

Gerechtshof Den Haag

Zaaknummer: 200.278.760/01

Roldatum: 23 september 2021

PLEITNOTA

Inzake

De heer Ismail Ziada

wonende te Den Haag

Appellant (eiser in eerste aanleg)

advocaten: mrs. L. Zegveld en L-M. Komp

tegen:

1. De heer Benjamin Gantz

2. De heer Amir Eshel

Beiden wonende te Israël

Geïntimeerden (gedaagde in eerste aanleg)

advocaten: mrs. C.G. van der Plas en Th.O.M.

Dieben

Inhoudsopgave

<u>1</u>	<u>Uitgangspunt is rechtsmacht; immuniteit is de uitzondering</u>	2
<u>2</u>	<u>Staats- versus functionele immuniteit</u>	5
<u>3</u>	<u>Ontwikkeling van het internationaal gewoonterecht</u>	8
<u>4</u>	<u>Afbakening functionele immuniteit: niet voor internationale misdrijven</u>	12
4.1	<u>Neurenberg, Pinochet, en andere internationale en nationaal rechtspraak</u>	12
4.2	<u>Zaken voor het Internationaal Gerechtshof</u>	17
4.3	<u>Nederlandse praktijk</u>	20
4.4	<u>Zaak Ziada: oorlogsmisdrijven</u>	23
4.5	<u>Posities van de gedaagden en beroep op immuniteit door Israël.</u>	25
4.6	<u>Tussenconclusie</u>	27
<u>5</u>	<u>Geen immuniteit in het civiel recht</u>	28
5.1	<u>Samenhang rechtsmacht in het civiele en strafrecht in het Nederlandse recht</u>	29
5.2	<u>Zaak Jones biedt geen juridische basis voor uitzondering op civiele rechtsmacht</u>	31
5.3	<u>Toegang tot de rechter</u>	35
<u>6</u>	<u>Conclusie</u>	41

1 Uitgangspunt is rechtsmacht; immuniteit is de uitzondering

1. Max 12.350 w [nu 12.500]
2. De rechtsmacht van de Nederlandse rechter vloeit in deze zaak voort uit artikel 9 Rv. Het gaat hier om een Nederlands onderdaan die nergens anders toegang tot de

rechter heeft. Dat is het uitgangspunt in deze zaak.

3. Artikel 13a wet Algemene Bepalingen bepaalt dat de rechtsmacht van de rechter wordt beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend.
4. Uw Hof dient dus te beoordelen of het volkenrecht een dergelijke uitzondering op uw rechtsmacht zonder twijfel erkent. Ik zeg zonder twijfel: want als die twijfel wel bestaat moet u rechtsmacht aannemen. Althans dan komen we toe aan de vraag of uw rechtsmacht gebaseerd kan worden op art 9 Rv.
5. Zou u bij twijfel over het bestaan van “een uitzondering in het volkenrecht erkend” geen rechtsmacht aannemen, dan zou u uw bevoegdheden en daarmee ook uw plicht om recht te spreken onterecht begrenzen. Voor de bescherming van zijn rechten is Ziada geheel afhankelijk van u. Er is geen andere rechter tot wie hij zich kan wenden. Nederland heeft uitdrukkelijk voorzien in toegang tot het recht in deze situaties. U kunt uw bevoegdheid dus niet licht aan de kant zetten.
6. Uitgangspunt is dus niet zoals de wederpartij aanneemt: immuniteit tenzij. Uitgangspunt is: rechtsmacht tenzij. Die tenzij die moet duidelijk uit het volkenrecht voortvloeien.
7. Rosalyn Higgins, voormalig president van het Internationaal Gerechtshof wijst er ook op dat het uitgangspunt rechtsmacht is en dat immuniteit daarop de uitzondering is:

“It is very easy to elevate sovereign immunity into a superior principle of international law and to lose sight of the essential reality that it is an exception to the normal doctrine of jurisdiction.”
8. De uitzondering op uw rechtsmacht moet in het volkenrecht zijn erkend. Dat betekent dat er een geschreven of ongeschreven regel van internationaal recht moet zijn, waarin dit duidelijk is bepaald. Partijen zijn het erover eens dat een geschreven regel die de rechtsmacht van de Nederlandse rechter beperkt, er niet is.
9. Een ongeschreven regel is er ook niet. Dat geldt in ieder geval voor de uitoefening van strafrechtsmacht over individuen die internationale misdrijven hebben begaan, maar het geldt ook voor civiele rechtsmacht.

10. Wat betreft de strafrechtsmacht: ik zal vandaag niet alle ontwikkelingen in de jurisprudentie en statenpraktijk bespreken waarin functionele immuniteit in strafzaken aan de orde is gekomen. Dit is uitvoerig gedaan in alle stukken in deze zaak.
11. Voldoende is dat er dermate veel praktijk en *opinio iuris* is, waarin strafrechtsmacht over internationale misdrijven wél is aangenomen, dat er geen sprake kan zijn van een uitzondering in het volkenrecht op rechtsmacht. Het wijzen op al deze praktijk zou in deze zaak moeten volstaan.
12. De praktijk en *opinio iuris* waarin rechtsmacht over internationale misdrijven is aangenomen begon in Neurenberg, en is vervolgens voortgezet in Pinochet, toen de internationale tribunalen en is onlangs nog bevestigd door het Bundesgerichtshof (BGH) in Duitsland. Met al deze praktijk kún je niet zeggen dat er een gewoonterechtelijke regel is die de hoofdregel van bevoegdheid van de Nederlandse strafrechter aan de kant kan zetten. Daar doet niet aan af, dat er ook praktijk is waarin een ander standpunt wordt ingenomen. Het punt is dat de veelheid van verschillende praktijk, het onmogelijk maakt daaruit een gewoonterechtelijke regel te destilleren, op grond waarvan u uw bevoegdheid kunt beperken.
13. Deze praktijk gaat over strafrechtsmacht. Het ongeschreven volkenrecht kent ook onvoldoende gewoonterechtelijke praktijk die de rechter het uitoefenen van civiele rechtsmacht *verbiedt*. De zaak Jones biedt daarvoor onvoldoende basis. Er zijn daarnaast fundamentele argumenten om civiele rechtsmacht niet anders te behandelen dan strafrechtsmacht.
14. Daar komt bij dat de omstandigheden van dit geval uitzonderlijk zwaar wegen. Ziada heeft geen enkele andere rechtsgang dan bij u. Israël hanteert een apartheidsregime jegens Palestijnen en heeft inwoners van Gaza uitgesloten van het recht als 'enemy subjects' afkomstig van 'enemy territory'. Proportionaliteit vergt dat artikel 6 evrm hier zwaarder weegt dan immuniteit. Dat geldt niet in alle gevallen. Ziada toegang tot de Nederlandse rechter verlenen betekent niet dat in alle gevallen waarin schadevergoeding wordt gevorderd geen immuniteit moet worden verleend. Maar de afwezigheid van enig alternatief heeft de rechtbank ten onrechte niet meegewogen.
15. Ik bespreek eerst hoe gewoonterecht wordt gevormd mede aan de hand van de

expert opinion van professor John Dugard (bij akte ten behoeve van deze zitting ingediend). Dan bespreek ik de praktijk waarin geen strafrechtelijke immuniteit is aangenomen. Die praktijk staat in de weg aan het aannemen van een gewonterechtelijke regel tégen rechtsmacht over internationale misdrijven. Daarna bespreek ik het ontbreken van een gewonterechtelijke regel ten aanzien van civiele rechtsmacht. Tenslotte ga ik in op artikel 6 EVRM en de bijzondere omstandigheden van het geval van Ziada.

16. Maar eerst zeg ik kort iets over de verschillende vormen van immuniteiten.

2 Staats- versus functionele immuniteit

17. Er bestaan in het internationaal recht verschillende soorten immuniteit: staatsimmuniteit, persoonlijke immuniteit en functionele immuniteit. De rechtbank heeft deze vormen van immuniteit onvoldoende uit elkaar gehouden.
18. Als we moeten beoordelen of het volkenrecht regels kent die een uitzondering op uw rechtsmacht rechtvaardigen, moeten we wel naar de juiste regels van het volkenrecht kijken. Het gaat in deze zaak om rechtsmacht over overheidsambtenaren voor internationale misdrijven.
19. Dit is geen zaak tegen de Staat Israël. Het is ook geen zaak tegen het staatshoofd of regeringsleider of minister van Buitenlandse zaken van Israël.
20. Staatsimmuniteit dient ervoor om publiek handelen van regeringen te beschermen van rechtsmacht van andere landen.
21. Het probleem met het vonnis van de rechtbank is dat ze functionele immuniteit ziet als een verlengstuk van de staatsimmuniteit en zij baseert dit op de uitspraak van het internationaal gerechtshof in de *Jurisdictional immunity's case*. Deze zaak gaat evenwel over staatsimmuniteit, namelijk de immuniteit van Duitsland en dus niet om de immuniteit van enige persoon die Duitsland vertegenwoordigde. Door die uitspraak als basis te nemen ondermijnt de rechtbank haar vonnis.
22. Overigens is ook de staatsimmuniteit gerelativeerd de afgelopen decennia. Staatshandelen in private context, meestal commerciële handelingen, wordt niet

meer beschermd door immuniteit. Zelfs staatsimmuniteit is dus niet in beton gegoten. Ik kom hier zo op terug.

23. Het is zonder meer waar dat militair optreden staatsoptreden bij uitstek is. Maar het was ook juist op dit terrein van militaire operaties, dat de noodzaak werd vastgesteld om onrechtmatig van rechtmatig militair optreden te onderscheiden en aan onrechtmatig handelen van individuele militairen individuele aansprakelijkheid te koppelen. De suggestie van de rechtbank dat militair optreden in zijn geheel opgaat in immuniteit die hoort bij publiek staatsoptreden, is dan ook onjuist en nogal zorgelijk.
24. Het gaat in deze zaak dus niet om 'gewone' schade die voortvloeit uit een oorlog. Het gaat om excessen, het systematisch bombarderen van burgerwoningen. Het systematisch doden van de inwoners van Gaza, het collectief aanmerken van inwoners van Gaza als vijand. Dit zijn ernstige schendingen van het oorlogsrecht, grave breaches en het internationaal recht koppelt daaraan individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid voor de militairen die deze schendingen plegen.
25. Hun handelen lost dus onder het internationaal recht niet op in staatshandelen. Oorlogsmisdrijven vallen niet onder het recht van staten om oorlog te voeren en zijn daar ook geen logische consequentie van.
26. Hieraan doet op geen enkele wijze af dat staten niet anders dan middels hun ambtenaren kunnen handelen. Maar een zaak tegen een staat, die inderdaad heeft opgetreden middels zijn ambtenaren, en die aanspraak kan maken op staatsimmuniteit, is een geheel andere zaak dan de zaak tegen individuele ambtenaren die worden aangesproken op internationale misdrijven die ze als persoon hebben begaan. Dat zijn simpelweg niet dezelfde zaken. De staten kunnen geen oorlogsmisdrijven begaan. Individuen wel.
27. Het Bundesgerichtshof, het hoogste Duitse gerechtshof overwoog hierover:

“In het onderhavige geval is echter onderwerp van de procedure en referentiepunt voor de eventuele immuniteit niet het handelen door een vreemde, niet bij de gerechtelijke procedure betrokken staat in het algemeen maar de individuele strafrechtelijke verantwoordelijkheid van een natuurlijk persoon voor oorlogsmisdrijven, die deze gepleegd zou hebben

als binnen de staatsorganisatie niet zeer hoog geplaatste gezagsdrager van een vreemde staat. Een in een dergelijk geval te overwegen functionele immuniteit dient onderscheiden te worden van andere immuniteiten, met name de persoonlijke (ratione personae).”

