²⁰

Het misdrijf agressie is zonder enige twijfel een internationaal misdrijf, maar er is enige discussie over de vraag of de reguliere grondslagen van rechtsmacht van toepassing zijn op dit misdrijf. De ILC was bijvoorbeeld van mening dat alleen de agressor-staat zelf rechtsmacht kan uitoefenen



inhoud



over dit misdrijf, gelet op de speciale politieke dimensie van agressie:

A court cannot determine the question of individual criminal responsibility for this crime without considering as a preliminary matter the question of aggression by a state. The determination by a national court of one State of the question of whether another State has committed aggression would be contrary to the fundamental principle of international law *par in parem imperium non habet* [vert.: 'gelijken hebben geen gezag over elkaar']. Moreover, the exercise of jurisdiction by the national court of a State which entails consideration of the commission of aggression by another State would have serious implications for international relations and international peace and security.²¹

De ILC herhaalde dit standpunt in 2022.²² Een vergelijkbaar standpunt werd ook door de VS naar voren gebracht tijdens de onderhandelingen over het opnemen van het misdrijf agressie in het Statuut van het Internationaal Strafhof.²³ Het feit dat de rechtsmacht van het Internationaal Strafhof over het misdrijf agressie beperkter is dan over andere internationale misdrijven - het Strafhof kan geen rechtsmacht uitoefenen over agressie gepleegd door een staat die geen partij is bij het Statuut²⁴ - versterkt het idee dat voor dit internationale misdrijf andere regels gelden. Daarnaast verklaarden de partijen bij het Statuut dat het opnemen van het misdrijf agressie in het Statuut "shall not be interpreted as creating the right or obligation to exercise domestic jurisdiction with respect to an act of aggression committed by another State",²⁵ wat een duidelijke tegemoetkoming lijkt aan die staten die vervolging van agressie door een andere dan de agressor-staat niet accepteren. Ook in de literatuur wordt betoogd dat "there is little empirical support for domestic prosecutions of the crime of aggression under any jurisdictional basis".²⁶ Alhoewel 74 staten het misdrijf agressie in hun nationale wet hebben opgenomen, staat slechts een kleiner aantal van die staten, rond de 18, berechting van het misdrijf op basis van het universaliteitsbeginsel toe.²⁷ De overige staten vestigen rechtsmacht op andere gronden, waaronder het territorialiteitsbeginsel²⁸ en het beschermingsbeginsel.²⁹ In de meeste gevallen

kan nationale rechtsmacht slechts worden uitgeoefend door de agressor- of slachtoffer-staat.³⁰ Opvallend is dat ook de Nederlandse WIM voorziet in universele jurisdictie over agressie.³¹

Tot nu toe is het in de praktijk echter niet of nauwelijks tot nationale vervolging van agressie gekomen, alhoewel Litouwen en Polen recent onderzoeken naar de Russische agressie hebben geopend.³² Er zijn ook twee gevallen bekend van vervolging voor agressie door Oekraïne, zij het dat hierbij niet de internationale definitie van agressie werd gehanteerd, waarbij met name het achterwege laten van het leiderschaps criterium in het oog springt.³³

Ondanks de beperkte praktijk wordt in de literatuur toch steun uitgesproken voor de principiële rechtmatigheid van nationale vervolging van agressie. Eén auteur betoogt bijvoorbeeld dat naast de agressor-staat, ook de slachtoffer-staat rechtsmacht kan vestigen over de plegers van agressie als een vorm van 'self-help' (zij het dat deze rechtsmacht niet kan worden overgedragen aan een internationaal tribunaal).³⁴ Een andere auteur spreekt zich zelfs uit voor de rechtmatigheid van universele jurisdictie.³⁵

De CAVV constateert dat er geen consistente en eenvormige statenpraktijk is die duidelijk maakt dat staten vervolging van het misdrijf agressie door andere staten dan de agressor-staat accepteren. De moeizame introductie van het misdrijf agressie in het Statuut van het Internationaal Strafhof, een amendement dat thans slechts door iets meer dan 40 staten wordt gesteund en omgeven is door beperkende voorwaarden, wijzen er bovendien op dat staten zelfs berechting door het Internationaal Strafhof alleen mogelijk wilden maken indien de agressor-staat met de uitoefening van rechtsmacht heeft ingestemd. Dit is ook in overeenstemming met het precedent van het Neurenberg-tribunaal, dat zijn rechtsmacht over agressie (toen nog 'crime against the peace') genoemd, baseerde op de overdracht van rechtsmacht door de geallieerde mogendheden die Duitsland na de Tweede Wereldoorlog bezetten en daarbij de bevoegdheden van de Duitse agressor-staat overnamen.³⁶

Staten kunnen derhalve, in afwezigheid van een resolutie van de Veiligheidsraad, niet zomaar



inhoud



bevoegdheden overdragen aan een nieuw op te richten internationaal tribunaal. Zelfs een delegatie van rechtsmacht door Oekraïne aan een dergelijk tribunaal is niet onproblematisch als de visie van de ILC zou worden aangehouden dat alleen de agressor-staat rechtsmacht heeft.

Een groot aantal (vooral Westerse) staten lijkt evenwel de oprichting van een *ad hoc* agressietribunaal te steunen. Dit impliceert dat deze staten het standpunt innemen dat aan Oekraïne rechtsmacht toekomt op grond van het territorialiteitsbeginsel als slachtoffer-staat. Oekraïne kan deze rechtsmacht desgewenst delegeren aan een internationaal tribunaal. Voor zover protest tegen deze ontwikkeling beperkt blijft, kan sprake zijn van verdere kristallisering van een gewoonterechtelijke norm die nationale rechtsmacht over agressie in meerdere scenario's toelaat. De CAVV acht dit standpunt begrijpelijk omdat op die manier de uitoefening van rechtsmacht voor alle internationale misdrijven – die net als agressie evengoed een sterke politieke dimensie hebben – gelijk wordt getrokken. Nederland kan ter zake positie innemen, waarbij specifiek gedacht kan worden aan (i) bevestiging van het Nederlandse standpunt zoals thans gecodificeerd in de WIM betreffende de mogelijkheid van het uitoefenen van verschillende vormen van rechtsmacht (met inbegrip van universaliteit) ten aanzien van het misdrijf agressie, en (ii) inzet voor aanpassing van het rechtsmachtsregime van het Internationaal Strafhof waarbij dit in lijn wordt gebracht met het systeem zoals dit geldt voor de andere misdrijven.

De discussie over de berechting van de verantwoordelijken voor de Russische agressie in Oekraïne kan de verschillende visies met betrekking tot rechtsmacht niet negeren. Het aanleggen van verschillende standaarden voor verschillende situaties zou de legitieme kritiek kunnen uitlokken dat de betrokken staten het internationaal recht willen buigen om iets mogelijk te maken dat tot nu toe niet mogelijk was. Het is derhalve van belang dat de positie die thans wordt ingenomen met betrekking tot de berechting van de verantwoordelijken voor de agressie begaan tegen Oekraïne vervolgens consistent wordt uitgedragen, en dat Nederland daar ook bij andere staten op

aandringt. Dit betekent ook dat Nederland en de andere betrokken staten die partij zijn bij het ISH bereid moeten zijn zich in te zetten om het rechtsmachtsregime van het ISH op dit punt aan te passen.

— Vraag 2:

In hoeverre overlapt de groep personen die kan vallen binnen het leiderschaps-criterium van het misdrijf agressie met de groep personen die een beroep kan doen op persoonlijke immuniteit?

— Vraag 2a:

Welke personen vallen binnen het leiderschaps-criterium?

