Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken

Advies inzake de ontwerpartikelen van de International Law Commission over immuniteit van staatsfunctionarissen ten aanzien van buitenlandse strafrechtsmacht

Advies 43, 30 juni 2023

Leden Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken

Voorzitter	Prof. mr. dr. C. (Cedric) Ryngaert
Vicevoorzitter	Mr. dr. R. (Rosanne) van Alebeek
Leden	Prof. mr. dr. D.A. (Daniëlla) Dam-de Jong Mr. dr. G.R. (Guido) den Dekker Mr. dr. B. (Bibi) van Ginkel Mr. dr. A.J.J. (André) de Hoogh Mr. dr. R.S.J. (Rutsel) Martha Mr. A.E. (Annebeth) Rosenboom Prof. mr. dr. E. (Elies) van Sliedregt Prof. mr. dr. J.M.F. (Jan) Wouters
Secretaris	K.E. (Kirsten) van Loo LLM

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

Inhoudsopgave

Introductie 4

— Deel I
De ontwerpartikelen in context 6

— Deel II
Artikelsgewijze bespreking 8

Article 1 8

Article 2 10

Article 3 13

Article 4 14

Article 5 15

Article 6 15

Article 7 16

Article 8 23

Article 9 24

Article 10 26

Article 11 26

Article 12 27

Article 13 28

Article 14 28

Article 15 32

Article 16 33

Article 17 33

Article 18 33

Afsluitende overwegingen 35

Eindnoten 37

Lijst van afkortingen 48

Introductie

inhoud

Op 3 juni 2022 heeft de International Law Commission (ILC) in eerste lezing de ontwerpartikelen over immuniteit van staatsfunctionarissen ten aanzien van buitenlandse strafrechtsmacht aangenomen.[1] Op 7 november 2022 ontving de Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken (CAVV) een verzoek van de minister van Buitenlandse Zaken een advies uit te brengen inzake deze ontwerpartikelen.[2]

De ILC houdt zich sinds 2007 bezig met het onderwerp van immuniteit van staatsfunctionarissen ten aanzien van buitenlandse strafrechtsmacht en het is daarmee het langstlopende onderwerp op de huidige agenda van de ILC. Meer dan gebruikelijk heeft het project tot een diepe verdeeldheid binnen de ILC geleid, en eenzelfde verdeeldheid blijkt uit de reacties van staten op het werk van de ILC die jaarlijks tijdens de vergadering van de Zesde Commissie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties worden gedeeld.

De verdeeldheid richt zich in de essentie op de vraag of bij verschillende ontwerpartikelen sprake is van positief recht, *lex lata*, of van een gewenste ontwikkelrichting van het recht, *lex ferenda*. Het belangrijkste splijtpunt betreft ontwerpartikel 7, dat zegt dat functionele immuniteit niet in de weg staat aan uitoefening van strafrechtsmacht over buitenlandse staatsfunctionarissen die verdacht worden van het plegen van bepaalde misdrijven onder internationaal recht (bijzonder ernstige schendingen van het internationaal recht, zoals genocide of misdaden tegen de menselijkheid, waar individuele aansprakelijkheid onder internationaal recht voor wordt aangenomen), maar ook op andere punten laten de ontwerpartikelen en het bijbehorende commentaar verdeeldheid zien. Het valt de CAVV tevens op dat sommige onderwerpen *niet* zijn opgenomen in de ontwerpartikelen, zoals immuniteit van burgerlijke en administratieve rechtsmacht, immuniteit van executie en regels omtrent onschendbaarheid. Ook is er nog geen duidelijkheid over de vraag of deze ontwerpartikelen uiteindelijk als een ontwerpverdrag aan de Algemene Vergadering zullen worden aangeboden, wat met name relevant is voor de vraag of het zinvol is om een verplichte geschillenbeslechtingsclausule op te nemen.

De CAVV constateert dat, alhoewel aanneming in eerste lezing in de meeste gevallen de afronding van het werk van de ILC op een bepaald onderwerp inluidt, het zeer de vraag is of dat nu ook het geval is. Gezien de kritische houding van staten en gezien de vele vragen waar de ontwerpartikelen en bijbehorend commentaar nu geen eenduidig antwoord op geven, lijkt de kans groot dat de ILC terug naar de tekentafel moet. De CAVV is van mening dat een grondige bewerking van de ontwerpartikelen en met name van het commentaar inderdaad gewenst is. Dit belet niet dat de CAVV in dit advies een artikelsgewijze reflectie geeft op de ontwerpartikelen.