28. Dat is ook precies de reden dat de artikelen over staatsaansprakelijkheid nadrukkelijk stellen dat individuele aansprakelijkheid niet wordt aangetast door deze artikelen. Beide vormen van aansprakelijkheid staan los van elkaar. De immuniteit van de één betekent om die reden dan ook niet de immuniteit van de ander.
29. Om precies diezelfde reden kennen ook de statuten van internationale tribunalen uitdrukkelijk het onderscheid tussen staatsimmunititeit en aansprakelijkheid van individuele ambtenaren. Ze weerspiegelen daarmee de ontwikkeling op het gebied van het internationaal strafrecht sinds eind jaren '90.
30. Staatsimmunititeit is derhalve niet een overkoepelende term die mede persoonlijke en functionele immuniteit omvat. Als de staat terecht staat staan ambtenaren of onderdanen niet terecht. In zaken waar persoonlijke en functionele immuniteit aan de orde is, gaat het om zaken tegen ambtenaren van de staat en niet de staat zelf. In die zaken staat staatsimmunititeit als zodanig niet ter discussie.

3 Ontwikkeling van het internationaal gewoonterecht

31. Zoals ik al zei heeft staatsimmunititeit zich in de afgelopen decennia ontwikkeld in die zin dat het voor commerciële handelingen van de staat tegenwoordig geen immuniteit meer kan worden ingeroepen.
32. Mr. A.P.M.J. Vonken schrijft in Asser

“De immuniteit van jurisdictie van vreemde staten heeft tegenwoordig geen absoluut karakter meer, in die zin dat voorheen een staat in het geheel niet voor een vreemde staat kon worden gedaagd; enkel de hoedanigheid van de gedaagde was van belang. Deze absolute immuniteit is heden ten dage gereduceerd tot een relatieve immuniteit. Dit relatieve karakter van de jurisdictie komt in de eerste plaats hierin tot uitdrukking dat niet langer de loutere hoedanigheid van de staat als gedaagde doorslaggevend is, maar

het onderwerp van de procedure een cruciale rol speelt. Een staat komt géén beroep op immuniteit toe wanneer een staat op voet van gelijkheid rechtsbetrekkingen is aangegaan met particulieren; anders gezegd: zodra een staat als privaatrechtelijk rechtssubject deelneemt aan het rechtsverkeer (de zogenoemde *acta iure gestionis*). De staat kan zich daarentegen nog alleen op zijn immuniteit beroepen wanneer het in de procedure gaat om typische overheidshandelingen, anders gezegd: handelingen die de staat verricht in de uitoefening van zijn overheidstaak (de zogenoemde *acta iure imperii*).”

33. Ook professor Dugard benadrukt deze ontwikkeling in het internationaal recht, en wijst erop dat internationaal recht niet statisch is.
34. Die praktijk, waarin staten zich als privaatrechtelijk rechtssubject niet meer op immuniteit kunnen beroepen, is in gang gezet door één nationale rechtbank ter bescherming van zijn eigen onderdanen en economische belangen. Andere rechters zijn toen gevolgd. Inmiddels is deze praktijk onderdeel van het gewoonterecht. Zo gaan die dingen. Een begint, een nationale rechtbank, andere volgen.
35. In zijn *dissenting opinion* in de *Jurisdictional Immunities* zaak van het Internationaal Gerechtshof, schreef rechter Yusuf:

‘As Lord Denning commented with respect to the exception of *acta iure gestionis*: "Whenever a change is made, someone some time has to make the first move. One country alone may start the process. Others may follow. At first a trickle, then a stream, last a flood." (Quoted in Brohmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, 1997, p. 20, note 85.)’.
36. De wijze waarop de rechtbank gewoonterecht heeft vastgesteld, is dus onjuist.
37. De wederpartij zal zeggen: dit was een *dissenting opinion*, maar ik wijs er wel op dat judge Yusuf van 6 February 2018 – 8 February 2021 president van het International Gerechtshof was.
38. De International Law Commission (ILC) stelde vast in zijn ‘Draft Articles on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction’, artikel 7(1) (2017) dat er geen functionele immuniteit ten aanzien van oorlogsmisdrijven bestaat.

39. De ILC gaf twee hoofdredenen voor het aannemen van dit artikel: (i) een trend die toont dat er geen sprake is van functionele immuniteit voor internationale misdrijven en (ii) het feit dat één van de hoofddoelen van de internationale gemeenschap is het voorkomen van straffeloosheid en het verzekeren van toerekenbaarheid en individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid. Artikel 7 DAISFJ is met een overgrote meerderheid van 21 stemmen voor is aangenomen, waaronder Nederland zelf. [Pm MvA wp r nr 51-e charlotte].

40. De rechtbank maakt hier in een paar zinnen korte metten mee door te oordelen:

“Een trend is geen algemene statenpraktijk. Nu een algemene statenpraktijk ontbreekt en evenmin sprake is van *opinio iuris*, codificeert artikel 7 lid 1 DAISFJ geen regel van internationaal gewoonterecht.”

41. Dit is veel te kort door de bocht zoals ook Professor Cedric Ryngaert zegt in zijn artikel in het NJB. De rechtbank wilde kennelijk consensus zien. De ontwikkelingen binnen het internationaal strafrecht, inclusief een steeds beperktere rol voor immuniteiten, vergen niet zo'n grote basis in statenpraktijk als de rechtbank zou wensen. Interessant is bijvoorbeeld ook dat ook de internationale straftribunalen veel gewoonterecht hebben aangenomen sinds hun bestaan. Met de eisen die de rechtbank stelt hadden ze die ontwikkeling van internationaal strafrecht nooit kunnen aannemen. Een trend binnen het gewoonterecht kan dus wel degelijk voldoende zijn voor het aannemen van een –gewijzigde - regel.

42. Op de methode van de rechtbank tot het vaststellen van het gewoonterecht is nog wel meer aan te merken. Een tunnelvisie gericht op statenpraktijk zonder voldoende gewicht toe te kennen aan de opvattingen van regeringen is onjuist. In dit verband is tekenend dat de rechtbank beweert: ‘De rechtbank dient het internationaal gewoonterecht toe te passen en is daarbij niet gebonden aan de opvatting van de Nederlandse regering.’ Maar zoals de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV) vaststelt, zijn juist voor het vaststellen van die statenpraktijk de opvattingen van regeringen van cruciaal belang. De CAVV zegt hierover:

‘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.’

43. Het Duitse gerechtshof zegt over het belang van de ILC werkzaamheden als maatstaf voor het vaststellen van gewoonterecht:

“Voorts kunnen de werkzaamheden van de Commissie voor Internationaal Recht van de Verenigde Naties een indicatie voor het bestaan van een juridische overtuiging zijn”

44. Wat het Duitse gerechtshof bovendien oordeelt, is dat het standpunt van Duitsland in de ILC er wel degelijk toe doet. Het Duitse gerechtshof onderwierp het Duitse standpunt in de ILC aan een nadere analyse en kwam tot de conclusie dat de kritiek gericht was op de lijst van misdrijven waarbij immuniteit niet zou gelden, en niet op het beginsel van bestraffing van internationale misdrijven. [pm NL Charlotte]

45. Dugard is ook uitermate kritisch over de wijze waarop de rechtbank met de bevindingen van de ILC omgaat:

This assessment [of the District Court, advocaat] fails to take account of several facts. First, that the International Law Commission, whose 34 members include politicians, the present or past law advisers of governments, private legal practitioners and academics drawn from a carefully balanced spread of States representing the principal legal systems of the world and different regions, is ideally qualified to pronounce on customary international law as understood by governments of all regions of the world. Second, that the Commission's decision contained in Article 7 was not a hastily conceived judgment but the result of a decade's debate on immunities. In the first intervention in this debate in 2008, the doyen of the Commission, Professor Alain Pellet, set the tone for the Commission's consideration of this subject when he described the judgment in the *Arrest Warrant case* as “disastrous” and provided evidence of a willingness on the part of the Court “to interfere in the process of elaboration of the law, by supplementing it, shifting its direction or, less felicitously, seeking to prevent or curb current trends.” Subsequent debate was characterised by vigorous exchanges of this kind between proponents and opponents about the limits of immunity in the case of prosecution for international crimes. Third, that the distinction between codification and progressive development in the work of the Commission is generally unclear as there is normally an element of progressive development in the codification of customary

international law. Fourth, that the decision was reached by a substantial majority, 21 to 8. Voting in Commission is rare but is resorted to on controversial issues that challenge the Commission, such as the question of immunity for international crimes. In these circumstances, the District Court of the Hague should have considered the ILC's Article 7 more carefully and seriously as it confirms the present state of both *usus* and *opinio juris* on the subject of immunities. [onderstrepingen toegevoegd] [pm charlotte: punten 1, 2 en 3 in 1 of 2 zinnen per punt samenvatten in NLs]

46. Ik concludeer dat de wijze waarop de rechtbank gewoonterecht heeft vastgesteld onjuist is. Daardoor heeft de rechtbank ontwikkelingen in dit recht met betrekking tot immuniteiten voor internationale misdrijven miskend.

4 Afbakening functionele immuniteit: niet voor internationale misdrijven

47. Terug naar artikel 1 Rv en artikel 13 AB. Uw rechtsmacht wordt beperkt door een uitzondering in het volkenrecht. Die uitzondering is er niet. Toegegeven, er is inderdaad praktijk waarin wordt aangenomen dat immuniteit de rechtsmacht van de nationale rechter beperkt. Maar er is evenzéér praktijk die op het tegendeel wijst. Veel praktijk zelfs. Ik loop in zevenmijlslaarzen door die praktijk heen.