Artikel 8bis lid 1 van het Statuut van Rome luidt:³⁷

Voor de toepassing van dit Statuut wordt verstaan onder het „misdrijf agressie”: het plannen, voorbereiden, in gang zetten of uitvoeren, door een persoon die in de positie verkeert daadwerkelijk controle uit te oefenen over of leiding te geven aan het politieke of militaire optreden van een Staat, van een daad van agressie die door zijn aard, ernst en schaal een onmiskenbare schending vormt van het Handvest van de Verenigde Naties.

De woorden “door een persoon die in de positie verkeert daadwerkelijk controle uit te oefenen over of leiding te geven aan het politieke of militaire optreden van een Staat” geven het leiderschaps-criterium weer. Met dit criterium hebben de opstellers van het Statuut van Rome de groep personen die strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden voor het misdrijf agressie bewust gelimiteerd.³⁸ Het leiderschaps-criterium geldt op basis van artikel 25(3)*bis* voor alle aansprakelijkheidsvormen, dus ook een medeplichtige kan alleen iemand zijn die aan het leiderschaps-criterium voldoet.

Het leiderschaps-criterium komt niet als zodanig voor in de Statuten van de Neurenberg en Tokio Tribunalen, alhoewel deze tribunalen wel in meer algemene zin het doel hadden om alleen *major war criminals* te berechten. In de rechtspraak van nationale militaire tribunalen die in het kielzog van het Neurenberg Tribunaal oorlogsmisdadigers berechttten op basis van



inhoud



Control Council Law No. 10 werd een breder criterium gehanteerd dan het criterium dat thans neergelegd is in het Statuut van Rome (“control or direct”), namelijk een “shape or influence policy”-standaard.³⁹ Het is derhalve de vraag of de definitie van het Statuut van Rome op dit punt volledig overeenkomt met de definitie zoals deze bestaat onder het internationaal gewoonterecht.⁴⁰

Er bestaat daarnaast discussie over welke personen precies binnen het criterium van het Statuut van Rome vallen, dus over de vraag hoe het “control or direct”-criterium precies begrepen en geïnterpreteerd moet worden. In ieder geval moet bij dit criterium gedacht worden aan politieke leiders, waaronder bepaalde leden van de regering, en militaire leiders. De woorden “die in de positie verkeert” geven aan dat ook personen die buiten de formele leiderschapsstructuren opereren onder het leiderschaps criterium kunnen vallen.⁴¹ De vraag of ook religieuze leiders en/of zakenmensen in bepaalde situaties als leiders in de zin van Artikel 8bis van het Statuut van Rome kunnen worden aangemerkt wordt in de literatuur verschillend beantwoord.⁴² Tenzij een religieus leider tegelijkertijd een bepaalde formele rol in het staatsbestel heeft, of tenzij er een andere bepaalde en hele specifieke context voorligt, ligt het echter niet zonder meer voor de hand dat dergelijke personen binnen het stringente leiderschaps criterium vallen. Een ingewikkeldere vraag is of parlementariërs binnen het criterium kunnen vallen, met name parlementariërs die functioneren in systemen waarin parlementaire goedkeuring voor geweldgebruik of internationale inzet van de krijgsmacht volgens het recht of de traditie vereist is. Deze vraag wordt in de literatuur overwegend negatief beantwoord,⁴³ maar het uiteindelijke antwoord zal afhangen van de omstandigheden van het geval.

Veel staten die het Statuut van Rome hebben geïmplementeerd in nationale wetgeving hebben het leiderschaps-criterium op identieke wijze geformuleerd als in artikel 8bis lid 1 van het Statuut van Rome. Ook Nederland heeft dit gedaan in artikel 8b van de WIM. Echter niet alle staten houden vast aan het leiderschaps-criterium voor de mede-

aansprakelijkheidsvormen, zoals het Strafhof dat wel doet in artikel 25(3)bis. Bovendien houden sommige staten op nationaal niveau een bredere benadering van het leiderschaps-criterium aan, zoals bijvoorbeeld Kroatië.⁴⁴ Andere staten voegen aansprakelijkheidsvormen toe zoals met name *het aanzetten tot agressie*.⁴⁵ Opgemerkt kan worden dat de Oekraïense strafbaarstelling van agressie geen expliciet leiderschaps-criterium kent.⁴⁶ Ook andere landen, zoals bijvoorbeeld Tajikistan, Oezbekistan of Kazachstan, specificeren niet dat strafrechtelijke aansprakelijkheid voor agressie beperkt is tot een bepaalde groep leiders.⁴⁷ Dit laat onverlet dat het leiderschaps-criterium impliciet deel kan uitmaken van een definitie, en bovendien is het argument wel naar voren gebracht dat vooral staten die partij zijn bij het Statuut van Rome hun nationale wetten zullen interpreteren in het licht van het Statuut en contemporaine ontwikkelingen.⁴⁸

De CAVV meent dat het leiderschaps-criterium zoals neergelegd in het Statuut van Rome (“control or direct”) als uitgangspunt dient te worden genomen, omdat dit tot stand is gekomen op basis van uitgebreide onderhandelingen tussen staten. Dit betekent dat de groep personen die strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden voor agressie beperkt is. Echter het is nog niet volledig uitgekristalliseerd welke groep personen onder het leiderschaps-criterium vallen. De opstellers van het Statuut van Rome hebben de groep beperkt willen houden, daarbij wel oog houdend voor realiteiten buiten de formele structuren. Bovendien zijn militaire leiders duidelijk niet uitgesloten als mogelijke daders van het misdrijf agressie. Het is daarnaast van belang te onderstrepen dat de aansprakelijkheids cirkel op nationaal niveau, voor zover berechting op nationaal niveau wordt geaccepteerd, breder kan worden getrokken indien niet wordt vastgehouden aan het leiderschaps-criterium voor de mede-aansprakelijkheidsvormen. In ieder geval zouden de volgende individuen in aanmerking kunnen komen voor vervolging op grond van agressie: regeringsleiders, staatshoofden, ministers van buitenlandse zaken, ministers van defensie, (assistent-)voorzitters van een nationale veiligheidsraad, (hoge) officieren in de strijdkrachten die betrokken zijn bij de planning, voorbereiding en coördinatie van de daad van agressie.



inhoud



De vervolgvraag is nu welke personen precies een beroep kunnen doen op persoonlijke immuniteit en in hoeverre die groep beperkter is dan de groep personen die strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden voor agressie.

— Vraag 2b:

Zijn er naast staatshoofd/regeringsleider/minister van buitenlandse zaken andere hoge gezagsdragers die een beroep kunnen doen op persoonlijke immuniteit?

In de zaak *Arrest Warrant* besliste het Internationaal Gerechtshof (IGH) dat zittende ministers van buitenlandse zaken, net als zittende staatshoofden en regeringsleiders, in het buitenland onschendbaar zijn en absolute persoonlijke immuniteit genieten van de strafrechtelijke jurisdictie van buitenlandse staten, ook als het vervolg van internationale misdrijven betreft.⁴⁹ Ze kunnen in het buitenland niet in rechte worden betrokken in relatie tot officiële of privé-handelingen, noch gearresteerd worden, ongeacht de aard van hun verblijf.