Van belang is om te benadrukken dat de advisering voortbouwt op de advisering uit 2011 waarin de CAVV zich al uitsprak voor een uitzondering op functionele immuniteit voor misdrijven onder internationaal recht.[3] Ook in het recente advies over de berechting van agressie, sprak de CAVV zich uit voor een dergelijke uitzondering.[4]

Het advies zet in hoofdstuk 1 eerst kort de belangrijkste vragen ten aanzien van de inhoud en reikwijdte van de immuniteit van staatsfunctionarissen van buitenlandse strafrechtsmacht uiteen en schetst daarnaast kort de context waarin de ontwerpartikelen in eerste lezing tot stand kwamen. In hoofdstuk 2 bespreekt het advies achtereenvolgens de achttien ontwerpartikelen in meer detail. De CAVV heeft er hierbij voor gekozen de belangrijkste controverses uit te diepen. Op andere punten beperkt de bespreking zich soms tot een korte reflectie of vraag, of tot de constatering dat een bepaald ontwerpartikel of het daarbij behorende commentaar nog niet overtuigt of verdere uitwerking behoeft. Het advies sluit af met een evaluatie en enkele afsluitende overwegingen aangaande de toekomst van dit project.

De CAVV heeft het advies op 16 juni 2023 vastgesteld, en beveelt de regering aan de hiernavolgende opmerkingen in overweging te nemen bij het vaststellen van haar positie betreffende het ILC project inzake immuniteit van staatsfunctionarissen ten aanzien van buitenlandse strafrechtelijke rechtsmacht.

De ontwerpartikelen in context

Internationaal recht onderscheidt twee vormen van immuniteit die de uitoefening van rechtsmacht over buitenlandse staatsfunctionarissen zonder toestemming van hun thuisstaat belemmeren: persoonlijke immuniteit en functionele immuniteit.

Persoonlijke immuniteit komt voort uit de noodzaak om de uitoefening van de functies van staatsfunctionarissen die zich bezighouden met internationale betrekkingen te beschermen, met name wanneer deze zich voor de uitoefening van die functie in het buitenland bevinden. Zo beschermt diplomatieke immuniteit diplomaten van de rechtsmacht van de ontvangststaat[5] en worden staatsfunctionarissen die deelnemen aan een officiële ('speciale') missie in de staat waar zij op officiële missie zijn, beschermd door een aan diplomatieke immuniteit verwante vorm van persoonlijke immuniteit.[6] Voor een beperkt aantal staatsfunctionarissen, waaronder in ieder geval staatshoofden, regeringsleiders en ministers van Buitenlandse Zaken – de zogenaamde troika, wordt persoonlijke immuniteit van alle buitenlandse strafrechtsmacht te allen tijde nodig geacht en deze immuniteit geldt ongeacht de verblijfplaats van de functionaris en in geval van verblijf in de forumstaat dus ook ongeacht de aard van dat verblijf.[7] Persoonlijke immuniteit vervalt zodra een staatsfunctionaris het betreffende ambt niet meer vervult, dan wel zodra de officiële missie beëindigd is.

Functionele immuniteit van buitenlandse rechtsmacht komt toe aan alle staatsfunctionarissen. Deze immuniteit is slechts van toepassing op officiële handelingen, maar blijft ook gelden na het neerleggen van het staatsambt voor de officiële handelingen begaan tijdens de uitoefening van het staatsambt. Staatsfunctionarissen die na het neerleggen van hun ambt of na beëindiging van een speciale missie niet langer beschermd zijn door persoonlijke immuniteit, komt wel nog functionele immuniteit toe voor officiële handelingen.

Beide immuniteiten zijn procedureel van aard. Immuniteit impliceert derhalve niet dat de betreffende persoon niet onderworpen zou zijn aan het strafrecht. Diens strafrechtelijke aansprakelijkheid blijft dus potentieel gelden, ook al kan de forumstaat die aansprakelijkheid als gevolg van de aanwezigheid van immuniteit niet effectueren.

Toen in de jaren negentig van de vorige eeuw de bereidheid tot vervolging van internationale misdrijven op basis van universele rechtsmacht voor nationale rechters toenam, rees de vraag of persoonlijke dan wel functionele immuniteit van buitenlandse staatsfunctionarissen in de weg staat aan de uitoefening van strafrechtsmacht over deze misdrijven. Voor wat betreft persoonlijke immuniteit van de strafrechtsmacht van een andere staat, beantwoordde het Internationaal Gerechtshof deze vraag in 2002 bevestigend in de *Arrest Warrant* uitspraak.[8] Maar voor wat betreft functionele immuniteit bleef de controverse bestaan, en deze controverse is zonder twijfel de reden waarom de ILC het onderwerp in 2007 in haar *programme of work* opnam.[9]