4.1 Neurenberg, Pinochet, en andere internationale en nationaal rechtspraak

48. Op de Neurenberg processen zijn we in eerste aanleg al in gegaan. Individuele aansprakelijkheid voor internationale misdrijven werd toen al erkend. Artikel 6 van het Handvest van de Internationale Militaire Rechtbank bepaalde dat personen die de normschendingen hadden begaan hiervoor individueel aansprakelijk waren. Artikel 7 van het Handvest bepaalde dat immuniteit niet voor ernstige schendingen van internationale rechtsnormen kan worden ingeroepen. Artikel 7 van het Neurenberg Handvest is in latere internationale jurisprudentie aangemerkt als internationaal gewoonterecht.
49. In de *Goering* zaak bepaalde het Tribunaal dat immuniteit staatsambtenaren "onder bepaalde omstandigheden" beschermt, maar dat het niet kan worden toegepast op "handelingen" die als crimineel zijn aangemerkt door het internationaal recht. Hieruit volgt, dat de immuniteit slechts voor beperkte categorieën handelingen aan de kant

wordt geschoven. Hieruit volgt ook bij de beoordeling daarvan de handeling centraal staat.

50. Het Neurenberg Tribunaal heeft overigens nimmer gesuggereerd, dat de aard van het tribunaal van belang was bij de beoordeling van de immuniteit. Voor het Neurenberg tribunaal was de aard van de handeling bepalend om geen immuniteit aan te nemen. Het Neurenberg Tribunaal stelde daarbij nationale en internationale gerechten op één lijn. Door de oprichting van het tribunaal deden staten gezamenlijk, wat ook één staat alleen had kunnen doen volgens het Neurenberg Tribunaal.
51. De ILC, geen enkele nationale rechtbank, noch internationale rechtbank hebben ná Neurenberg ooit gesuggereerd dat het nationale of internationale karakter van de rechtbank bepalend was voor het al dan niet aannemen van immuniteit. Het Joegoslavië tribunaal heeft in de *Blaškić* zaak precies het tegenover gestelde gezegd, namelijk dat met betrekking tot internationale misdrijven geen beroep op immuniteit kan worden gedaan voor zowel nationale als internationale gerechten. Het Joegoslavië tribunaal stelt dat deze regel in ieder geval bestaat sinds de Tweede Wereld oorlog "*if not before*". Ten tijde van of vóór de Tweede Wereldoorlog bestonden er geen internationale tribunalen, dus het Tribunaal heeft zich willen uitlaten over individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid, ongeacht de jurisdictie waarin de vervolging plaatsvindt.
52. Ook het hoogste Duitse gerechtshof oordeelt dat de praktijk van internationale tribunalen relevant is voor het bepalen van een gewoonterechtelijke regel dat ambtenaren van andere landen kunnen worden vervolgd.
53. Het oordeel van de rechtbank Den Haag waarin het een muur optrekt tussen internationale en nationale gerechten kan dan ook niet in stand blijven.
54. De Neurenberg-lijn is later toegepast in de Pinochet zaak (1998-99). Dat is een belangrijke zaak, omdat het is een zaak is voor een nationale rechtbank. Deze zaak heeft in eerste aanleg geen aandacht heeft gekregen.
55. In de Pinochet zaak moest de vraag worden beantwoord, of marteling überhaupt *een official act* van een staatshoofd kan zijn. Met een meerderheid van drie tegen twee besliste de Lords of Appeal dat:

“International law now recognizes that some crimes are without the protection of the former head of state immunity, so that immunity is equally limited as part of domestic law?”.

“It hardly needs saying that torture of its own subjects, or of aliens, would not be regarded by international law as a function of a head of State”.

“The contrary conclusion would make a mockery of international law”.

56. De Pinochet zaak werd opnieuw beoordeeld toen bleek dat een van de rechters banden had met Amnesty International. In Pinochet 3 werd vervolgens met 6 tegen 1 tégen immuniteit gestemd. De bepalingen van de Anti-Folter Verdrag, waarin een wereldwijde universele jurisdictie werd geïntroduceerd, waren onverenigbaar met immuniteit, oordeelden de rechters. Voor Lord Saville was het onmogelijk:

“to see how this immunity can exist consistently with the terms of that convention (convention against torture).”

57. Volgens Lord Millett:

“no rational system of criminal justice can allow an immunity which is coextensive with the offence.”

58. In Pinochet nr 3 zei Lord Philips:

“no established rule of international law requires State immunity *ratione materiae* to be accorded in respect of prosecution for an international crime. International crimes and extra-territorial jurisdiction in relation to them are both new arrivals in the field of public international law. I do not believe that State immunity *ratione materiae* can coexist with them.”

59. In deze zaak werd dus een ontwikkeling in het internationaal recht vastgesteld, namelijk internationale misdrijven, die zich niet verhield met immuniteit.

60. Van belang is ook hoezeer in de Pinochet zaak de handeling centraal stond bij de beoordeling of Pinochet aanspraak maakte op immuniteit. Zelfs de *descending* Lords deden geen poging om de aard van het gedrag te omzeilen bij de discussie.

61. Het punt dat Lord Millet ook maakte in deze zaak is dat, hoewel er meer

internationale tribunalen kwamen, berechting voor nationale gerechten toch de norm zou blijven. Ten tijde van de Pinochet zaak bestonden reeds het ICTY, ICTR en ICC. Maar deze tribunalen konden uit hun rechtsmacht, gericht op een specifiek land, of wegens beperkte capaciteit slechts een beperkt aantal misdrijven vervolgen. Daarmee worden de rechtsmacht bepalingen van internationale verdragen een illusie, zo oordeelden de Lords.

62. Het is inderdaad totaal onrealistisch dat internationale misdrijven alleen door internationale tribunalen kunnen worden berecht. Het Statuut van het Internationaal Strafhof benadrukt ook het belang van nationale berechting. De preambule stelt dat vervolging van internationale misdrijven verzekerd moet worden 'by taking measures at the national level', wat overigens ook sterk impliceert dat senior ambtenaren geen immuniteit dienen te krijgen. De preambule stelt verder:

'that it is the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes.'

63. Het Internationaal Strafhof geeft dus juist ook het belang van nationale berechting aan, een principieel onderscheid tussen nationale en internationale rechtbanken valt hier niet uit af te leiden.
64. De ILC heeft het beginsel van individuele aansprakelijkheid voor internationale misdrijven zoals inmiddels toegepast door tal van internationale en nationale rechtbanken, gecodificeerd. Dit werk heeft veel ondersteuning gekregen maar ook kritiek. Het is om die reden dat Cedric Ryngaert heeft gesteld dat staten noch gehouden zijn functionele immuniteit toe te kennen voor internationale misdrijven noch gehouden zijn functionele immuniteit te weigeren.
65. Het Duitse gerechtshof volgt dezelfde benadering als Ryngaert en oordeelt:

dd) De recente werkzaamheden van de Commissie voor Internationaal Recht van de Verenigde Naties betreffende de strafrechtelijke immuniteit zijn nog niet afgerond (...) Hieruit kan thans in ieder geval geen volkenrechtelijke regel worden afgeleid die ook bij oorlogsmisdrijven functionele immuniteit verleent. Hierdoor wordt derhalve de door uniforme praktijk en overtuiging bewezen algemene regel van het volkenrechtelijke gewoonterecht niet gewijzigd dat in ieder geval strafvervolging van

vreemde lager geplaatste gezagsdragers voor oorlogsmisdrijven of bepaalde andere, de volkerengemeenschap als geheel betreffende delicten door nationale rechtbanken toelaatbaar is. (onderstreping toegevoegd)

66. Het Duitse gerechtshof heeft een uitvoerig onderzoek gedaan naar de praktijk om te beoordelen of een gewoonterechtelijke regel kan worden aangenomen en concludeert:

“b) Er bestaat een algemene staatspraktijk in die zin dat bij de geschetste situatie strafvervolgning door een nationale rechter mogelijk is. Staatsorganen en rechtbanken hebben dikwijls buitenlandse gezagsdragers strafrechtelijk vervolgd en veroordeeld voor oorlogsmisdrijven, volkerenmoord of misdrijven tegen de menselijkheid.”

Aangezien deze beslissingen, die immuniteit afwijzen, groot in aantal en van wezenlijk belang zijn, is het uiteindelijk niet van invloed dat het bewijzen van een praktijk die immuniteit verleent en derhalve doorgaans niet tot een gerechtelijke procedure leidt eventueel moeilijker kan zijn dan het vinden van vonnissen die stellen dat er geen belemmeringen voor strafvervolgning bestaan en tot een veroordeling leiden. Voor het overige zou er zelfs bij een van immuniteit uitgaande praktijk rekening mee gehouden moeten worden dat in individuele gevallen rechterlijke beslissingen tot stand komen die immuniteit bevestigen omdat er geen acht op wordt geslagen of twijfels bestaan over de toepassing. Dergelijke uitspraken zijn echter niet bekend. Integendeel, de nationale jurisdictie wordt zelfs doorgaans als gegeven beschouwd.”

4.2 Zaken voor het Internationaal Gerechtshof

67. Is dit nu allemaal onderuit gehaald in de zaken van het Internationaal Gerechtshof? Nee, zoals ook het Duitse gerechtshof overweegt, heeft het Internationaal Gerechtshof zich in het *Jurisdictional Immunities* zaak tussen Duitsland en Italië alleen uitgelaten over *staatsimmunititeit* in schadevergoedingsprocedures. Het heeft in die zaak “met klem onderstreept zich niet uit te spreken over de vraag of en, zo ja, in hoeverre immuniteit in acht moet worden genomen in een strafprocedure

tegen een gezagsdrager”.