Naar aanleiding van de *Arrest Warrant* zaak werd de vraag opgeworpen of ook andere hoge gezagsdragers onder deze verstrekende immuniteitsregel vallen. De relevante statenpraktijk is beperkt. Volgens een rechter in het Verenigd Koninkrijk kon de Israëliëse minister van defensie zich op dezelfde immuniteit beroepen als de minister van buitenlandse zaken, waarbij de rechter als volgt overwoog: “Although travel will not be on the same level as that of a Foreign Minister, it is a fact that many [S]tates maintain troops overseas and there are many United Nations missions to visit in which military issues do play a prominent role between certain States. It strikes me that the roles of defence and foreign policy are very much intertwined, in particular in the Middle East.”⁵⁰ Ook een Zwitserse rechter kwam tot de conclusie dat de persoonlijke immuniteit van het driemanschap zich uitstrekt tot de zittende minister van defensie.⁵¹ Een andere Engelse rechter stelde dat ook de functies van de Chinese Minister van (Internationale) Handel vergelijkbaar waren met die van de Minister van Buitenlandse Zaken, zodat deze zich op dezelfde

immuniteit kon beroepen.⁵²

De CAVV is echter van mening dat er goede redenen zijn om de verstrekende immuniteit die aan de orde was in de *Arrest Warrant* zaak niet toe te passen op andere hoge gezagsdragers dan deze die het IGH heeft genoemd.⁵³ Alhoewel ook zij inderdaad belangrijk kunnen zijn voor de internationale betrekkingen van een staat en veelvuldig naar het buitenland reizen voor overleg met *counterparts*, is voor een effectieve taakuitoefening een combinatie van bestaande *ad hoc* diplomatieke immuniteit tijdens dienststreizen⁵⁴ en functionele immuniteit⁵⁵ voldoende.

Het is daarbij van belang te zien dat het Internationaal Gerechtshof in de *Arrest Warrant* uitspraak twee afzonderlijke redenen aandroeg voor de immuniteit van het driemanschap. Aan de ene kant benadrukte het Hof dat de immuniteit wordt ingegeven door de centrale rol van deze gezagsdragers in het onderhouden van internationale betrekkingen met andere staten en het frequente internationale reizen dat die rol met zich meebrengt. Dit is een overweging die inderdaad ook op andere hoge gezagsdragers van toepassing is. Maar daarnaast legde het Hof de nadruk op het representatieve karakter van de functies van het driemanschap: “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 the State solely by virtue of his or her office. He or she does not have to present letters of credence”⁵⁶.

Omdat voor het beschermen van de effectieve taakuitoefening bestaande *ad hoc* diplomatieke immuniteit en functionele immuniteit volstaat, lijkt de verstrekende immuniteit van staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken vooral te stelen op hun representatieve karakter: deze drie gezagsdragers zijn de belichaming van de staat in betrekkingen met andere staten en vertegenwoordigen de staat altijd, niet alleen tijdens dienststreizen in het buitenland.



inhoud



Wat in elk geval duidelijk is, is dat niet alle personen die mogelijk ter verantwoording kunnen worden geroepen voor het misdrijf agressie zich op persoonlijke immuniteit kunnen beroepen. Agressie is weliswaar een 'leadership crime', maar zoals hierboven uiteengezet is de groep personen die onder het leiderschaps criterium valt, alhoewel beperkt, veel breder dan de drie door het Internationaal Gerechtshof genoemde figuren van zittend minister van buitenlandse zaken, zittend staatshoofd en zittend regeringsleider.

— Vraag 3:

Strekt functionele immuniteit zich uit tot het misdrijf agressie?

Buitenlandse gezagsdragers genieten in beginsel functionele immuniteit (ook wel immuniteit *ratione materiae* genoemd). Dat betekent dat zij niet vervolgd kunnen worden voor handelingen die zij in een officiële hoedanigheid hebben verricht. De regel wordt op twee manieren uitgelegd. Sommigen zien de regel als een eigenstandig principe dat rechters verbiedt buitenlandse gezagsdragers individueel verantwoordelijk te houden voor handelingen die zij als verlengstuk van de staat verricht hebben:⁵⁷ het is aan de thuisstaat om te bepalen wat gezagsdragers wel en niet mogen doen in functie, en het is aan de rechters van de thuisstaat om te bepalen of die regels al dan niet overtreden zijn. Anderen zien de regel als een onderdeel van het bredere leerstuk van staatsimmuniteit: als een staat niet in rechte aangesproken kan worden op bepaalde handelingen voor een buitenlandse rechter, dan moet dit ook niet mogelijk zijn voor gezagsdragers van die staat, anders zou de regel van staatsimmuniteit omzeild kunnen worden.⁵⁸ De regel zorgt er bijvoorbeeld voor dat Nederlandse gezagsdragers niet voor een buitenlandse rechter gedaagd kunnen worden in relatie tot Nederlands beleid dat in het buitenland als schadelijk of wederrechtelijk wordt gezien.

Zoals uit de definitie van agressie blijkt, wordt het misdrijf agressie juist bij uitstek en per definitie gepleegd door personen die, *de iure of de facto*, controle uitoefenen over, of leidinggeven

aan het staatsapparaat. Afgezien van de personen die *de facto* controle uitoefenen, begaan deze personen het misdrijf agressie vanuit hun officiële functie. Dit roept de vraag op of functionele immuniteit in de weg staat aan vervolging voor agressie door een buitenlandse rechter.

De *International Law Commission* (ILC) buigt zich momenteel over de bredere vraag of functionele immuniteit kan worden ingeroepen door verdachten van internationale misdrijven voor buitenlandse rechters. In 2017 nam de ILC een ontwerpartikel aan dat bepaalt dat in strafprocedures voor rechtbanken van buitenlandse staten geen functionele immuniteit geldt voor zes internationale misdrijven: genocide, misdaden tegen de mensheid, oorlogsmisdaden, apartheid, foltering, en gedwongen verdwijningen.⁵⁹ De ILC noemde heel bewust het misdrijf agressie niet (alhoewel sommige leden het met deze beslissing niet eens waren).⁶⁰ De belangrijkste overweging van de ILC was dat berechting van agressie door een nationale rechter van een staat het vaststellen van een daad van agressie door een andere staat vereist. Dit werd als onverenigbaar gezien met het beginsel van de soevereine gelijkheid van staten.⁶¹ De ILC sluit daarmee niet zozeer agressie uit van de internationale misdrijven waarvoor geen functionele immuniteit zou moeten gelden, maar zegt in feite dat onder internationaal recht geen rechtsmacht kan worden uitgeoefend over verdachten van dit misdrijf door anderen dan de agressor-staat.⁶² Als buitenlandse rechters geen rechtsmacht hebben over verdachten van agressie, dan speelt functionele immuniteit geen rol bij de berechting van dit misdrijf. Als men echter van mening is dat het misdrijf agressie wél kan worden berecht door andere staten (zie de analyse onder vraag 1 hierboven), dan lijkt er geen reden om het misdrijf anders te behandelen dan andere internationale misdrijven wat betreft het immuniteitsvraagstuk.

Het is echter de vraag of het genoemde ontwerpartikel geldend internationaal recht codificeert, of dat artikel 7 begrepen moet worden als een gewenste ontwikkelrichting van het recht. Het is uit de beraadslagingen van de ILC alsook uit het begeleidende commentaar af te leiden dat een belangrijk deel van de ILC dit artikel ziet als rechtsontwikkeling, en dus niet als al geldend



inhoud



internationaal recht. Bovendien stemde een deel van de leden tegen de aanneming van dit artikel toen het, zeer uitzonderlijk, in stemming werd gebracht.⁶³ Ook de commentaren van staten in de Zesde Commissie van de Algemene Vergadering van de VN zijn verdeeld op dit punt. De officiële positie van de Nederlandse regering is dat onder geldend internationaal recht functionele immuniteit niet van toepassing is op internationale misdrijven.⁶⁴ Er zijn evenwel ook staten die hun steun uitspreken voor een rechtsontwikkeling in de richting van het artikel, alsook staten die het ontwerpartikel geheel verwerpen.⁶⁵ En alhoewel er belangrijke nationale rechterlijke uitspraken liggen waarin functionele immuniteit in geval van internationale misdrijven wordt verworpen, is ook die praktijk niet consistent.⁶⁶