De discussies binnen de ILC legden op dit punt een diepe verdeeldheid bloot. Ook de twee Speciale Rapporteurs die met hun elf rapporten het voortouw namen in de discussies, Roman Anatolovich Kolodkin (2008-2011) en Concepción Escobar Hernández (2012-2022), kwamen tot tegengestelde conclusies. Volgens Speciale Rapporteur Kolodkin waren de argumenten voor een 'international crimes'-uitzondering op functionele immuniteit niet overtuigend,[10] terwijl Speciale Rapporteur Escobar Hernández tot de conclusie kwam dat internationaal recht een dergelijke uitzondering, of beperking, juist wel kent.[11] Ook ten aanzien van de vraag of de persoonlijke immuniteit van de troika zich uitstrekt tot andere hoge staatsfunctionarissen kwamen de twee Speciale Rapporteurs tot verschillende conclusies. De vraag werd positief beantwoord door Speciale Rapporteur Kolodkin[12] en negatief beantwoord door Speciale Rapporteur Escobar Hernández.[13] De ontwerpartikelen als

aangenomen in eerste lezing volgen Speciale Rapporteur Escobar Hernández op beide punten, maar met name het debat ten aanzien van een mogelijke uitzondering op of beperking van functionele immuniteit in geval van misdrijven onder internationaal recht liep hoog op. Een deel van de ILC-leden schaarde zich vierkant achter Special Rapporteur Escobar Hernández; een ander deel sprak zich uit ten faveure van ontwerpartikel 7 maar tekende daarbij aan dat het ontwerpartikel een uiting was van het mandaat van de ILC om het internationaal recht progressief te ontwikkelen;[14] terwijl een derde groep van mening was dat de door het ontwerpartikel voorgestane ontwikkelrichting van het internationaal recht niet wenselijk was.[15] De patstelling die ontstond, leidde in 2017 tot een hoofdelijke stemming over de aanneming van het ontwerpartikel, iets dat in de laatste decennia zeer ongebruikelijk was geworden. Het ontwerpartikel werd aangenomen met eenentwintig stemmen voor en acht stemmen tegen (met één onthouding en vier leden afwezig).[16] Alhoewel de aanneming in eerste lezing van de ontwerpartikelen in 2022 zonder stemming geschiedde, tekenden sommige leden die in 2017 tegen stemden daarbij wel aan dat hun opvattingen ten aanzien van ontwerpartikel 7 ongewijzigd waren.[17]

Door de controverse over ontwerpartikel 7 veranderde gaandeweg de rol van de ontwerpartikelen met betrekking tot de procedurele aspecten van functionele immuniteit. Critici van ontwerpartikel 7 benadrukten dat mogelijke materiële beperkingen van het recht op functionele immuniteit alleen samen met procedurele regels ontwikkeld konden worden. Toen duidelijk werd dat de ILC geen consensus zou bereiken ten aanzien van ontwerpartikel 7, ontstond het idee om de procedurele regels in te kleden als procedurele *waarborgen* die het gevaar van politisering en misbruik zouden indammen om zo de weerstand tegen ontwerpartikel 7 te doen afnemen. Deel vier van de ontwerpartikelen, getiteld *procedural provisions and safeguards*, omvat elf ontwerpartikelen die onderwerpen beslaan als het inroepen en afstand doen van immuniteit door de thuisstaat en het onderzoeken en vaststellen van immuniteit door de forumstaat. De ontwerpartikelen roepen verschillende inhoudelijke vragen op die in hoofdstuk 2 van dit advies besproken zullen worden, maar het is goed alvast op te merken dat de procedurele bepalingen veelal niet gegrond zijn in bestaande statenpraktijk, en in elk geval deels ontworpen zijn om tegenstanders van ontwerpartikel 7 over de streep te trekken. De ILC lijkt daarmee in te zetten op een tekst die als basis kan dienen voor verdragsonderhandelingen. Het commentaar bij de ontwerpartikelen vermeldt dat de ILC 'has not yet decided on the recommendation to be addressed to the General Assembly regarding the present draft articles, be it to commend them to the attention of States in general or to use them as a basis for the negotiation of a future treaty on the topic. As is customary, the Commission will take this decision when it adopts the draft articles on second reading, which will enable it to benefit from any comments made by States on this issue.'[18] Echter, met de ontwerpartikelen in deel vier lijkt de ILC hier dus wel een voorschot op te nemen. De CAVV steunt deze lijn van de ILC en zal bij de bespreking van ontwerpartikelen 7, 17 en 18 hieronder uiteenzetten waarom het toewerken naar een verdragstekst naar de mening van de CAVV de beste manier is om de fundamentele meningsverschillen binnen de ILC, en binnen de internationale gemeenschap, te overbruggen.[19]

Artikelsgewijze bespreking

Part one: Introduction

— Article 1

Scope of the present draft articles

1. *The present draft articles apply to the immunity of State officials from the criminal jurisdiction of another State.*

2. *The present draft articles are without prejudice to the immunity from criminal jurisdiction enjoyed under special rules of international law, in particular by persons connected with diplomatic missions, consular posts, special missions, international organizations and military forces of a State.*

3. *The present draft articles do not affect the rights and obligations of States Parties under international agreements establishing international criminal courts and tribunals as between the parties to those agreements*