68. In de *Arrest Warrant* zaak ging het ook om een geheel andere zaak in een andere context. In die zaak werd bepaald dat België internationaal recht had geschonden, omdat het een arrestatiebevel tegen de minister van Buitenlandse Zaken van Congo had uitgevaardigd. Hoewel het Internationaal Gerechtshof geen praktijk kon vinden om deze regel op te baseren, stelde het dat het de functie van een minister van Buitenlandse Zaken was om te reizen en met buitenlandse regeringen in contact te treden, daarom moest die regel worden aangenomen.
69. Het ging in deze zaak dus om persoonlijke immuniteit. Het ging om de zittende minister van Buitenlandse zaken. Het ging daarom om ‘full immunity’ waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen handelingen in ‘official capacity’ en handelingen in ‘private capacity’. Maar daar gaat het in deze zaak niet over. In deze zaak gaat het om militairen en over functionele immuniteit.
70. Dugard wijst in zijn opinion op nog andere feiten en omstandigheden die die zaak een heel andere maken dan deze. Het ging in *Arrest Warrant* zaak niet om de vraag naar de rechtsmacht van de Belgische rechter over de minister van Buitenlandse Zaken van Congo. Het ging over de geldigheid van een internationaal arrestatiebevel uitgevaardigd door een Belgische rechter. De zaak betrof dus interstatelijke samenwerking en nadrukkelijk niet de vraag of immuniteit kon worden opgeworpen tegen de rechtsmacht van een Belgische rechtbank.
71. De *opinio iuris* die ten grondslag lag aan de immuniteit in de *Arrest Warrant* zaak, was dus het ongehinderd kunnen reizen om met buitenlandse regeringen te kunnen spreken. Die opvatting bestaat niet ten aanzien van internationale misdrijven begaan door andere staatsambtenaren. Het zou niet alleen juridisch onjuist zijn om die aan te nemen, maar ook moreel onjuist. Als dat wederzijdse belang van ongehinderd handelen wegvalt, valt de rationale achter immuniteit weg.
72. Het Duitse gerechtshof onderstreept ook juist dit punt waar hij over de *Arrest Warrant* zaak zegt:

“Erkend wordt dat bepaalde hooggeplaatste ambtsdragers, zoals staatshoofden, regeringsleiders of ministers van Buitenlandse Zaken immuniteit genieten ten aanzien van de rechtsmacht in strafzaken van

andere staten (zie bijvoorbeeld IGH, uitspraak van 14 februari 2002 - 837 - Congo v. België - I.C.J. Reports 2002, 3 randnummer 51 (...)) In eerste instantie gaat het echter om de zogenaamde persoonlijke immuniteit (immuniteit ratione personae) (...) die - ongeacht de andere voorwaarden en de reikwijdte daarvan - zich in beginsel niet uitstrekt tot lagere gezagsdragers. Zelfs indien aspecten van functionele immuniteit (immuniteit ratione materiae) aan de orde zijn, kunnen uit constellaties die betrekking hebben op staatshoofden, regeringsleiders of ministers van Buitenlandse Zaken (...) geen relevante conclusies worden getrokken over de hier te onderzoeken functionele immuniteit van een militair personeelslid.”

73. We moeten we ons dus steeds opnieuw realiseren dat immuniteit de uitzondering is en niet de regel op bevoegdheid. Juist daarom is het van groot belang om te bepalen wáár en aan wíe de immuniteit precies wordt toegekend. Immuniteit is geen *catch all* begrip waar ieder staatshandelen onder kan worden gebracht.

4.3 Nederlandse praktijk

74. Ik ga naar de gevolgen van de uitspraak van de rechtbank Den Haag in deze zaak voor de Nederlandse strafpraktijk. Die gevolgen zijn namelijk aanzienlijk en niet positief.
75. Er is bij het openbaar ministerie een toenemende roep om meer opsporing te doen naar oorlogsmisdadigers. In een brief van Minister Blok mede namens 16 andere Europese landen vroeg hij aandacht voor de misdrijven begaan door het Assad regime in Syrië. Hij schreef:

“Het is ieders verantwoordelijkheid om straffeloosheid te bestrijden en verantwoording te eisen voor de misdaden die in Syrië zijn gepleegd, ongeacht wie de dader is.

In verschillende van onze landen is reeds vervolging ingesteld en zijn definitieve vonnissen uitgesproken tegen daders. Reeds in 2016 zijn rechtbanken in Zweden begonnen met de vervolging van ernstige misdrijven die in Syrië zijn gepleegd. Vorige maand heeft een rechtbank in

het Duitse Koblenz een historisch eerste vonnis uitgesproken tegen een voormalig lid van de Syrische inlichtingendienst wegens medeplichtigheid aan misdaden tegen de menselijkheid. Ook in Frankrijk loopt een gerechtelijke procedure en onlangs is in Parijs een klacht ingediend wegens de chemische aanvallen van het Syrische regime tegen haar eigen bevolking.”

76. In 2017 moest het OM de strafzaak tegen een vermeende Afghaanse oorlogsmisdadiger seponeren omdat er te weinig bewijs was. In de toelichting bij dat besluit schreef het OM:

“Onwenselijke straffeloosheid

In Afghanistan is het nu ruim 40 jaar oorlog. Omdat daders van oorlogsmisdrijven niet straffeloos mogen blijven, blijft dit conflict de aandacht van het Nederlandse OM houden. Internationale oorlogsmisdrijven mogen niet onbestraft blijven. En Nederland mag geen veilige haven voor oorlogsmisdadigers zijn. Daarom zet het OM zich in voor het bestrijden van die straffeloosheid. De bestrijding is bovendien van belang voor de Afghaanse gemeenschap in Afghanistan en daarbuiten. Straffeloosheid draagt immers bij aan voortdurende conflicten en die is onwenselijk. Daarom zet het TIM alles op alles om oorlogsmisdadigers op te sporen en te vervolgen, al duurt dat soms jaren.”

77. Op 16 juli van dit jaar veroordeelde de rechtbank Den Haag een Syriër. Hij was gevlucht, verbleef hier met asiel en werd herkend. De man werd door de rechtbank Den Haag veroordeeld tot een gevangenisstraf van twintig jaar voor zijn betrokkenheid bij de executie van een gevangene genomen militair van het Syrische leger in 2012, een oorlogsmisdrijf. De man was de commandant van een kleine strijdgroep in de plaats Mohassan in Syrië. In de strafoplegging overwoog de rechtbank mee dat de verdachte bij het uitvoeren van de executie *een leidinggevende rol heeft gehad*. Immunititeit kwam in het geheel niet ter sprake. Ik wijs naar de Duitse uitspraak waar ook werd vastgesteld dat de nationale jurisdictie doorgaans als gegeven wordt beschouwd, zonder dat er wordt ingegaan op immuniteit.

78. Op dit moment loopt ook een zaak tegen voormalig Afghaanse commandant van

een gevangenis in Afghanistan.

79. Er zijn meer zaken en er zullen er meer komen. Tenzij uw Hof al deze verdachten het verweer van immuniteit van rechtsmacht van de Nederlandse rechter voor internationale misdrijven in handen geeft, zoals de rechtbank heeft gedaan. De negatieve consequenties daarvan zijn nauwelijks te overzien. Ik heb het idee dat de rechtbank zich dat niet heeft gerealiseerd.
80. Op de Nederlandse praktijk ben ik in de memorie van grieven en eerdere stukken uitvoerig ingegaan. Ik herhaal slechts hetgeen uw Hof oordeelde in de Bouterse zaak:
- “Het plegen van zeer ernstige strafbare feiten als waarom het hier gaat, kan immers niet tot de officiële taken van een staatshoofd worden gerekend.”
81. Overigens wat het oordeel van uw Hof toen in belangrijke mate gebaseerd op het deskundige oordeel van professor Dugard. Hij is toen door uw Hof uitvoerig in persoon over de kwestie gehoord.
82. Het Duitse gerechtshof wijst in zijn uitspraak ook op de Nederlandse jurisprudentie die strafvervolgning toelaatbaar acht, waaronder het oordeel van uw Hof in de Bouterse zaak en de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak tegen de Afghaanse generaal.
83. Ik voeg daaraan toe de zaak Ami Ayalon. Daar is in eerste aanleg ook naar verwezen, maar zonder toevoeging van de stukken waaruit bleek dat hij geen aanspraak maakte op immuniteit. Nu hebben we dat wel gedaan. Ayalon was ten tijde van de aangifte in 2008 minister in het Israëlische kabinet. Productie 78 bevat Correspondentie van Landelijk Parket d.d. 17 juni 2008 met daarin het advies van het College van procureurs-generaal dat Ami Ayalon géén immuniteit ex. art. 8 Sr en art. 16 WIM geniet. Overigens betrof de aangifte marteling in 1999-2000 begaan door Shin Bet, de Israëlische veiligheidsdienst, waarvan Ayalon van 1996 tot 2000 hoofd was.
84. De Nederlandse praktijk is gebaseerd op artikel 16 van de Wet Internationale Misdrijven, de memorie van toelichting daarbij. Verder is van belang het advies van Commissie van Advies Volkenrechtelijke Vraagstukken uit 2011 dat zich richt op verdere invulling van reikwijdte staatsimmuniteiten en de reacties (twee keer) van

de regering hierop.

85. Uit deze regels en bronnen volgt dat persoonlijke immuniteiten nadrukkelijk beperkt zijn tot categorieën: a. staatshoofden; b. regeringsleiders; c. ministers van buitenlandse zaken; d. buitenlandse functionarissen op officiële missie in Nederland. Niet meer. Het staat vast dat de geïntimeerden niet tot één van deze categorieën behoren.
86. Ik wijs ook op de veelvoud aan volkenrechtelijke bronnen die staten, inclusief Nederland, verplichten tot het beëindigen van straffeloosheid. Die verplichtingen, die in aard en omvang, enorm zijn toegenomen, nopen steeds meer tot een zeer beperkte invulling en reikwijdte van immuniteiten.
87. De rechtbank heeft geen enkel oog gehad voor deze verplichtingen, laat staan de spectaculaire ontwikkelingen van het internationaal strafrecht. Dat is opmerkelijk. De (gewoonterechtelijke en verdrags-) verplichting internationale misdrijven te vervolgen en de (gewoonterechtelijke) reikwijdte van immuniteit zijn natuurlijk communicerende vaten. Ontwikkelingen binnen de één hebben ontegenzeggelijk gevolgen voor de ander.
88. De CAVV geeft in haar advies helder aan, dat gekozen moet worden voor de benadering waarin functionele immuniteit faalt omdat het gaat om internationale misdrijven en dit los staat van eventuele parallelle aansprakelijkheid van de staat:

‘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.’
89. CAVV erkent dat deze benadering nog niet volledig is uitgekristalliseerd in het gewoonterecht, maar dat hoeft volgens de Commissie ook niet omdat a. het internationaal recht op dit punt zo sterk in ontwikkeling is, b. Nederland hiermee een nuttige bijdrage kan leveren aan de vorming van gewoonterecht en c., wellicht het belangrijkste, een andere, meer terughoudende, visie (zoals de rechtbank die toepast) zou resulteren in straffeloosheid in strijd met volkenrechtelijke verplichtingen. Kortom, dit is de gulden middenweg, die past bij het grote belang

van voorkoming van straffeloosheid bij internationale misdrijven.

90. Ik wijs er tot slot op dat voor de vorming van gewoonterecht niet alleen rechterlijke uitspraken er toe doen. Álle staatspraktijk is relevant, dus ook het standpunt van Nederland in de ILC. Het Duitse gerechtshof heeft hierover gezegd;

“Om de staatspraktijk te bepalen, kan uitgegaan worden van de gedragingen van de staatsorganen die verantwoordelijk zijn voor het volkenrechtelijke verkeer volgens internationaal of nationaal recht, doorgaans de regering of het staatshoofd.”