De CAVV zal op dit punt, op verzoek, nader advies uitbrengen aangezien de ILC de Ontwerp artikelen over *The Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction* in eerste lezing heeft aangenomen. Voor nu beperkt de CAVV zich tot de constatering dat er goede argumenten zijn om te zeggen dat functionele immuniteit van strafrechtelijke jurisdictie niet geldt voor internationale misdrijven; aan de andere kant ziet de CAVV dat de verhitte discussies over ontwerp artikel 7 in zowel de ILC als de Zesde Commissie geen eenduidig beeld geven. Omdat de precieze status van de uitzondering op immuniteit voor internationale misdrijven op dit moment niet met zekerheid is vast te stellen, is er veel ruimte voor staten om de regel naar eigen inzicht toe te passen. Alhoewel het niet met zekerheid te zeggen is wat het internationaal recht op dit punt is, is de CAVV van mening dat het niet erkennen van functionele immuniteit voor internationale misdrijven op dit moment te verantwoorden is, hetzij als zijnde in overeenstemming met het internationaal recht, hetzij als een bijdrage aan een al stevig ingezette rechtsontwikkeling. De berechting van Russische leiders en militairen voor de in Oekraïne begane internationale misdrijven door buitenlandse rechters zal de rechtsontwikkeling op dit punt versnellen en kan de uitzondering op functionele immuniteit voor internationale misdrijven verder in het recht verankeren. Het is voor de CAVV niet logisch hierbij onderscheid te maken tussen het misdrijf agressie en andere internationale misdrijven.

— Vraag 4: Zijn immuniteiten ook van toepassing voor internationale tribunalen?

In de *Arrest Warrant* zaak stelde het Internationaal Gerechtshof vast dat persoonlijke immuniteit ook geldt ten aanzien van verdachten van internationale misdrijven.⁶⁷ In een *obiter dictum* (een toevoeging ten overvloede) merkte het Internationaal Gerechtshof niettemin op dat die immuniteit niet geldt wanneer zij tijdens of na hun ambtstermijn vervolgd worden voor ‘bepaalde internationale straftribunalen’, indien die rechtsmacht hebben.⁶⁸ Het Internationaal Gerechtshof verwees met name naar de tribunalen voor Joegoslavië en Rwanda, alsook het Internationaal Strafhof.⁶⁹ Het Internationaal Gerechtshof sloot niet uit dat ook *andere* tribunalen in aanmerking kunnen komen, maar het liet in het midden aan welke voorwaarden deze tribunalen zouden moeten voldoen.

De CAVV wijst erop dat de VN Veiligheidsraad in ieder geval op basis van Hoofdstuk VII van het VN Handvest immuniteit terzijde kan schuiven bij oprichting van een nieuw *ad hoc* tribunaal, ook met betrekking tot agressie. Resoluties aangenomen op basis van Hoofdstuk VII kunnen immers bindende verplichtingen opleggen aan leden van de VN en verplichtingen onder het Handvest hebben voorrang op andere internationaalrechtelijke regels.⁷⁰ De verwijzing in de *Arrest Warrant* zaak naar de Joegoslavië- en Rwanda-tribunalen zou hiermee verklaard kunnen worden. Indien de Veiligheidsraad geblokkeerd is, is dit uiteraard geen optie.

Het Internationaal Strafhof is opgericht bij verdrag en ontbeert een dergelijke Hoofdstuk VII basis. Dat belet echter niet dat de staten die partij zijn bij het Statuut van Rome onder elkaar kunnen afspreken dat hun onderdanen geen persoonlijke of functionele immuniteit genieten voor het Internationaal Strafhof. Dat hebben zij ook gedaan in artikel 27 van het Statuut.⁷¹ De vraag is evenwel of deze regel tegen te werpen is aan onderdanen van derde staten (staten die geen partij zijn bij het Statuut); deze staten hebben immers niet ingestemd met deze regel. Het is geenszins ondenkbaar dat het Internationaal Strafhof zijn rechtsmacht uitoefent over onderdanen van derde staten,



inhoud



bijvoorbeeld indien deze personen een misdrijf begaan op het grondgebied van een staat die partij is bij het Statuut, of indien de situatie in een derde staat door de VN Veiligheidsraad naar het Internationaal Strafhof is verwezen. Voor een scenario waarbij dergelijke personen door het Strafhof worden gezocht, geldt in beginsel artikel 98 lid 1 van het Statuut, op grond waarvan het Hof “may not proceed with a request for surrender or assistance which would require the requested State to act inconsistently with its obligations under international law with respect to the State or diplomatic immunity of a person or property of a third State, unless the Court can first obtain the cooperation of that third State for the waiver of the immunity.” Deze bepaling lijkt te impliceren dat derde staten een beroep kunnen doen op immuniteit ten aanzien van het Strafhof. De Beroepskamer van het Internationaal Strafhof was in 2019 echter van oordeel “that there is neither State practice nor *opinio juris* that would support the existence of Head of State immunity under customary law *vis-à-vis* an international court”.⁷² Volgens het Internationaal Strafhof treden internationale tribunalen op ‘on behalf of the international community as a whole’.⁷³ Op grond daarvan oordeelde het Internationaal Strafhof dat Jordanië verplicht was de Soedanese president Al Bashir aan te houden en over te leveren aan het Hof, ook al was Soedan geen partij bij het Statuut van Rome. Ook het Speciaal Hof voor Sierra Leone, dat was opgericht op basis van een akkoord tussen de VN en Sierra Leone, heeft zijn rechtsmacht uitgeoefend over Charles Taylor, de toenmalige president van Liberia (een derde staat ten aanzien van dit akkoord), op grond van de overweging dat het een ‘truly international’ tribunaal was; van belang daarbij was volgens het Speciaal Hof dat het akkoord tussen de VN en Sierra Leone een uitdrukking van de wil van de internationale gemeenschap was.⁷⁴ Het Hof stelde dat immuniteiten met name van belang zijn in de horizontale verhoudingen tussen staten, gelet op het beginsel van de soevereine gelijkheid, maar *niet* voor internationale straftribunalen die hun mandaat ontleen aan de internationale gemeenschap.⁷⁵

Uit deze beslissingen van het Internationaal Strafhof en het Speciaal Hof voor Sierra Leone valt af te leiden (a) dat de persoonlijke

immuniteit van onderdanen van derde staten niet geldt ten aanzien van deze tribunalen, en ook (b) dat deze immuniteit mogelijk niet geldt in het geval dat een nieuw internationaal tribunaal wordt opgericht, bijvoorbeeld om daden van agressie te berechten.

De uitspraken van het Speciaal Hof en vooral het Internationaal Strafhof zijn echter controversieel.⁷⁶ De kern van deze kritiek is dat het internationaal recht niet toestaat dat een groep staten verplichtingen oplegt aan derde staten zonder de toestemming van die laatsten. Dit staat bekend als het beginsel van de relatieve werking van verdragen.⁷⁷ Staten kunnen dus niet zomaar onder elkaar bepalen dat de immuniteit van (een vertegenwoordiger) van een derde staat niet langer geldt, zonder dat die derde staat daarmee heeft ingestemd. Zelfs als wordt erkend dat een groep *like-minded* staten een agressietribunaal kan oprichten (met name op basis van delegatie van rechtsmacht), kunnen deze staten in beginsel geen afbreuk doen aan de immuniteit van een derde staat die niet bij de oprichting van dit tribunaal is betrokken – en over wiens gezagsdragers het tribunaal in voorkomend geval rechtsmacht zal uitoefenen. Uiteindelijk kunnen staten aan een internationaal tribunaal slechts bevoegdheden delegeren die ze zelf initieel hebben. Staten hebben zelf niet de bevoegdheid om persoonlijke immuniteit naast zich neer te leggen. Zij kunnen die bevoegdheid in principe daarom ook niet delegeren aan een internationaal tribunaal.⁷⁸

Een ander belangrijk punt van kritiek betreft het concept ‘internationaal tribunaal’. Niet elk internationaal tribunaal treedt op namens ‘the international community as a whole’,⁷⁹ en het is onduidelijk wat een tribunaal ‘truly international’⁸⁰ maakt. Zonder een welomlijnde definitie van de kenmerken die een tribunaal voldoende ‘internationaal’ maken om persoonlijke immuniteit niet te hoeven erkennen, maakt de redenering van het Speciaal Hof en het Strafhof personen die een beroep op persoonlijke immuniteit toekomt kwetsbaar.