In ontwerpartikel 1, lid 1 bakent de ILC het toepassingsgebied van de ontwerpartikelen af: de ontwerpartikelen zijn van toepassing op de immuniteit die staatsfunctionarissen genieten ten aanzien van de nationale strafrechtsmacht van andere staten. Dit betekent dat ze geen betrekking hebben op de uitoefening van burgerlijke en administratieve rechtsmacht. Daarnaast zijn regels omtrent onschendbaarheid van staatsfunctionarissen en omtrent immuniteit van executie niet in de ontwerpartikelen opgenomen. Immuniteit van executie betreft het verbod op 'het ten uitvoer leggen van een verkregen uitspraak alsmede enige andere uitvoerende of bewarende maatregel ten aanzien van de begunstigde van deze immuniteit of op de goederen die deze immuniteit genieten', terwijl onschendbaarheid wijst op de plicht van de forumstaat 'om zich te onthouden van enige dwangmaatregelen met betrekking tot bepaalde personen, gebouwen of goederen'.[20]

De CAVV heeft een voorkeur voor een meer omvattende benadering en nodigt de ILC daarom uit de immuniteit van executie alsook de kwestie van de onschendbaarheid bij haar werk te betrekken.[21] Verdragen die de immuniteit van staatsfunctionarissen onderwerpen aan een speciaal regime, zoals het Verdrag van Wenen inzake Diplomatiek Verkeer (VWDV)[22], het Verdrag van Wenen inzake Consulaire Betrekkingen (VWCB)[23] en het Verdrag inzake Speciale Missies[24], bestrijken immers zonder uitzondering ook de regels omtrent onschendbaarheid en immuniteit van executie. Verder valt op dat de resolutie van het *Institut de Droit international* over 'Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law' een duidelijk onderscheid maakt tussen onschendbaarheid, immuniteit van rechtsmacht en immuniteit van executie.[25] Alhoewel deze regels alleen relevant zijn ten aanzien van staatsfunctionarissen die persoonlijke immuniteit genieten,[26] acht de CAVV het logisch en nodig om de regels ook op te nemen in de ontwerpartikelen.[27] Zo zouden de ontwerpartikelen de oproeping tot verschijnen *(summons to appear)* of een verzoek om een document zoals een paspoort voor te leggen, kunnen adresseren.[28] Deze maatregelen zijn als zodanig, in beginsel, geen uitoefening van strafrechtsmacht en vallen daarom wellicht niet binnen het huidige toepassingsgebied van de ontwerpartikelen. Uit de rapporten van de Speciale Rapporteurs valt af te leiden dat zij een ruime interpretatie van het begrip 'uitoefening van strafrechtsmacht' voorstaan, zoals het opstellen van inspectierapporten, het vergaren van bewijs, de ondervraging van getuigen en de confiscatie van paspoorten.[29] De CAVV vraagt zich evenwel af of een aantal van deze maatregelen niet beter wordt geadresseerd door de concepten onschendbaarheid of immuniteit van executie, al is de CAVV zich er ook van bewust dat de scheidslijn tussen onschendbaarheid, immuniteit van rechtsmacht en immuniteit van executie soms dun is.[30]

De bovengenoemde verdragen alsook het werk van het *Institut de Droit international* omvatten ook het vraagstuk van immuniteit van burgerlijke

en administratieve rechtsmacht. De CAVV heeft wel begrip voor het besluit van de ILC de ontwerpartikelen te beperken tot immuniteit van strafrechtsmacht. Niet omdat het onderwerp immuniteit van staatsfunctionarissen ten aanzien van buitenlandse burgerlijke en administratieve rechtsmacht al volledig is uitgekristalliseerd, maar juist omdat dat *niet* het geval is; het is al een aanzienlijke uitdaging om de vele facetten van immuniteit van strafrechtsrechtsmacht goed voor het voetlicht te brengen.[31]

In ontwerpartikel 1, lid 2 geeft de ILC aan dat de ontwerpartikelen slechts de *lex generalis* vormen inzake de immuniteit van staatsfunctionarissen. Voor zover staatsfunctionarissen onderworpen zijn aan bijzondere regimes *(lex specialis)* inzake immuniteit van nationale rechtsmacht, zijn de ontwerpartikelen dan ook niet van toepassing. De ILC verwijst onder meer naar het Weens Verdrag Diplomatiek Verkeer, het Weens Verdrag Consulaire Betrekkingen, het Verdrag inzake Speciale Missies, het Weens Verdrag inzake de Vertegenwoordiging van Staten in hun Betrekkingen met Universele Internationale Organisaties[32], het Verdrag over de Voorrechten en Immuniteiten van de Verenigde Naties[33], het Verdrag over de Privileges en Immuniteiten van de Gespecialiseerde Organisaties[34], *status of forces*-akkoorden, eventueel internationaal gewoonterecht, etc.[35] Ontwerpartikel 1, lid 2 geeft geen aanleiding tot verder commentaar van de CAVV.