4.4 Zaak Ziada: oorlogsmisdrijven

91. Ik ga op dit punt even nader in op de zaak van Ismail Ziada.
92. Wat opvalt in het vonnis van de rechtbank is, dat ze in het geheel geen aandacht besteed aan de handelingen die hier ter discussie staan, namelijk: het willens en wetens bombarderen van burgerdoelen. Dat zijn oorlogsmisdrijven. Functionele immuniteit geldt voor de handeling, en de aard van de handeling kan dus per definitie niet buiten beschouwing worden gelaten. Uit de Neurenberg zaken maar ook uit de Pinochetzaak wordt duidelijk hoezeer de aard van de handeling van belang is. Ook het hoogste Duitse gerechtshof bepaalde dat “de ten laste gelegde feiten van belang kunnen zijn”.
93. Dat het in deze zaak inderdaad om oorlogsmisdrijven gaat, kan worden aangenomen op grond van recente beslissingen van het Internationaal Strafhof. Op 5 februari 2021 bepaalde de Pre-Trial Chamber van het Internationaal Strafhof dat het bevoegd is rechtsmacht uit te oefenen over de Palestijnse gebieden, waaronder Gaza. Op 3 maart 2021 maakte de aanklager bekend dat het een onderzoek start naar de bombardementen gepleegd door Israël in operatie *Protective Edge* in juli/augustus 2014. Dat is dus de periode waarin het huis van de familie Ziada is gebombardeerd. De ICC aanklager gaf eerder aan dat er een redelijke basis is om aan te nemen dat leden van de Israëliische strijdkrachten (IDF) oorlogsmisdaden hebben gepleegd in het kader van de vijandelijkheden van 2014 in Gaza.
94. Ook tav oorlogsmisdrijven is universele jurisdictie onbetwist. Uit de Verdragen van

Genève blijkt daarnaast dat staten bij *grave breaches* van deze verdragen de verplichting hebben tot vervolging (of uitlevering) van verdachten, ambtsdrager of niet, en dat ook de gerechten van andere staten dan het land van afkomst van de verdachte hiertoe de bevoegdheid hebben. Israël is partij bij deze verdragen sinds 1951.

95. Ook in de Nederlandse Wet Internationale Misdrijven is universele rechtsmacht voor oorlogsmisdrijven aangenomen.
96. In de Pinochet zaak zei Lord Slynn of Hadley dat immuniteit beperkt kon worden als een internationaal verdrag duidelijk rechtsmacht gaf aan staten om het misdrijf te vervolgen en dat het verdrag expliciet of impliciet de immuniteit uitsluit en dat dit verdrag onderdeel is van het nationale recht.
97. In die verdragen en nationale regels die universele jurisdictie geven over de misdrijven ligt dus de afbakening van uw rechtsmacht. Dat zijn duidelijke en toepasbare regels die de immuniteit begrenzen. Het gaat hier niet over het over boord gooien van immuniteit in zijn geheel, maar slechts voor bepaalde handelingen binnen de grenzen van het internationale en nationale recht. Functionele immuniteit aannemen zou in strijd zijn met de letter en geest van deze Geneefse verdragen, aldus de CAVV.

4.5 Posities van de gedaagden en beroep op immuniteit door Israël.

98. Dan naar de posities die geïntimeerden hadden ten tijde van het bombardement van het ouderlijk huis van Ismail Ziada. Gantz en Eshel waren beide militaire bevelvoerders in het IDF (Israeli Defense Forces) en zijn direct verantwoordelijk voor het beleid in 2014 om burgerhuizen te bombarderen.
99. Het gaat in deze zaak dus om twee hoge militairen. In de uitspraak van het Duitse gerechtshof wordt gesproken van een 'subordinate' Afghaanse militair. Gedaagden zullen betogen dat die zaak om die reden anders is. Dat is onjuist.
100. Het internationaal recht kent drie categorieën immuniteit: staatsimmuniteit, persoonlijke immuniteit en functionele immuniteit. Staatsimmuniteit geldt uitsluitend voor de staat. Onder persoonlijke immuniteit vallen alleen staatshoofden,

regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken. De reden is dat zij vrij moeten kunnen reizen. Functionele immuniteit ziet op de overige categorie ambtenaren van een staat. Daarin wordt geen onderscheid gemaakt tussen hogere en lagere posities. Als functionele immuniteit dus niet kan worden aangenomen voor internationale misdrijven, in deze zaak oorlogsmisdrijven, dan geldt dat voor álle overige ambtenaren van een staat.

101. Voor berechting op grond universele (strafrechtelijke of civiele) jurisdictie onderscheid maken tussen hoge en lage militairen is niet alleen onjuist gezien vanuit de immuniteitsleer, het is ook onjuist gezien vanuit de regels van het oorlogsrecht. Oorlogsmisdrijven worden op alle niveaus gepleegd: door de militairen die de bommen laten vallen en door commandanten die hun bevelen geven. Sterker lagere militairen handelen vrijwel altijd in opdracht. Het zou ernstig zijn als wel de lage soldaten worden aangepakt en de militaire bevelhebbers buiten schot blijven. Het zou het systeem van het oorlogsrecht ook doorkruisen waarin *command responsibility* een belangrijke plaats inneemt. Er is dus geen grond in het internationaal recht om de commandanten uit te zonderen van de uitzondering op functionele immuniteit.
102. Dat het in de Duitse uitspraak gaat om een Afghaanse militair van lagere rang doet er dus niet toe. Als u bovendien de uitspraak goed leest dan wordt in die zaak de positie van de Afghaanse militair weliswaar als “lagere gezagsdrager” aangeduid (hij was eerste luitenant van het Afghaanse leger), maar ter ondersteuning van zijn oordeel analyseert de Duitse rechter vervolgens uitsluitend rechtspraak waarin het ging om hogere gezagsdragers.
103. Zo verwijst het Duitse gerechtshof naar “kopstukken van het Naziregime”. In Neurenberg (en overigens ook Tokio) stonden ook juist de hoger geplaatsten terecht. Hoge commandanten dus.
104. Het Duitse gerechtshof verwijst naar Eichmann. Ook Eichman had een hoge functie. Hij was tijdens WOII, luitenant-kolonel binnen de SS (‘SS-Obersturmbahnführer’).
105. Het Duitse gerechtshof verwijst naar een uitspraak van de Zwitserse rechtbank betreffende een voormalige minister van defensie.
106. Uit deze en andere aangehaalde rechtspraak blijkt dat het Duitse gerechtshof met

lagere gezagsdragers doelt op een ieder niet zijnde het staatshoofd, regeringsleider en minister van buitenlandse zaken.

107. Dat blijkt des te meer als het Duitse gerechtshof op pagina 20 spreekt van “bepaalde hooggeplaatste ambtsdragers, zoals staatshoofden, regeringsleiders of ministers van buitenlandse zaken”. Ten aanzien van hen overweegt het Duitse gerechtshof dat “erkend wordt” dat zij “immunitet genieten ten aanzien van rechtsmacht in strafzaken in andere staten”. Hoog zijn dus staatshoofden, regeringsleiders of ministers van buitenlandse zaken. Laag is de rest.
108. Een andere conclusie kan niet worden getrokken uit deze uitspraak en is bovendien in het internationaal recht ook onhoudbaar. Het internationaal recht kent immers maar drie vormen van immunitet: van de staat, van de troika en overige gezagsdragers, lager dus. Terzijde wijs ik er nog op dat ook Pinochet, Bouterse en de Afghaanse generaal (de laatste is in Nederland veroordeeld) allemaal hoge functies hadden.
109. Dat Israël in deze zaak een expliciet beroep heeft gedaan op immunitet doet niet ter zake. Daaruit kan niet worden afgeleid dat deze zaak daarin verschilt van andere zaken waar immunitet impliciet of expliciet is verworpen. Rechters en OM zijn zich zeer bewust van de immunitetsregel. Rechters moeten hun rechtsmacht ambtshalve onderzoeken, het zijn regels van openbare orde. Ze doen dan impliciet of expliciet.
110. Ook het hoogste Duitse gerechtshof onderzocht zijn rechtsmacht ambtshalve in de zaak tegen de Afghaanse verdachte. De verdachte deed zelf geen beroep op immunitet. Ook Afghanistan deed dat niet, wat overigens niet verbaast. Het land kon zichzelf ook toen nauwelijks overeind houden. Hetzelfde gold voor Libië toen de civiele zaak El Hajouj diende voor de rechtbank Den Haag. Ook in die zaak onderzocht de rechtbank ambtshalve mogelijke immunitet. Ik kom later terug op deze zaak.
111. Het is alleen Israël die natuurlijk als een havik er boven op zit als zijn militairen elders worden aangeklaagd. Dat is zijn goed recht, maar daaruit kan niet de conclusie worden getrokken dat in al die andere zaken immunitet geen rol speelde. Impliciet is het beoordeeld en verworpen. Het Duitse gerechtshof heeft dat goed gezien. Overigens is het ook al door Nederland ten aanzien een Israëlische minister

beoordeeld, en verworpen, Ayalon.

4.6 Tussenconclusie

112. Terug naar de hoofdvraag: bestaat er in het volkenrecht een duidelijke regel die uw Hof verplicht uw rechtsmacht te beperken?
113. Uit de jurisprudentie en andere praktijk die ik heb geschetst mag wel duidelijk worden dat een dergelijke regel in ieder geval ten aanzien van strafrechtelijke rechtsmacht over buitenlandse ambtsdragers voor internationale misdrijven niet bestaat. Er is praktijk die immuniteit aanneemt maar er is evenzoveel, zo niet meer praktijk die rechtsmacht bij internationale misdrijven zonder twijfel erkent.
114. Het Duitse gerechtshof concludeerde na een uitvoerig onderzoek van internationale en nationale rechtspraak:

“Aangezien om de hierboven uiteengezette redenen vaststaat dat er in de gegeven omstandigheden geen op het internationaal gewoonterecht gebaseerde procedurele belemmering in de vorm van functionele immuniteit bestaat, (...)

“Tegen deze algemene achtergrond zijn geïsoleerde stemmen in de volkenrechtelijke literatuur, die een functionele immuniteit ook in het geval van de nationale vervolging van oorlogsmisdrijven aanwezig achten, daarom niet voldoende om twijfels te rechtvaardigen die tot verwijzing naar het Bundesverfassungsgericht leiden.