De CAVV vindt deze kritiek overtuigend. Aangezien het Internationaal Gerechtshof in de *Arrest Warrant* zaak heeft beslist dat staatshoofden, regeringsleiders en



inhoud



ministers van buitenlandse zaken zich voor de nationale rechtbanken van andere staten op persoonlijke immuniteit kunnen beroepen – ook als ze verdacht worden van het plegen van internationale misdrijven – lijkt een internationaal tribunaal dat niet mede is opgericht door de thuisstaat van een verdachte, en dat een hoofdstuk VII-basis ontbeert, deze persoonlijke immuniteit ook te moeten respecteren.⁸¹ Mocht Nederland toch willen inzetten op een rechtsontwikkeling in lijn met de opvatting van het Speciaal Hof en het Strafhof, dan is het in elk geval belangrijk om daarbij ook in te zetten op een onderscheidende en beperkende definitie van ‘internationaal tribunaal’. Overigens is het van belang te beseffen dat in geval van een dergelijke ontwikkeling ook aan Nederlandse gezagsdragers, met name onze minister-president en onze minister van buitenlandse zaken, geen persoonlijke immuniteit voor een internationaal tribunaal zal toekomen.

Dan rest ten slotte de vraag of internationale tribunalen de *functionele* immuniteit van gezagsdragers van staten die niet hebben ingestemd met de jurisdictie van het tribunaal moeten respecteren. Zoals hierboven onder vraag 3 uiteengezet is het beperken van functionele immuniteit voor internationale misdrijven voor nationale strafrechters goed verdedigbaar, hetzij omdat het in overeenstemming is met het internationaal recht, hetzij omdat het bijdraagt aan een al stevig ingezette rechtsontwikkeling. Omdat staten hun bevoegdheid om te vervolgen mogen overdragen aan een internationaal tribunaal, geldt deze mogelijkheid *a fortiori* voor internationale tribunalen, waarbij de definitie van wat een internationaal tribunaal is dan minder van belang is omdat de beperking van immuniteit niet van de aard van de rechter (nationaal of internationaal) afhankelijk is. Voor wat de berechting van agressie voor een internationaal tribunaal betreft, is functionele immuniteit dus geen belemmering. Omdat de steun onder staten voor inperking van functionele immuniteit voor een internationaal tribunaal wel groter is dan de steun voor inperking voor nationale rechters⁸² is de CAVV van mening dat het de voorkeur heeft om een internationaal tribunaal dat onderdanen van een staat die niet meewerkt aan de oprichting

van het tribunaal berecht voor internationale misdrijven, op te richten door een grote (liefst representatieve) groep staten.



inhoud



Afsluiting en advies



In deze slotparagraaf wordt de kern van het advies puntsgewijs weergegeven:

Advies uit eigen beweging

1. De CAVV steunt de voortrekkersrol van Nederland inzake de berechting van internationale misdrijven in zijn algemeenheid. Om die reden en gelet op specifieke initiatieven met betrekking tot de Russische invasie in Oekraïne, zoals de *Ukraine Accountability Conference*, heeft zij besloten om - uit eigen beweging - een bijdrage te leveren aan discussies inzake de berechting van het misdrijf van agressie. Het advies is specifiek gericht op de vraagstukken van rechtsmacht en immuniteiten.
2. De CAVV vraagt in dit advies ook aandacht voor het risico van selectieve toepassing en onderstreept dat de Nederlandse regering bereid moet zijn om (i) te accepteren dat regels en interpretaties die ontwikkeld worden voor de voorliggende situatie vervolgens ook algemene gelding krijgen en zelfs om (ii) zich voor deze algemenere gelding in te zetten, ten behoeve van de universaliteit en consistentie van het internationaal recht.

Rechtsmacht

Wie kan rechtsmacht uitoefenen over het misdrijf agressie?

3. Er bestaan twee visies ten aanzien van de vraag wie rechtsmacht uit kan oefenen over het misdrijf agressie. Eén visie stelt dat alleen de agressor-staat rechtsmacht heeft, in dit geval Rusland. Een andere visie stelt dat er meerdere gronden bestaan voor de uitoefening van nationale rechtsmacht over agressie, waaronder tenminste uitoefening van rechtsmacht door de slachtofferstaat op basis van het territorialiteitsbeginsel.

4. De CAVV acht het standpunt dat er meerdere gronden voor de uitoefening van rechtsmacht bestaan begrijpelijk, ook omdat op die manier de uitoefening van rechtsmacht voor alle internationale misdrijven gelijk wordt getrokken.
5. Het is dan wel van belang dat dit standpunt algemeen wordt geaccepteerd. Nederland kan hieraan bijdragen, waarbij specifiek gedacht kan worden aan (i) bevestiging van het Nederlandse standpunt zoals thans gecodificeerd in de WIM betreffende de mogelijkheid van het uitoefenen van verschillende vormen van rechtsmacht (met inbegrip van universaliteit) ten aanzien van het misdrijf agressie, en (ii) inzet voor aanpassing van het rechtsmachtsregime van het Internationaal Strafhof waarbij dit in lijn wordt gebracht met het systeem zoals dit geldt voor de andere misdrijven.

Leiderschaps criterium en persoonlijke immuniteit

In hoeverre overlapt de groep personen die kunnen vallen binnen het leiderschaps criterium van het misdrijf agressie met de groep personen die een beroep kunnen doen op persoonlijke immuniteit?

6. Agressie is een leiderschaps-misdrijf, hetgeen betekent dat alleen zij die in de positie verkeren daadwerkelijk controle uit te oefenen over of leiding te geven aan het politieke of militaire optreden van een Staat voor dit misdrijf kunnen worden berecht. De volgende individuen kunnen in ieder geval als leider worden aangemerkt: regeringsleiders, staatshoofden, ministers van buitenlandse zaken, ministers van defensie, (assistent-)voorzitters van een nationale veiligheidsraad, (hoge) officieren in de strijdkrachten die betrokken zijn bij de planning, voorbereiding en coördinatie van de daad van agressie.



7. Van de hiervoor genoemde groep personen die binnen het leiderschaps-criterium vallen genieten alleen staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken absolute persoonlijke immuniteit van de strafrechtelijke jurisdictie van buitenlandse staten zolang zij in functie zijn, ook als het vervolging van internationale misdrijven betreft. Dit driemanschap kan in het buitenland niet in rechte worden betrokken in relatie tot officiële of privé-handelingen, noch gearresteerd worden, ongeacht de aard van hun verblijf. De overige personen die binnen het leiderschaps-criterium vallen, genieten geen persoonlijke immuniteit.

Functionele immuniteit

Strekt functionele immuniteit zich uit tot het misdrijf agressie?