In ontwerpartikel 1, lid 3 stelt de ILC dat de ontwerpartikelen de rechten en verplichtingen van staten met betrekking tot internationale straftribunalen onverlet laten. Een dergelijke conflictbepaling beoogt, in de woorden van de ILC zelf, 'to regulate the relation between the provisions of the treaty and those of another treaty or of any other treaty relating to the matters with which the treaty deals.'[36] Nu de ontwerpartikelen in ontwerpartikel 1, lid 1 expliciet beperkt zijn tot immuniteit van de strafrechtsmacht van een andere staat, is het de vraag of de ontwerpartikelen en de in lid 3 genoemde verdragen dezelfde onderwerpen bestrijken. Het opnemen van een conflictbepaling lijkt daarmee op het eerste gezicht overbodig. De CAVV kan zich echter voorstellen dat de bepaling is opgenomen in het licht van de discussie over de immuniteit van functionarissen van staten die geen partij zijn bij het Statuut van het Internationaal Strafhof,[37] en dan met name in de horizontale relatie tussen staten, wanneer een verdragsstaat door het Hof wordt gevraagd een functionaris van een niet-verdragsstaat op zijn grondgebied te arresteren en over te dragen aan het Hof;[38] die situatie valt immers zowel binnen de reikwijdte van de ontwerpartikelen als onder de werkingssfeer van het Statuut van Rome. Als dat inderdaad de achtergrond van de bepaling is, is de CAVV van mening dat de formulering van de bepaling en van het bijbehorend commentaar onnodig verwarring zaait. Ontwerpartikel 1, lid 3 benadrukt eerst de relatieve werking van verdragen, dat wil zeggen dat de rechten en plichten onder verdragen die een internationaal straftribunaal in het leven roepen, slechts van toepassing zijn op de partijen bij deze verdragen. Het commentaar stelt vervolgens dat de term 'as between the parties to those agreements' in ontwerpartikel 1, lid 3 'does not…imply any statement whatsoever in relation to any other obligation that can be imposed upon States under international law, in particular by the Security Council or any other international organization'.[39] Zonder nadere uitleg kunnen zowel voor- als tegenstanders van een inperking van immuniteit in horizontale relaties tussen een verdragsstaat en een niet-verdragsstaat in de context van strafrechtsmachtuitoefening door het het Internationaal Strafhof zich gesteund voelen door deze formulering. Door in het commentaar naar 'verplichtingen onder internationaal recht' te wijzen, zou gezegd kunnen worden dat de ILC de mogelijkheid openhoudt dat het Internationaal Strafhof de persoonlijke immuniteit van onderdanen van staten die niet gebonden zijn aan het Statuut niet hoeft te erkennen omdat algemeen internationaal recht deze immuniteit niet erkent in geval van internationale tribunalen. Aan de andere kant spreekt het commentaar over verplichtingen die door internationaal recht kunnen worden opgelegd, terwijl er bij een eventuele niet-toepasselijkheid van immuniteit onder gewoonterecht geen sprake is van het opleggen van een verplichting. De meest voor de hand liggende interpretatie van het commentaar is dat de ILC wil erkennen dat staten die geen partij zijn bij een oprichtingsverdrag van een internationaal hof, door de Veiligheidsraad verplicht kunnen worden hun medewerking te

verlenen aan dat hof, maar de verwijzing naar internationaal recht in het algemeen, en naar andere internationale organisaties (die immers in beginsel niet zoals de Veiligheidsraad de rechten en plichten van staten onder andere regels van internationaal recht opzij kunnen zetten) wekt verwarring. De CAVV denkt dat het goed is om duidelijk te maken dat de conflictbepaling van ontwerpartikel 1, lid 3 alleen ziet op de uitoefening van nationale strafrechtsmacht in het kader van procedures voor een internationaal strafhof en om het commentaar aan te passen zodat het niet langer meer vragen oproept dan het beantwoordt.

— Article 2

Definitions

For the purposes of the present draft articles:

a. "State official" means any individual who represents the State or who exercises State functions, and refers to both current and former State officials;

b. an "act performed in an official capacity" means any act performed by a State official in the exercise of State authority.

Ontwerpartikel 2 definieert twee begrippen die cruciaal zijn voor de toepassing van de regel van functionele immuniteit: 'staatsfunctionaris' en 'handeling verricht in een officiële hoedanigheid'.

Ontwerpartikel 2(a) definieert staatsfunctionaris als 'any individual who represents the State or who exercises State functions, and refers to both current and former State officials.' De bepaling maakt dus allereerst duidelijk dat ook *voormalige* staatsfunctionarissen onder de definitie van staatsfunctionaris vallen. De CAVV zal in dit advies overigens wel regelmatig specificeren dat een bepaald ontwerpartikel ook voor voormalige staatsfunctionarissen geldt omdat bij slechts gedeeltelijke lezing van dit advies deze definitie niet bij alle lezers bekend zal zijn.