5 Geen immuniteit in het civiel recht

115. Ik ga naar civiele rechtsmacht over internationale misdrijven. Ook daarvoor geldt dat er een gewoonterechtelijke regel moet worden vastgesteld die uw rechtsmacht beperkt. Alleen bij een duidelijke regel, die er zonder twijfel is, mag u uw rechtsmacht beperken. Zoals ik zei. het bestaan van een evidente beperking van uw rechtsmacht is noodzakelijk nu bij het niet aannemen van rechtsmacht de rechtzoekende in deze zaak iedere toegang tot het recht wordt ontzegd.

116. Ook in het civiele recht is er geen regel die immuniteit van jurisdictie voorschrijft. Er is weinig praktijk. De zaak Jones biedt onvoldoende basis om een dergelijke regel aan te nemen omdat die zaak ging over een schending van artikel 6 EVRM. Daarnaast wordt uit die zaak duidelijk dat de omstandigheden van het geval bepalend zijn. Tenslotte moet ons nationale recht ook leiden tot de conclusie dat het aannemen immuniteit voor internationale misdrijven ook in civiele procedures niet gerechtvaardigd is. De samenhang tussen straf- en civiele procedures, het feit dat immuniteit een algemeen leerstuk is dat procedures overstijgt, en het centraal staan van de handeling bij immuniteit, moet ertoe leiden dat er in straf- en civiele procedures niet twee tegenovergestelde conclusies worden getrokken.
117. Ik bespreek deze laatste punten. Dan bespreek ik nog eens kort de zaak Jones. Vervolgens ga ik in op de proportionaliteitsvraag in deze specifieke zaak, namelijk het gevolg van immuniteit op toegang tot de rechter voor Ismail Ziada.

5.1 Samenhang rechtsmacht in het civiele en strafrecht in het Nederlandse recht

118. De rechtbank heeft niet uitgesloten dat ontwikkelingen in het internationaal gewoonterecht met betrekking tot immuniteit van jurisdictie in strafzaken voor nationale gerechten van belang kunnen zijn en invloed kunnen uitoefenen op het internationaal gewoonterecht met betrekking tot dit punt in civiele procedures voor nationale gerechten.
119. Dit is begrijpelijk nu de reden voor het niet toekennen van immuniteit door de rechter gelegen is in de aard van de handelingen waarvan een verdenking bestaat, namelijk internationale misdrijven.
120. De rechtbank heeft onderkend dat dit ook de benadering is van het Europese Hof van de Rechten van de Mens. Ook het Europese Hof haalt in de zaak Jones ontwikkelingen in het strafrecht aan ter onderbouwing van de verwachting over ontwikkelingen van functionele immuniteit in civiele procedures.
11. De rechtbank wijst ook naar de ILC dat erkent dat er geen relevant onderscheid tussen strafrechtelijke en civiele rechtsmacht kan worden gemaakt. Gezien de overeenkomsten tussen beide rechtsgebieden citeert de ILC zelf civiele zaken ter

staving van het ontbreken van immuniteit in strafzaken.

121. Dugard wijst erop dat de ILC, in het kader van het ontwerp van het definitieve concept van het 'VN Verdrag inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen' (2004), het vraagstuk van immuniteit van civiele vorderingen die internationale misdrijven betreffen, beoordeelde. De ILC wees op de uitspraak van de House of Lords in de Pinochet zaak, omdat die het standpunt ondersteunde dat overheidsambtenaren zich niet op immuniteit kunnen beroepen voor folteringen die op hun eigen grondgebied zijn begaan, zowel in civiele- als in strafzaken.

*"The International Law Commission considered the subject of immunity from civil claims arising out of international crimes in 1999 when it reviewed the final draft of the articles which became the Convention on Jurisdictional Immunities for States and their Property of 2004. Although this matter was not included in the draft articles, the Commission took the view that it was a subject that should be drawn to the attention of the Sixth Committee of the General Assembly (the Assembly's Legal Committee). A Working Group of the Commission briefly examined recent developments in this field, particularly the decision of the House of Lords in the *Pinochet case*, which it found had "generated support for the view that State officials should not be entitled to plead immunity for acts of torture for acts committed in their own territories in both civil and criminal actions." According to the Commission, this was a development "which should not be ignored."

12. De Nederlandse Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV) heeft in haar 'Advies inzake de immuniteit van buitenlandse ambtsdragers' (2011) aan de Minister bepaald:

"Beëindiging van de volledige strafrechtelijke immuniteit (zoals bij het vervallen van het ambt) betekent beëindiging van de volledige civielrechtelijke immuniteit."

13. In het nationale recht wordt het onderscheid tussen civiel en strafrecht vervaagd door de mogelijkheid die Nederland (en vele andere rechtssystemen) bieden aan slachtoffers om zich in het strafproces te voegen en een vordering tot schadevergoeding in te stellen ('action civile'). Dit betekent vrijwel automatisch dat wanneer de Nederlands *strafrechter* rechtsmacht heeft, deze óók mag oordelen over

een mogelijke civiele vordering tot schadevergoeding die voortvloeit uit het strafbare feit.

14. Michael Wood heeft betoogd dat de nationale vervolgingsautoriteiten van de forumstaat in strafrechtelijke procedures acht slaan op de mogelijke gevolgen van een strafvervolging voor de internationale betrekkingen tussen Staten. Vervolgingsautoriteiten zouden een procedure om die reden kunnen beëindigen, terwijl een civiele procespartij zich niet bekommert om de gevolgen van haar optreden voor de internationale betrekkingen tussen Staten en er zelfs op uit kan zijn om deze betrekkingen te verstoren.
15. Deze verklaring is niet gebaseerd op de overtuiging dat overheidsambtenaren, of het nu officieren van justitie of adviseurs van het Ministerie van Buitenlandse Zaken betreffen, zich waarschijnlijk zullen gedragen op een eerlijke en rationele wijze die de belangen van de gehele internationale gemeenschap behartigt, maar eerder op de overtuiging dat hun beslissing de politieke belangen zal bevorderen van de regering die zij dienen. Dit is duidelijk geen geldige reden om een strafrechtelijke vervolging toe te staan of civiele acties te weigeren. Er is juist behoefte aan civiele acties in de situatie waarin nationale autoriteiten het nalaten om universele strafrechtelijke bevoegdheid uit te oefenen om politieke redenen. Civiele acties zorgen er in dergelijke situaties voor dat verantwoording wordt afgelegd en straffeloosheid niet voorkomt.
16. Er is dus geen fundamentele reden om immuniteit niet in strafzaken aan te nemen en wel in civiele zaken. De eenheid die ieder rechtsstelsel behoort na te streven dwingt ertoe dezelfde regels voor beide gebieden te laten gelden als er geen overtuigende argumenten zijn voor een verschillende regeling. Het privaatrecht geldt als het 'gemene recht' waaraan het publiekrecht derogeert. Het privaatrecht dient als vangnet. Over de rechtsgebieden heen moet eenheid worden gerealiseerd door te streven naar een zo identiek mogelijke toepassing van beginselen.
17. Immuniteit is een algemeen leerstuk dat afkomstig is uit het internationaal recht. Het internationaal recht rechtvaardigt het onderscheid tussen straf- en civiel recht niet. Dat blijkt in ieder geval niet uit de zaak Jones.

5.2 Zaak Jones biedt geen juridische basis voor uitzondering op civiele rechtsmacht

122. In Jones bepaalde het Europese Hof dat het er genoegzaam van was overtuigd dat het verlenen van immuniteit door het Verenigd Koninkrijk in *this particular case* de stand van internationaal publiekrecht voldoende weerspiegelde, maar het gaf tegelijkertijd aan dat de ontwikkelingen op dit gebied in de gaten moeten worden gehouden.
123. Bovendien van groot belang is dat het Europese Hof niet bepaalde dat de immuniteit van Saoedische staatsambtenaren in het gewoonterecht een procedure in de weg staat. Het oordeelde slechts dat het Verenigd Koninkrijk artikel 6 niet had geschonden door de toepassing van zijn eigen wetgeving op dit gebied.
124. Jones laat heel duidelijk aan Europese staten zelf de beslissing om wel of geen immuniteit te geven. Immuniteit is dus geen obstakel dat onoverkomelijk is. Functionele immuniteit van staatsdienaren is niet absoluut. Dat er ontwikkeling op dit gebied is, is duidelijk en benadrukt ook Dugard. Er is zonder twijfel een praktijk waarbij meer gewicht wordt toegekend aan de ernst van de misdrijven ten koste van de immuniteit.
125. Het Duitse gerechtshof is ook in gegaan op de zaak Jones. Hij stelt vast dat er een onderscheid is tussen straf- en civiele rechtsmacht. Maar wat de Duitse rechter *niet* doet is civiele rechtsmacht in dit soort zaken uitsluiten. Eerst stelt hij vast dat het in de *Al Adsani* zaak (de voorloper van Jones) ging om staatsimmunititeit. Daarnaast wijst de rechter erop onder verwijzing naar Jones dat de zaak: [pm charlotte check citaat]

“verder zou moeten worden bekeken in het licht van de huidige ontwikkelingen in het internationaal recht (EHRM, uitspraak van 14 januari 2014 - 34356/06 e.a. - Jones e.a./Verenigd Koninkrijk - EHRM 2014-1, 1, randnummer 215; zie hierover Kloth, AVR 52 [2014], 256, 278).”

126. Ook het Duitse gerechtshof benadrukt dus de overweging van het EHRM dat verdere ontwikkelingen moeten worden bekeken en doet de deur niet dicht.
127. Dat het recht zich ontwikkelt, blijkt uit een recente zaak gewezen door de Koreaanse rechter. In deze civiele zaak van 8 januari 2021 oordeelde het Seoul

Central District Court dat Japan geen immuniteit van civiele rechtsmacht toekomt. Eisers in deze zaak behoorden tot de zogenaamde 'comfort women' die tijdens de Japanse bezetting van Korea (tijdens de Tweede Wereldoorlog) door Japanse soldaten werden gebruikt als seksslaven. De rechtbank oordeelde dat dit misdaden tegen de menselijkheid waren. Het Seoul Central District Court oordeelde vervolgens dat het constitutionele recht op toegang tot de rechter essentieel is en dat dit recht in dit geval niet beperkt mocht worden door regels van staatsimmunititeit. Bovendien was de claim van de eisers voldoende verbonden met Korea (de eisers waren Koreaanse burgers en de misdaden vonden plaats in Korea).