8. Buitenlandse gezagsdragers genieten in beginsel functionele immuniteit (ook wel immuniteit *ratione materiae* genoemd). Dat betekent dat zij niet vervolgd kunnen worden voor handelingen die zij in een officiële hoedanigheid hebben verricht. Deze regel zorgt er ook voor dat Nederlandse gezagsdragers, ook nadat zij niet meer in functie zijn, niet voor een buitenlandse rechter gedaagd kunnen worden in relatie tot Nederlands beleid dat in het buitenland als schadelijk of wederrechtelijk wordt gezien. De vraag of er een uitzondering op functionele immuniteit bestaat voor internationale misdrijven, inclusief agressie, wordt in de internationale rechtspraak niet eenduidig beantwoord. De CAVV is van mening dat het niet erkennen van functionele immuniteit voor internationale misdrijven op dit moment te verantwoorden is, hetzij als zijnde in overeenstemming met het internationaal recht, hetzij als een bijdrage aan een al stevig ingezette rechtsontwikkeling. Het is voor de CAVV hierbij niet logisch onderscheid te maken tussen het misdrijf agressie en andere internationale misdrijven.

Immuniteit en internationale tribunalen

Zijn immuniteiten ook van toepassing voor internationale tribunalen?

9. Met betrekking tot de vraag of er een speciale uitzondering op immuniteit bestaat voor internationale tribunalen, leest de CAVV de jurisprudentie van het Internationaal Gerechtshof zo dat een internationaal tribunaal dat niet mede is opgericht door de thuisstaat van een verdachte en dat een hoofdstuk VII VN Handvest-basis ontbeert, de persoonlijke immuniteit van staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken moet respecteren.
10. Mocht Nederland toch willen inzetten op een rechtsontwikkeling dat persoonlijke immuniteiten niet gelden voor (een grotere groep) internationale tribunalen in lijn met de opvatting van het Speciaal Hof voor Sierra Leone en het Internationaal Strafhof, dan is het in elk geval belangrijk om daarbij ook in te zetten op een onderscheidende en beperkende definitie van 'internationaal tribunaal'. Overigens is het van belang te beseffen dat in geval van een dergelijke ontwikkeling ook aan Nederlandse gezagsdragers, met name onze minister-president en onze minister van buitenlandse zaken, geen persoonlijke immuniteit voor een internationaal tribunaal zal toekomen.
11. Het beperken van functionele immuniteit voor internationale misdrijven voor internationale rechters kan worden afgeleid uit het recht dat geldt dan wel de ontwikkeling die gaande is met betrekking tot nationale rechters, zoals hierboven genoemd bij punt 8. Voor wat de berechting van agressie voor een internationaal tribunaal betreft, is functionele immuniteit dus geen belemmering.



inhoud



Eindnoten



inhoud

- ¹ Zie voor meer informatie, <https://www.centruminternationaalrecht.nl/nederlands>.
- ² De Algemene Vergadering van de Verenigde Naties heeft de invasie op 2 maart 2022 als agressie gekwalificeerd, VN Doc. A/RES/ES-11/1.
- ³ Te vinden op: <https://www.pgaction.org/pdf/2022/international-criminal-tribunal-putin.pdf>. De overige ondertekenaars zijn de voorzitters van de vaste commissies voor Buitenlandse Zaken van de Parlementen van België, Luxemburg, de drie Baltische staten, Tsjechië, Polen, Roemenië, Slovenië, Oekraïne, Ierland, en het VK.
- ⁴ Zie onder meer <https://www.chathamhouse.org/events/all/research-event/criminal-tribunal-aggression-ukraine>; <https://theelders.org/news/elders-call-criminal-tribunal-investigate-alleged-crime-aggression-ukraine>; <https://gordonandsarahbrown.com/wp-content/uploads/2022/03/Combined-Statement-and-Declaration.pdf>; <https://www.dailymail.co.uk/news/ukraine/article-10579137/PHILIPPE-SANDS-need-new-Nuremberg-trial-make-Putin-pay.html>.
- ⁵ Toespraak van Wopke Hoekstra, Minister van Buitenlandse Zaken van Nederland, *Ukraine Accountability Conference*, Den Haag, 14 juli 2022: “[W]e need an accountability strategy. A strategy driven by the universal belief that all of us are protected by law. Ensuring that all roads lead to justice. Now and in the future.”
- ⁶ Article 121(5) Statuut van Rome.
- ⁷ Art. 15bis(5) Statuut van Rome (‘In respect of a State that is not a party to this Statute, the Court shall not exercise its jurisdiction over the crime of aggression when committed by that State’s nationals or on its territory.’). Dit verbod geldt niet wanneer de Veiligheidsraad een situatie bij de Aanklager heeft aangegeven, zie art. 15bis(1) Statuut van Rome.
- ⁸ Zie de Noorse oproep in Kampala (RC/11, D), en de Nederlandse instemming voor dit standpunt bij de implementatie van de Kampala-wijzigingen, Brief van 9 oktober 2015, *Kamerstukken II 2013/14*, 33866, nr. 8, p. 2-3.
- ⁹ Vergelijk de internationale straftribunalen voor het voormalige Joegoslavië en Rwanda.
- ¹⁰ Vergelijk het Speciaal Hof voor Sierra Leone en de Buitengewone Kamers in de Rechtbanken van Cambodja.
- ¹¹ Vergelijk de Buitengewone Kamers in de Rechtbanken van Senegal, die rechtsmacht hadden over de voormalige machthebber van Tsjaad, Hissène Habré.
- ¹² Een en ander wordt besproken onder vraag 1, waarbij de nodige bronnen worden vermeld.
- ¹³ Art. 8bis(1) Statuut van Rome (‘(...) the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression’).
- ¹⁴ IGH 14 februari 2002, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, par. 58.
- ¹⁵ Zie met name artikel 27(2) van het Statuut van Internationaal Strafhof (‘Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person.’). Zie ook IGH 14 februari 2002, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, par. 61.
- ¹⁶ Zie met name artikel 7 ILC Draft Articles (2017), VN Doc A/CN.4/L.893.
- ¹⁷ Artikel 18 Kaderwet adviescolleges.
- ¹⁸ C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law* (OUP 2015, 2de editie), pp. 101-142.
- ¹⁹ Wet van 19 juni 2003, houdende regels met betrekking tot ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht.
- ²⁰ Artikel 2.1.a WIM. Het aanwezigheidsvereiste geldt niet in geval het feit is begaan door of tegen een Nederlander, in welk geval vervolging bij verstek mogelijk is.