De CAVV is van mening dat de definitie in ontwerpartikel 2(a) mogelijk tot een te ruim toepassingsbereik leidt. Volgens het commentaar dient het begrip staatsfunctionaris autonoom te worden uitgelegd (dus onafhankelijk van de positie die een bepaalde persoon inneemt naar nationaal recht) aan de hand van de criteria die zijn aangegeven in ontwerpartikel 2(a) – vertegenwoordiging van de staat dan wel het uitoefenen van staatsfuncties (of beide).[40] Het commentaar stelt verder dat '"State official" is the individual who is in a position to perform … State functions'[41] en lijkt daarmee ook individuen die geen staatsorgaan zijn en aan wie ook geen staatstaken zijn toebedeeld onder het nationale recht van de thuisstaat[42] onder de definitie te scharen. De CAVV is geen voorstander van een dergelijke brede definitie omdat functionele immuniteit daarmee wordt opgerekt tot situaties die niet onder de normatieve werkingssfeer van de regel vallen.

Wat begrepen moet worden als een staatsfunctionaris, of als officiële handeling in de zin van ontwerpartikel 2(b), hangt af van de ratio en inhoud van de regel van functionele immuniteit. In hoofdlijnen zijn er twee benaderingen.[43]

De eerste benadering ziet functionele immuniteit van staatsfunctionarissen als een integraal onderdeel van de regel van staatsimmuniteit. De regel van staatsimmuniteit verbiedt de uitoefening van rechtsmacht over buitenlandse staten, wanneer deze gedaagd worden in relatie tot staatshandelingen. De regel wordt wel uitgelegd aan de hand van het maxime *par in parem non habet imperium*, gelijken hebben geen (rechts)macht over elkaar. Om te voorkomen dat de immuniteit van de staat omzeild wordt, moeten ook staatsfunctionarissen in het buitenland niet ter verantwoording kunnen worden geroepen voor handelingen ten aanzien waarvan de staat zelf immuniteit zou hebben genoten als de zaak tegen de staat zou zijn aangespannen. In deze benadering gelden alle handelingen van staatsfunctionarissen die onder internationaal recht aan de staat kunnen worden toegerekend als 'handeling verricht in een officiële hoedanigheid'.[44]

De tweede benadering ziet functionele immuniteit als een zelfstandige regel van internationaal recht die ook gestoeld is op de soevereine gelijkheid en onafhankelijkheid van staten maar die duidelijk onderscheiden moet worden van de regel van

staatsimmuniteit. In deze benadering berust de regel van functionele immuniteit op twee pilaren: 1) staatsfunctionarissen zijn niet in hun persoonlijke hoedanigheid aansprakelijk voor handelingen die zij namens en voor rekening van de staat verrichten (een algemeen beginsel dat deel uitmaakt van de meeste nationale rechtsstelsels) en 2) ter bescherming van de territoriale soevereiniteit en onafhankelijkheid van de thuisstaat heeft deze het alleenrecht om het mandaat van haar functionarissen te bepalen, en om in rechte vast te stellen of een functionaris in een bepaald geval binnen dat mandaat gehandeld heeft.[45] Officiële handelingen, of handelingen verricht in een officiële hoedanigheid, zijn in deze benadering handelingen waarvoor een functionaris niet individueel aansprakelijk is of door de forumstaat niet individueel aansprakelijk voor kan worden gehouden.

De twee benaderingen definiëren de normatieve elementen van de regel van functionele immuniteit dus fundamenteel anders. Bij de bespreking van ontwerpartikel 7 hieronder zal worden uiteengezet hoe deze normatieve basis of ratio de discussie over het bestaan van beperkingen van, dan wel uitzonderingen op, de regel richting geeft.

De ILC besloot in het midden te laten wat de normatieve basis van de regel van functionele immuniteit is. In het commentaar bij ontwerpartikel 2(b) zegt de ILC dat toerekening van een handeling aan een staat wel een noodzakelijke voorwaarde is voor kwalificatie, maar niet dat het een voldoende voorwaarde is.[46] Volgens de ILC zijn criteria voor toerekening zoals uiteengezet in de artikelen 7 tot en met 11 van Artikelen inzake Staatsaansprakelijkheid[47] in elk geval niet onverkort relevant voor het bepalen of een handeling als officiële handeling heeft te gelden, maar het commentaar maakt niet geheel duidelijk wat de ILC daarmee bedoelt.[48] De beslissing om geen keuze te maken tussen de twee benaderingen, lijkt ingegeven door pragmatisme. In het licht van twee zo verschillende benaderingen is het niet waarschijnlijk dat de gelederen van de ILC zich gesloten zouden hebben wanneer een uitdrukkelijke keuze voor de één of de andere benadering gemaakt zou worden. Maar de CAVV is van mening dat de latere discussies over de mogelijke uitzonderingen op of beperkingen van de regel van functionele immuniteit, vertroebeld worden door een gebrek aan een gedeeld begrip van de conceptuele basis van de regel. Het antwoord op de vraag *of* een bepaalde handeling als officiële handeling heeft te gelden, kan namelijk verschillen naar gelang de aangehangen benadering. En, zoals hieronder bij ontwerpartikel 7 nader uiteengezet zal worden, de gekozen benadering bepaalt ook welke argumenten voor of tegen een 'international crimes'-uitzondering overtuigend zijn in het licht van de regels omtrent het vaststellen van de inhoud en reikwijdte van internationaal gewoonterecht. De CAVV is daarom van mening dat de ontwerpartikelen gebaat zouden zijn bij het inzichtelijk maken van de verschillende conceptuele benaderingen ten aanzien van de regel. Op dit moment laten de ontwerpartikelen en commentaar wel zien dat er tegengestelde meningen zijn ten aanzien van de vraag of functionele immuniteit uitzonderingen dan wel beperkingen kent, maar ze laten niet zien hoe deze tegenstellingen mogelijk terug te voeren zijn op verschillende concepties van de regel als zodanig.