128. De zaak is op dit moment alleen in Koreaans beschikbaar. Een Google Translate geeft volgens betrokken wetenschappers een goede vertaling. We kunnen die of een officiële vertaling van de zaak bij uw Hof aanleveren indien u dat wenst.
129. De Koreaanse rechter volgde hierbij de uitspraak van het Italiaanse Constitutional Court van 22 oktober 2014. [pm charlotte check klopt dit?]
130. In de Verenigde Staten biedt de Torture Victim Protection Act (TVPA) een civiel rechtsmiddel om internationaal strafrecht af te dwingen. De TVPA is een Amerikaanse wet die voorziet in de mogelijkheid om civiele vorderingen in te stellen tegen personen die zich schuldig hebben gemaakt of medeplichtig zijn aan foltering en/of buitengerechtelijke executies. Op grond van deze wet kunnen buitenlandse eisers vorderingen instellen tegen buitenlandse gedaagden voor handelingen die buiten de Verenigde Staten hebben plaatsgevonden. Vorderingen kunnen alleen worden ingesteld tegen personen die hebben gehandeld onder het feitelijke of kennelijke gezag van een buitenlandse staat [OF] Aansprakelijkheid wordt gebaseerd op het gedrag van een buitenlandse ambtenaar dat heeft plaatsgevonden in een officiële hoedanigheid.
131. Tenslotte kom ik terug op de zaak El Hajouj tegen Libische staatsambtenaren. De stukken zijn ingediend als **productie 79 A-D**. De dagvaarding tegen Ghadafi kon niet worden betekend zo oordeelde het Ministerie van veiligheid en Justitie. Op 28 maart 2011 kreeg de deurwaarder een aanzegging ex. art. 3a lid 2 van de Gerechtsdeurwaarderswet van de minister van Veiligheid en Justitie inhoudende dat de dagvaarding, voor zo ver betrekking hebbende op kolonel Khadafi, strijdig was met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Nederlandse Staat en uitvoering

daarvan, voor zover betrekking hebbende op kolonel Khadafi, moest worden geweigerd.

132. De zaak tegen de andere 12 Libische ambtenaren kon wel doorgaan. De rechtbank Den Haag stelde vervolgens ook ten aanzien van deze 12 Libische ambtenaren opnieuw de vraag van immuniteit. U maakte overigens deel uit van deze rechtbank. Op 14 december 2011 deed de rechtbank mondeling uitspraak waarbij eiser wordt verzocht zich uit te laten over de immuniteit van de overgebleven twaalf staatsambtenaren. De rechtbank wees vervolgens immuniteit af en wees de vordering toe.

133. Dugard schrijft dat het recht op dit punt niet is uitgekristalliseerd. Hij citeert in dit verband niet de eerste de beste, James Crawford. Crawford schrijft:

“But the authorities are divided. The US courts have endorsed a *jus cogens* exception in civil proceedings against former officials, the Italian courts are disregarding the holding of the International Court in *Jurisdictional Immunities of the State*, and the ILC has voted to exempt certain international crimes from the jurisdictional immunity of state officials before national courts. For the time being at least, consensus on these issues is not in sight.

134. Judge Yusuf van het Internationaal Gerechtshof schreef in zijn dissenting opinion in *Jurisdictional Immunities of the State*, wat een civiele zaak was:

“State immunity is, as a matter of fact, as full of holes as Swiss cheese. Thus to the extent that customary norms of international law are to be found in the practice and *opinio juris* of States, such practice clearly attests to the fact that the scope and extent of State immunity, particularly in the area of the violation of human rights and humanitarian law, which is currently characterized by conflicting decisions of national courts in its interpretation and application, remains an uncertain and unsettled area of international custom, whose contours are ill-defined.

135. Ook ten aanzien van civiele rechtsmacht geldt dus: er is praktijk tegen en er is praktijk voor. Het is dus aan u om dit te beoordelen. Er is geen regel die u verbiedt rechtsmacht uit te oefenen.

136. Er zijn daarnaast fundamentele argumenten om wel rechtsmacht over internationale misdrijven ook in civiele zaken aan te nemen. Dat is niet alleen dat een onderscheid tussen straf- en civiel recht kunstmatig zou zijn. Maar ook dat Ziada anders geen toegang tot de rechter heeft. De bijzondere omstandigheden van dit geval moeten zwaar wegen. Daar kom ik nu op.

5.3 Toegang tot de rechter

137. Immuniteit gaat uit van exclusieve jurisdictie van het land dat de immuniteit inroept. Israël in dit geval. Feit is evenwel dat Israël die jurisdictie niet biedt, ten aanzien van inwoners van Gaza.

138. We hebben in eerste aanleg uitvoerig aandacht besteed aan de samenhang tussen immuniteit en het geheel ontbreken van toegang tot het recht in deze zaak. Bij Conclusie van Antwoord in het incident, en bij pleidooi.

139. De rechtbank heeft hierover overwogen dat de enige proportionaliteitstoets die zij dient aan te leggen, is of functionele immuniteit in overeenstemming met het internationaal gewoonterecht is. Dit is onjuist.

140. In een recente uitspraak van 2016 stelt het Europees Hof dat immuniteiten als zodanig geen schending zijn van artikel 6 EVRM. Het Hof overweegt vervolgens echter tevens:

‘It would not be consistent with the rule of law in a democratic society or with the basic principle underlying Article 6 § 1 – namely that civil claims must be capable of being submitted to a judge for adjudication – if a State could, without restraint or control by the Convention enforcement bodies, remove from the jurisdiction of the courts a whole range of civil claims or confer immunities from civil liability on categories of persons [...].’

141. Het Hof trekt hieruit vervolgens de conclusie dat:

‘in cases where the application of the principle of State immunity from jurisdiction restricts the exercise of the right of access to a court, the Court must ascertain whether the circumstances of the case justify such

restriction.'

142. Hieruit blijkt dus dat het niet rechtmatig is als een staat civiele vorderingen buiten de rechtsmacht van haar rechtbanken plaatst op grond van immuniteit zonder dat toegang tot de rechter wordt beoordeeld. Er moet dus gekeken worden of de omstandigheden van de zaak een dergelijke beperking rechtvaardigen.
143. De rechtbank kon in deze zaak dus niet volstaan met de overweging dat functionele immuniteit in overeenstemming is met internationaal gewoonterecht en daarom voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste,
144. Deze overweging van het Europese Hof staat in meerdere EVRM zaken, en is ook opgenomen in de ECHR Guide to Article 6 (civil limb):

para. 123: 'In cases where the application of the principle of State immunity from jurisdiction restricts the exercise of the right of access to a court, it must be ascertained whether the circumstances of the case justify such restriction. The restriction must pursue a legitimate aim and be proportionate to that aim (Sabeh El Leil v. France [GC], §§ 51-54; Cudak v. Lithuania [GC], § 59). [...] As to whether the measure taken is proportionate, it may in some cases impair the very essence of the individual's right of access to a court (Cudak v. Lithuania [GC], § 74; Sabeh El Leil v. France [GC], § 49; Naku v. Lithuania and Sweden, § 95) [...].'

145. De Guide to Art. 6 bepaalt vervolgens:

Para. 128: Limits to immunity: it would not be consistent with the rule of law in a democratic society or with the basic principle underlying Article 6 § 1 – namely that civil claims must be capable of being submitted to a judge for adjudication – if a State could, without restraint or control by the Convention enforcement bodies, remove from the jurisdiction of the courts a whole range of civil claims or confer immunities from civil liability on large groups or categories of persons (McElhinney v. Ireland [GC], §§ 23-26; Sabeh El Leil v. France [GC], § 50).

146. Dezelfde overweging staat in Jones.

147. Hier komen we bij de kern. Mensen uit Gaza zijn door Israël in geheel verstoken van

enige toegang tot het recht. Israël heeft aansprakelijkheid uitgesloten jegens Palestijnen afkomstig uit de Gazastrook met de introductie van het concept van 'enemy subject' en 'enemy territory'. Onder artikel 5B van de Israëliische Civil Wrongs (Liability of the State) Law is aansprakelijkheid op welke grond dan ook uitgesloten voor een vordering ingesteld door een Palestijn uit de Gazastrook. Dit artikel bepaalt dat iedere aansprakelijkheid van Israël is uitgesloten ten opzichte van burgers en bewoners van een Staat die door Israël wordt aangemerkt als 'enemy territory' en dus als 'vijandelijk'. De Gazastrook is door Israël aangemerkt als 'enemy territory'. Het discriminatoire karakter van deze bepaling is evident, nu het specifiek aansprakelijkheid uitsluit ten opzichte van een bepaalde bevolkingsgroep, te weten Palestijnen uit de Gazastrook, waartoe ook eiser behoort.

148. Onder Israëliisch recht is bovendien aansprakelijkheid van de staat voor schade veroorzaakt door een gevechtshandeling, een zogenoemde 'act of war' uitgesloten. Nu het onrechtmatige bombardement op de familie en het woonhuis van Ziada een gevechtshandeling was, is aansprakelijkheid voor de schade zoals Ziada die heeft geleden uitgesloten.
149. Nu deze feiten iedere toegang tot de rechter voor schade veroorzaakt door Israël in Gaza geheel blokkeert, zal ik de vele andere obstakels die daarnaast bestaan voor Palestijnen die effectieve toegang tot de rechter in Israël blokkeren, onbesproken laten. Ziada verwijst uw Hof voor nadere onderbouwing van het voorgaande naar de hoofdstukken 3-6 van de conclusie van antwoord in het bevoegdheidsincident in eerste aanleg.
150. Voor de zitting in eerste aanleg was onze deskundige over dit onderwerp (geen toegang voor Palestijnen tot Israëliische rechtbanken) uit Israël overgekomen naar Den Haag. Hij heeft tal van zaken voor Palestijnen uit Gaza behandeld. Hij is ermee gestopt omdat de deur juridisch en feitelijk gesloten is. De rechtbank had geen enkele vraag aan hem. De rechteloosheid van Palestijnen deed er niet toe. De zaak kon worden afgedaan op immuniteit.
151. In overweging 4.59 oordeelt de rechtbank:

'Anders dan bij immuniteit van jurisdictie van internationale organisaties speelt de beschikbaarheid van een alternatief forum geen rol bij toetsing van staatsimmuniteit en immuniteit van de VN. Dat geldt ook voor van

staatsimmuniteit afgeleide functionele immuniteit van jurisdictie. Het geschil daarover kan dus onbesproken blijven.’