- 21 ILC, 'Commentary to the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind', in: *Yearbook of the International Law Commission, 1996*, Vol II, Part Two, Article 8, cmt. 14, p. 30.
- 22 ILC, *Report of the Seventy-third session*, VN Doc. A/77/10 (2022), p. 238, par. 21 (Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction).
- 23 H.H. Koh & T.F. Buchwald, 'The Crime of Aggression: the United States Perspective', *American Journal of International Law* 2015, vol. 109, pp. 257, 273-277.
- 24 Artikel 15bis(5) Statuut van Rome. Daarnaast kan de Veiligheidsraad een situatie van agressie verwijzen naar het ISH op basis van artikel 15ter van het Statuut.
- 25 Official Records of the 'Review Conference of the Rome Statute of the ICC', Kampala 2010, Annex III, Understanding 5.
- 26 B. Van Schaack, 'Par in Parem Imperium Non Habet. Complementarity and the Crime of Aggression', *Journal of International Criminal Justice* 2012, Vol. 10, p. 133, 138.
- 27 C. McDougall, 'Prosecuting Putin for his Crime of Aggression Against Ukraine: Part Two', *Oxford Human Rights Hub*, 8 maart 2022, <https://ohrh.law.ox.ac.uk/prosecuting-putin-for-his-crime-of-aggression-against-ukraine-part-two>.
- 28 Vb. artikel 437 Strafwetboek Oekraïne, https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/ukr/2001/criminal-code-of-the-republic-of-ukraine-en_html/Ukraine_Criminal_Code_as_of_2010_EN.pdf.
- 29 Vb. artikel 112 en 117 Strafwetboek Polen, https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/POL_penal_code.pdf.
- 30 C. McDougall, 'Prosecuting Putin for his Crime of Aggression Against Ukraine: Part Two', *Oxford Human Rights Hub*, 8 maart 2022, <https://ohrh.law.ox.ac.uk/prosecuting-putin-for-his-crime-of-aggression-against-ukraine-part-two>.
- 31 Artikel 2 lid 1(a) in combinatie met artikel 8(b) WIM. Dit is wel gekoppeld aan het aanwezigheidsvereiste zoals verwoord in artikel 2 lid 1(a) WIM.
- 32 C. McDougall, 'Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine is the Best Available Option: A Reply to Kevin Jon Heller and Other Critics', *Opinio Juris*, 15 maart 2022.
- 33 K.J. Heller, 'Options for Prosecuting Russian Aggression Against Ukraine: A Critical Analysis', *Journal of Genocide Research* 2022, <https://doi.org/10.1080/14623528.2022.2095094>.
- 34 D. Akande, 'Prosecuting Aggression: The Consent Problem and the Role of the Security Council', *Oxford Legal Studies Research Paper No.10/2011*, 2011, p 33-34, <https://ssrn.com/abstract=1762806>.
- 35 Zie P. Wrangé, 'The Crime of Aggression, Domestic Prosecutions and Complementarity', in: Claus Kreß en Stefan Barriga, *The Crime of Aggression: A Commentary*, Cambridge University Press 2016, pp. 704-751 en literatuur genoemd in voetnoot 39.
- 36 K.J. Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law* 113 (OUP 2011).
- 37 Tractatenblad 2011, nr. 73.
- 38 Het is wel zo dat meerdere personen tegelijkertijd in een positie kunnen verkeren waarin zij controle uitoefenen over of leidinggeven aan het politieke of militaire optreden van een staat. Dit zal met name het geval zijn in staten waar besluiten over het gebruik van geweld en oorlogvoering in samenspraak volgens de daarvoor in dat land geldende regels worden gemaakt.
- 39 K.J. Heller, 'Retreat from Nuremberg: The Leadership Requirement in the Crime of Aggression', *European Journal of International Law*, Vol. 18, nr. 3, 2007, pp. 477-497. McDougall stelt evenwel dat de 'Neurenberg en Tokio-jurisprudentie' niet volledig coherent en eenduidig is voor wat betreft de inhoud en reikwijdte van het leiderschaps-criterium, C. McDougall, *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2nd ed. (CUP 2021), p. 214-232.
- 40 Dat dit het geval is lijkt te worden geïmpliceerd door de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa in Resolution 2436 (2022) inzake *The Russian Federation's aggression against Ukraine: ensuring accountability for serious violations of international humanitarian law and other international crimes*,



inhoud



- van 28 April 2022. Deze Resolutie stelt in para. 11.6.2 dat een op te richten tribunal “should [...] apply the definition of the crime of aggression as established in customary international law, which has also inspired the definition of the crime of aggression in Article 8 bis of the Rome Statute of the ICC.” Voor een argument dat onder het international gewoonterecht de lagere standaard geldt, zie K.J. Heller, ‘Retreat from Nuremberg: The Leadership Requirement in the Crime of Aggression’, *European Journal of International Law*, Vol. 18, nr. 3, 2007, pp. 477-497.
- ⁴¹ Ibid., p. 228.
- ⁴² Zie bijvoorbeeld R. Heinsch, ‘The Crime of Aggression after Kampala: Success or Burden for the Future?’ in *Goetingen Journal of International Law*, Vol. 2, 2010, p. 723. K. Ambos, ‘The Crime of Aggression after Kampala’, *German Yearbook of International Law*, Vol. 53, 2011, p. 490 en N. Hajdin, ‘The Nature of Leadership in the Crime of Aggression: The ICC’s New Concern’, *International Criminal Law Review*, Vol. 17, nr. 3, 2017, p. 543, 563, 565.
- ⁴³ C. McDougall, *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2nd ed. (CUP 2021), p. 231. En ook H.L. Pfeiffer, *The Crime of Aggression and the Participation Model of the Rome Statute*, Cologne, Institute for International Peace and Security, 2017, pp. 184-185.
- ⁴⁴ Artikel 89 lid 1 van het Wetboek van Strafrecht van Kroatië, 2011, definieert agressie conform het Statuut van Rome. Artikel 89 lid 2 stelt: “Whoever takes part in the operations of the armed forces referred to in paragraph 1 of this article shall be sentenced to imprisonment for a term of between three to fifteen years.”
- ⁴⁵ Voor een analyse zie A. Reisinger Coracini, ‘(Extended) Synopsis: The Crime of Aggression under Domestic Criminal Law’, in: Claus Krefß and Stefan Barriga (eds.), *The Crime of Aggression: A Commentary* (Cambridge University Press 2017), pp. 1038-1078.
- ⁴⁶ Artikel 437 van het Wetboek van Strafrecht van Oekraïne luidt: “1. Planning, preparation or waging of an aggressive war or armed conflict, or conspiring for any such purposes shall be punishable by imprisonment for a term of seven to twelve years.
2. Conducting an aggressive war or aggressive military operations shall be punishable by imprisonment for a term of ten to fifteen years.”
- ⁴⁷ N.H.B. Jørgensen, ‘Asia’, in: Claus Krefß and Stefan Barriga (eds.), *The Crime of Aggression: A Commentary* (Cambridge University Press 2017), pp. 1021, 1038-1078.
- ⁴⁸ Ibid.
- ⁴⁹ IGH 14 februari 2002, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, par. 54.
- ⁵⁰ VK, Bow Street Magistrates’ Court, 12 February 2004, *Re Mofaz*, ILDC 97 (UK 2004). De rechter voegde daar aan toe dat dit waarschijnlijk anders was voor andere ministeriële posities zoals de minister van Binnenlandse Zaken, minister van Werkgelegenheid, minister van Milieu, minister van Sport en Cultuur.
- ⁵¹ Zwitserland, Swiss Federal Criminal Court, 25 juli 2012, *Nezzar*, para. 5.4.2., https://www.asser.nl/upload/documents/20130221T040104-Nezzar_Judgm_Eng_translation%2025-07-2012.pdf
- ⁵² VK, Magistrates’ Court decision, 8 November 2005, *Bo Xilai*, 128 ILR 713, ILDC 429 (UK 2005)
- ⁵³ CAVV, *Advies inzake de immuniteit van buitenlandse ambtsdragers*, 2 mei 2011, pp. 33/34.
- ⁵⁴ UN Convention on Special Missions, New York, 8 december 1969. Krachtens artikel 1(a) is een ‘speciale missie’ een “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”. Zie artikelen 29 en 31 van dit Verdrag met betrekking tot onschendbaarheid en immuniteit van leden van de speciale missie. Ook onder gewoonterecht hebben gezagsdragers *ad hoc* diplomatieke immuniteit wanneer een officieel bezoek in het buitenland afleggen, zie voor de verschillen tussen de reikwijdte van de bescherming onder het verdrag en onder gewoonterecht M. Wood, ‘The Immunity of Official Visitors’, *Max Planck Yearbook of International Law*, volume 16, 2012, pp. 35-98.
- ⁵⁵ Zie over de reikwijdte van functionele immuniteit hieronder, de beantwoording van vraag 3.
- ⁵⁶ IGH 14 februari 2002, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, par. 53.