De CAVV acht de tweede benadering – functionele immuniteit als zelfstandige regel van internationaal recht – meer in overeenstemming met zowel de statenpraktijk en *opinio juris* ten aanzien van de regel van functionele immuniteit als met de aard van de regel van staatsimmuniteit.[49] Het verschil tussen de twee benaderingen openbaart zich met name wanneer een staatsfunctionaris in persoonlijke hoedanigheid in rechte gedaagd wordt. Het is uiteraard zo dat wanneer een staatsfunctionaris in officiële hoedanigheid in rechte gedaagd wordt, dus als vertegenwoordiger van de staat, de regel van staatsimmuniteit heeft te gelden omdat het feitelijk de staat is die voor de rechter staat.[50] Maar wanneer een staatsfunctionaris in persoonlijke hoedanigheid gedaagd wordt, wat in een strafrechtelijke procedure per definitie het geval is, staat de aansprakelijkheid van de staat niet ter discussie. Toepassing van de regel van staatsimmuniteit (in plaats van de zelfstandige regel van functionele immuniteit) in situaties waarin een buitenlandse staatsfunctionaris in een persoonlijke hoedanigheid ter verantwoording

wordt geroepen in relatie tot handelingen die ook aan de staat toerekenbaar zijn maar waar de staat zelf niet (direct of indirect) in rechte betrokken is, en diens aansprakelijkheid ook niet hoeft te worden vastgesteld, acht de CAVV niet zuiver, en niet in overeenstemming met internationaal recht. Een dergelijke toepassing zou betekenen dat 'acts of state' ook niet op rechtmatigheid getoetst mogen worden in procedures waarin de buitenlandse staat zelf niet in rechte betrokken is. In sommige nationale rechtsstelsels wordt een dergelijke beperking wel aangenomen in het kader van de *act of state* doctrine. Alhoewel enkele vroege toepassingen van de *act of state* doctrine samenvielen met de regel van functionele immuniteit,[51] is de moderne *act of state* doctrine een nationaalrechtelijke regel die vanuit de VS en het VK vooral in *common law* landen geldt. De doctrine komt voort uit overwegingen ten aanzien van de scheiding van machten, of *forum non conveniens*, en kan niet gezien worden als een verplichting die voortvloeit uit het internationaalrechtelijke soevereiniteitsbeginsel.[52]

In het licht van bovenstaande vraagt de CAVV zich af of de definitie van staatsfunctionaris in ontwerpartikel 2(b) niet te ruim is. Functionele immuniteit beschermt de territoriale soevereiniteit en onafhankelijkheid van de thuisstaat door buitenlandse inmenging in de aansturing van het staatsapparaat tegen te gaan. De CAVV is van mening dat een voorwaarde voor deze bescherming wel is dat de uitoefening van overheidstaken een basis heeft in de nationale wet van de thuisstaat, met andere woorden, dat het voorrecht van functionele immuniteit slechts toegekend dient te worden aan hen die door de staat officieel zijn aangesteld om overheidstaken te verrichten. *De facto* staatsorganen[53], of privé-personen wiens handelen kan worden toegerekend aan de staat maar die geen officieel mandaat hebben onder het nationaal recht van de thuisstaat zouden volgens de CAVV niet onder het bereik van het begrip staatsfunctionaris moeten vallen. Indien het begrip staatsfunctionaris op deze manier wordt ingeperkt, wordt het begrip dus juist niet autonoom uitgelegd. In plaats daarvan zou juist kunnen worden bepaald dat het bezit van een dergelijke status onder nationaal recht vereist is.

Ontwerpartikel 2 definieert slechts twee begrippen. Aanvankelijk was het de bedoeling ook definities van een aantal andere sleutelbegrippen te formuleren, te weten 'strafrechtsmacht', 'immuniteit van strafrechtsmacht', 'immuniteit *ratione materiae*' en 'immuniteit *ratione personae*'. De ILC besloot uiteindelijk deze begrippen niet nader te definiëren vanwege de verschillen in definities en praktijken in verschillende rechtsordes, en onder verwijzing naar onder andere het Weens Verdrag Diplomatiek Verkeer, het Weens Verdrag Consulaire Betrekkingen en het Verdrag inzake Speciale Missies waarin vergelijkbare begrippen niet gedefinieerd worden.