152. Dit is onjuist. De beschikbaarheid van een alternatief forum speelt namelijk wel degelijk een rol bij toetsing van staatsimmuniteit. Het toekennen van immuniteit moet namelijk proportioneel zijn. Het wel of niet beschikbaar zijn van een alternatief forum is daarbij van belang. Wanneer er geen alternatief forum is (zoals bij Ziada het geval is), zal het toekennen van immuniteit eerder disproportioneel zijn. Dit is in tal van EHRM zaken beslist. Uit die uitspraken blijkt niet dat het vraagstuk van toegang tot de rechter alleen speelt bij internationale organisaties.
153. Deze zaak is uniek in de zin dat er werkelijk geen andere toegang tot het recht is dan bij de Nederlandse rechter. Voor de bescherming van zijn rechten is Ziada geheel afhankelijk van u. Er is geen andere rechter tot wie hij zich kan wenden. Nederland heeft uitdrukkelijk voorzien in toegang tot het recht in deze situaties. U kunt uw bevoegdheid dus niet licht aan de kant zetten.
154. Artikel 9 Rv geeft uitvoering aan artikel 6 van het EVRM. Uit de Guide to article 6 blijkt dat de *appropriateness of granting immunity* afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.
155. Artikel 6 EVRM is niet van toepassing op Israël, maar wel op Nederland. Ziada heeft de Nederlandse nationaliteit en heeft als enige ontsnapping op deze collectieve uitsluiting van Palestijnen van toegang tot de rechter, de Nederlandse rechter. Het ligt dus in de rede dat u de Nederlandse plichten onder art 6 EVRM naleeft om de ontrecting van de Palestijnen in Gaza teniet te doen. U ontkomt er om die reden mijns inziens niet aan toegang tot de rechter voor Ziada te onderzoeken. Artikel 6 evrm verplicht u daartoe. Uit de Guide to article 6 blijkt dat er een onweerlegbare samenhang is.
156. Naast artikel 6 EVRM zijn er andere documenten die het belang van rechtsherstel onderstrepen. Op 16 december 2005 nam de Algemene Vergadering van de VN de beginselen aan die het recht op een rechtsmiddel voor slachtoffers van ernstige schendingen van het oorlogsrecht en mensenrechten erkennen. Artikel 11 van deze beginselen bepaalt:

11. Remedies for gross violations of international human rights law and

serious violations of international humanitarian law include the victim's right to the following as provided for under international law:

- (a) Equal and effective access to justice;
- (b) Adequate, effective and prompt reparation for harm suffered;
- (c) Access to relevant information concerning violations and reparation mechanisms.

157. Artikel 12 bepaalt:

12. A victim of a gross violation of international human rights law or of a serious violation of international humanitarian law shall have equal access to an effective judicial remedy as provided for under international law.

158. Judge Yusuf geeft in zijn *dissenting opinion* bij de *Jurisdictional Immunities* zaak aan dat deze beginselen de ontwikkeling van het internationaal recht laten zien, waarbij de individu een belangrijkere positie is gaan innemen. Een ontwikkeling waarin niet alleen staten dit rechtsgebied meer domineren. Het recht op een rechtsmiddel is inmiddels onderdeel van het internationaal gewoonterecht stelt hij. Ook Dugard stelt dit in zijn expert opinion.

159. Het Instituut voor Internationaal Recht heeft twee resoluties aangenomen die bevestigen dat immuniteit niet kan worden ingeroepen om bescherming te bieden aan personen die ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht hebben begaan, voor vorderingen tot genoegdoening. Het Instituut, met zo'n 150 leden, die uit alle hoeken van de wereld komen en gekozen zijn door hun collega's, wordt al vele jaren gezien als een gezaghebbende autoriteit op het gebied van de ontwikkeling van het internationaal recht.

160. Het Instituut besloot in 2009 in Artikel II(2) van haar Napels resolutie over de immuniteit van jurisdictie van de staat en van personen die namens de staat optreden, in gevallen van internationale misdrijven dat "Immunities should not constitute an obstacle to the appropriate reparation to which victims of [international] crimes...are entitled."

161. In 2015 verklaarde het Instituut in haar Tallinn resolutie over universele civiele

jurisdictie met betrekking tot genoegdoening voor internationale misdrijven:

“Victims of international crimes have a right to appropriate and effective reparation from persons liable for the injury; they have a right to an effective access to justice to claim reparation.”

“The immunity of States should not deprive victims of their right to Reparation.”

162. De praktijk over toegang tot de rechter is dus bepaald niet gevarieerd. Er is zowel praktijk als een stevige *opinio iuris* dat schending van rechten tot toegang tot de rechter moet leiden.

6 Conclusie

163. Opnieuw terug naar de hoofdvraag: bestaat er in het volkenrecht een duidelijke regel die uw Hof verplicht uw rechtsmacht te beperken? Alleen bij een duidelijke regel mag u uw rechtsmacht beperken. Bij gebreke daaraan geldt de hoofdregel, namelijk dat de rechtszoekende recht heeft op toegang tot de rechter.

164. Uit de jurisprudentie en andere praktijk die ik heb geschetst kan geen regel worden gedestilleerd, die u verbiedt rechtsmacht aan te nemen in straf en ook niet in civiele zaken die gaan over internationale misdrijven.

165. Dugard wijst in zijn opinion op de uitspraken van Lord Denning MR, die één van de belangrijkste Britse rechters van de vorige eeuw was. In de zaak *Trendtex Trading Corporation v Central Bank of Nigeria* verliet [the Court, pm Charlotte which court] de absolute benadering van immuniteit voor commerciële transacties en nam een beperktere benadering van immuniteit aan. Lord Denning wijst erop dat “the notion of consensus” bij een regel als staatsimmuniteit “a fiction” is.

“The nations are not in the least agreed upon the doctrine of sovereign immunity. The courts of every country differ in their application of it.” “There is no consensus whatever.”

166. Dit betekent volgens Lord Denning niet dat er geen regel is. Het betekent alleen dat we van mening verschillen over wat de regel is. Ieder land begrenst voor zichzelf

het concept immuniteit. Ieder land accepteert zijn eigen uitzonderingen. Bij het bepalen van de norm moeten landen zich laten leiden door jurisprudentie en praktijk van andere landen. Maar het belangrijkste is dat ze zich bij het bepalen van de norm laten leiden door rechtvaardigheid, door 'justice' en niet een norm vaststellen die in strijd is met de rechtvaardigheid.

167. Lord Denning vervolgde dat er vacuüm in het internationaal recht mag zijn ontstaan, omdat landen zijn gaan afwijken van de hoofdregel en dat er geen nieuwe regel is gekomen om dat gat te vullen, een regel waar alle landen het mee eens zijn. Maar het zou volgens hem zeer onbevredigend zijn als het VK vervolgens geen vinger zou uitsteken om het helpen bij het vullen van dat gat met een norm die rechtvaardig is:

“It is part of Mr Bingham’s case that a vacuum may have been created in the law of nations by the dissent of many from the old rule, but that the vacuum has not been filled by any agreed new rule. Even if the law of nations does not abhor a vacuum, it is entirely unsatisfactory that the courts of this country should not lift a finger to help fill it by a new rule which is ‘consonant with justice.’ In my judgment the new rule is consonant with justice.”

168. Minst genomen is er twijfel over het bestaan van “een uitzondering in het volkenrecht erkend”. Die twijfel geeft u ruimte om rechtsmacht aan te nemen. Sterker die twijfel verplicht u om rechtsmacht aan te nemen. Zou u dat niet doen dan zou u uw bevoegdheden en daarmee ook uw plicht om recht te spreken onterecht begrenzen.
169. Dat betekent dat we toekomen aan de vraag of uw rechtsmacht gebaseerd kan worden op art 9 Rv.
170. Tot slot het volgende: wat Israël doet in Gaza tart het internationale rechtssysteem. Het maakt een farce van dat systeem. U kunt denken, het kost ons niets om immuniteit toe te kennen. Dit is ver van ons bed. Het gaat slechts om Ziada. Goed de woning van de moeder van een Nederlands onderdaan met inwonenden wordt platgebombardeerd, maar het is slechts deze ene zaak die nu voorligt.
171. Maar het kost ons wel iets. Het kost ons een rechtssysteem met waarden. Door dat

op te offeren, betalen uiteindelijk wij ook zelf de prijs. Aan dat handelen heeft het internationale recht wel degelijk grenzen gesteld en ook het Nederlandse nationale recht heeft daaraan grenzen gesteld. Door deze grenzen systematisch niet te handhaven, ondergraven we het systeem.

172. Dit alles betekent niet dat steeds wanneer een individu aanspraak maakt op schadevergoeding voor schending van mensenrechten, de immuniteit opzij moet worden gezet. Waar het om draait is dat er in deze zaak sprake is van internationale misdrijven die zelfs het Internationaal Strafhof nu onderzoekt en dat er *een* vorm van rechtsherstel moet zijn. Israël, Gaza en Ziada zijn een extreem geval. Israël pleegt doorlopend internationale misdrijven en heeft de inwoners van Gaza systematisch uitgesloten van zijn rechtssysteem. Ziada heeft de Nederlandse nationaliteit.
173. We erkennen dat het van belang is om geen onbegrensde rechtsmacht aan te nemen en dat doet u ook niet als u in deze zaak rechtsmacht aanneemt. Art 9 RV vereist een relatie met Nederland. Die relatie is er, dat is aan apart debat dat vandaag niet aan de orde is. Van belang is om vast te stellen dat Nederland, indien u rechtsmacht aanneemt, zich niet met alle bombardementen en andere misdrijven begaan door Israël gaat bezighouden. Nederland heeft hier een eigen belang omdat Ziada Nederlands is, hier al heel lang woont en 3 kinderen heeft in Nederland. Dat is de connectie met Nederland. Door uw bevoegdheid tot juist dit soort gevallen te beperken, neemt u geen onredelijk grote bevoegdheid aan. Een bevoegdheid die overigens met reden in de Nederlandse wet is opgenomen.
174. De belofte van immuniteit aan een ander land, aan Israël, is niet zonder grenzen. Immuniteit bestaat in wederzijds belang en in de uitwisseling van diensten noodzakelijk voor een goede verstandhouding. Om die reden ging het in de Arrest Warrant zaak om het vrij kunnen reizen van Ministers van Buitenlandse zaken. Buitenlandse rechtszaken zouden dat handelen doorkruisen. Maar het beschermen van militairen tegen berechting voor oorlogsmisdrijven dient een dergelijk (politiek) doel niet.
175. In die zin heeft Israël zelf ook bijgedragen aan het probleem dat nu voorligt in deze zaak. En we kunnen zeggen: willens en wetens bijgedragen. Met grote arrogantie houdt Israël huis op grondgebied dat niet het zijne is, dat het bezet. Met grote arrogantie richting de internationale gemeenschap. De internationale gemeenschap,

bij monde van de VN, het Internationaal Gerechtshof, het Internationaal Strafhof, tal van staten hebben Israëls gedrag bij herhaling scherp veroordeeld. Israël doet er alles aan om buiten ieder rechterlijk oordeel te blijven en negeert tegelijkertijd het internationaal recht. Nu worden ze in deze zaak geconfronteerd met het internationaal recht en het Nederlands recht, dat beide u bevoegdheid geeft op te treden. Ik verzoek u dringend het recht in stand te houden en het toe te passen zodat de waarde ervan behouden blijft.