inhoud



- ⁵⁷ Joegoslavië-tribunaal, Kamer van Beroep, 29 oktober 1997, *Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997 (Prosecutor v. Blaškić)*, IT-95-14, ro. 38: “State officials are mere instruments of a State and their official action can only be attributed to the State. They cannot be the subject of sanctions or penalties for conduct that is not private but undertaken on behalf of the State. In other words, State officials cannot suffer the consequences of wrongful acts which are not attributable to them personally but to the State on whose behalf they act: they enjoy so-called ‘functional immunity’.”
- ⁵⁸ Gerechtshof Den Haag, 7 december 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2374 (*Israëlische legercommandanten*), ro. 3.7.
- ⁵⁹ Draft Article 7 on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction (2017). Deze bepaling is echter controversieel, met name omdat er onvoldoende staatspraktijk zou zijn. Zie C.A. Bradley, ‘Symposium on the Present and Future of Foreign Official Immunity’ in: *AJIL Unbound*, Vol. 112, 2018, pp. 1-37.
- ⁶⁰ United Nations, *Draft Articles on Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, 2017, Report of the International Law Commission on the work of its sixty-ninth session, par. 122, <https://legal.un.org/ilc/reports/2017/english/chp7.pdf>.
- ⁶¹ *Ibid.*, p. 127, cmt. 18.
- ⁶² Zie ook ILC, *Fifth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, VN Doc A/CN.4/701 (2016), p. 87, para. 222.
- ⁶³ United Nations, *Draft Articles on Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, 2017, Report of the International Law Commission on the work of its sixty-ninth session, para. 74 en 122, <https://legal.un.org/ilc/reports/2017/english/chp7.pdf>. Zie ook: Provisional summary record of the 3378th meeting, VN Doc A/CN.4/SR.3387 (2017), pp. 9 - 16.
- ⁶⁴ Zie Statement by dr. René Lefeber (Legal Adviser of Foreign Affairs, Kingdom of The Netherlands) United Nations General Assembly 72nd Session, Sixth Committee, Agenda item 82, Report of the International Law Commission, https://www.un.org/en/ga/sixth/72/pdfs/statements/ilc/netherlands_2.pdf.
- ⁶⁵ United Nations General Assembly, Summary record of the 26th meeting, 7 december 2011, VN Doc A/C.6/66/SR.26
- ⁶⁶ United Nations, *Draft Articles on Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, 2017, Report of the International Law Commission on the work of its sixty-ninth session, p. 123, cmt. 5, <https://legal.un.org/ilc/reports/2017/english/chp7.pdf>; Bundesgerichtshof (Hooggerichtshof Duitsland), 28 januari 2021, 3 Str 564/19 - OLG München, ECLI:DE:BGH:2021:280121U3STR564.19.0 (verwerping immuniteit); Cour de Cassation (Hooggerichtshof Frankrijk), Arrêt n°42, 13 januari 2021 (20-80.511), ECLI:FR:CCAS:2021:CR00042.
- ⁶⁷ IGH 14 februari 2002, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, par. 58.
- ⁶⁸ *Ibid.*, par. 61.
- ⁶⁹ *Ibid.*
- ⁷⁰ Dit betreft niet alleen verdragen, waarnaar artikel 103 VN Handvest verwijst, maar, althans volgens de meerderheidsopinie, ook gewoonterrechtelijke regels. Zie M. Koskenniemi, ‘Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law’, Report of the Study Group of the International Law Commission, VN Doc A/CN.4/L.682 (13 April 2006), para 345. Sommige auteurs betwijfelen evenwel of dit het geval is. Zie bijvoorbeeld R. Liivoja, ‘The Scope of the Supremacy Clause of the United Nations Charter’, *ICLQ*, Vol. 57, 2008, pp. 583-612.
- ⁷¹ Artikel 27 van het Statuut van Rome bepaalt als volgt: “1. This Statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity. In particular, official capacity as a Head of State or Government, a member of a Government or parliament, an elected representative or a government official shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Statute, nor shall it, in and of itself, constitute a ground for reduction of sentence.



inhoud



2. Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person.”
- ⁷² ISH 6 mei 2019, *Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, ICC-02/05-01/09 OA2, ro. 113.
- ⁷³ *Ibid.*, ro. 115.
- ⁷⁴ Speciaal Hof voor Sierra Leone, Kamer van Beroep, 31 mei 2004, Taylor (*Decision on Immunity from Jurisdiction*), SCSL-2003-01-AR72(E), ro. 38.
- ⁷⁵ *Ibid.*, ro. 51.
- ⁷⁶ Zie bijvoorbeeld D. Akande, ‘ICC Appeals Chamber Holds that Heads of State Have No Immunity Under Customary International Law Before International Tribunals’, *EJIL:Talk!*, 6 mei 2019 en D. Jacobs, ‘You have just entered Narnia: ICC Appeals Chamber adopts the worst possible solution on immunities in the Bashir case’, *Spreading the Jam*, 6 mei 2019.
- ⁷⁷ Zie ook artikel 34 Weens Verdragenverdrag: “Een verdrag scheidt geen verplichtingen of rechten voor een derde Staat zonder diens instemming.”
- ⁷⁸ Dit is een toepassing van de klassieke rechtsbeginselen “*nemo dat quod non habet*” (men kan niet aan een ander geven wat men zelf niet heeft) en “*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*” (men kan niet meer rechten aan een ander geven dan men zelf heeft).
- ⁷⁹ Zie voetnoot 73, ISH 6 mei 2019, *Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, ICC-02/05-01/09 OA2, ro. 115.
- ⁸⁰ Zie voetnoot 75, Speciaal Hof voor Sierra Leone, Kamer van Beroep, 31 mei 2004, Taylor (*Decision on Immunity from Jurisdiction*), SCSL-2003-01-AR72(E), ro. 51.
- ⁸¹ Het valt overigens op dat zowel het Internationaal Strafhof als het Speciaal Hof voor Sierra Leone in hun hiervoor besproken arresten alsnog verwijzen naar de Veiligheidsraad. Het Speciaal Hof voor Sierra Leone verwees naar Resolutie 1315 (2000) van de Veiligheidsraad, die de Secretaris-Generaal van de VN had opgeroepen om met Sierra Leone een akkoord te sluiten over de oprichting van een internationaal tribunaal, zie Speciaal Hof voor Sierra Leone, Kamer van Beroep, 31 mei 2004, Taylor (*Decision on Immunity from Jurisdiction*), SCSL-2003-01-AR72(E), ro. 39. In de *Al Bashir* zaak benadrukten vier van de vijf rechters van de Beroepskamer van het Strafhof in hun *joint concurring opinion* dan weer dat de conclusie van het Hof dat aan Al Bashir geen immunititeit toekwam, ‘as it specifically concerns resolution 1593 (2005 [dit is de resolutie die de situatie in Soedan naar het Strafhof verwees]), depends on the unique circumstances of that resolution as a Chapter VII measure’, zie ISH 6 mei 2019, *Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, ICC-02/05-01/09 OA2, Joint Concurring Opinion, ro. 445. De CAVV kan zich niet van de indruk ontdoen dat de afwijzing van immunititeit in deze twee zaken althans ten dele haar grondslag vindt in een al dan niet bindende resolutie van de Veiligheidsraad.
- ⁸² Rusland verzette zich in de Zesde Commissie bijvoorbeeld tegen ontwerpartikel 7 maar voegde daar aan toe: “There [are] other ways of prosecuting the perpetrator of a crime, for example, in the person’s own State or in properly constituted international bodies.” Zie ook United Nations, *Draft Articles on Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, 2017, Report of the International Law Commission on the work of its sixty-ninth session, p. 117, par. 100.



inhoud