De CAVV is het er mee eens dat 'strafrechtsmacht' een moeilijk te definiëren begrip is, maar vraagt zich wel af of daarmee de rechten en verplichtingen in de ontwerpartikelen die afhankelijk zijn van de vraag of strafrechtsmacht wordt uitgeoefend, zoals met name ontwerpartikelen 9 en 14, nu voldoende duidelijk ingekaderd zijn. Het commentaar bij deze ontwerpartikelen gaat wel in op het begrip 'strafrechtsmacht', en dit advies zal op dat commentaar bij de bespreking van de betreffende ontwerpartikelen hieronder nader ingaan.

De CAVV denkt dat een definitie van de begrippen 'immuniteit *ratione materiae*' en 'immuniteit *ratione personae*' aan het begin van de ontwerpartikelen toch wenselijk is. Deze begrippen worden nu impliciet gedefinieerd daar waar de inhoud en reikwijdte wordt beschreven, maar omdat deze inhoud en reikwijdte mede begrepen kunnen worden in het licht van de ratio of normatieve basis van de regels is een preliminaire beschouwing van de regels als zodanig logisch en nuttig. Zoals hierboven aangegeven geldt met name voor functionele immuniteit dat verschillen van inzicht ten aanzien van het begrip 'officiële handeling' zijn terug te voeren op verschillen van inzicht ten aanzien van de aard en ratio van de immuniteitsregel. En wat betreft persoonlijke immuniteit kan de personele reikwijdte van de regel alleen begrepen worden in het licht van de aard en ratio van deze vorm van immuniteit. Alhoewel het zeker mogelijk is om de aard en ratio van de regels in het commentaar bij andere ontwerpartikelen te bespreken, is de CAVV van

mening dat een korte beschouwing van de deze twee kernbegrippen van de ontwerpartikelen aan de start van de ontwerpartikelen de voorkeur heeft.

***Part two: Immunity* ratione personae**

Deel twee betreft de immuniteit *ratione personae* van de 'troika': het staatshoofd, de regeringsleider en de minister van Buitenlandse Zaken.

Dit deel bestaat uit twee ontwerpartikelen, die drie elementen adresseren: het subjectieve (ontwerpartikel 3), het inhoudelijke en het temporele (ontwerpartikel 4).

— Article 3

Persons enjoying immunity ratione personae

Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs enjoy immunity ratione personae *from the exercise of foreign criminal jurisdiction.*

Ontwerpartikel 3 bevat een gesloten lijst van personen aan wie immuniteit *ratione personae* toekomt: het staatshoofd, de regeringsleider en de minister van Buitenlandse Zaken, de zogenaamde troika. Het commentaar legt uit dat de immuniteit van de troika rust op twee gronden: 1) onder internationaal recht vertegenwoordigen deze personen de staat zodra ze de functie bekleden, of zoals het IGH het zei in de *Arrest Warrant* zaak, 'he or she is recognized under international law as representative of the State solely by virtue of his or her office'[54]; en 2) het belang van een ongestoorde uitoefening van deze functies. Een minister van Buitenlandse Zaken is, in de woorden van het IGH, 'in charge of his or her Government's diplomatic activities and generally acts as its representative in international negotiations and intergovernmental meetings' en omdat '[i]n the performance of these functions, he or she is frequently required to travel internationally, [he or she] must be in a position freely to do so whenever the need should arise'.[55] Het commentaar legt ook uit dat sommige ILC leden van mening zijn dat ook andere hoge staatsfunctionarissen die veelvuldig internationaal moeten reizen en daarbij de staat vertegenwoordigen, zoals de minister van defensie, of de minister van handel, onder de bescherming van deze regel vallen.[56] Ze wijzen er in dat verband op dat het IGH in de *Arrest Warrant* uitspraak zei dat 'in international law it is firmly established that, as also diplomatic and consular agents, certain holders of high-ranking office in a State, *such* as the Head of State, Head of Government and Minister for Foreign Affairs, enjoy immunities from jurisdiction in other States, both civil and criminal.'[57] Klaarblijkelijk, zo luidt het argument van voorstanders van een ruimere toepassing van de regel, gaat ook het IGH ervan uit dat de drie genoemde functionarissen slechts voorbeelden zijn van functionarissen die door de regel beschermd worden. Deze positie is ook door een handvol nationale rechters ingenomen.[58]

De CAVV is het echter eens met de ILC dat slechts de genoemde drie personen beschermd worden door deze vergaande vorm van immuniteit *ratione personae*.[59] De lezing van de CAVV is dan ook eerder dat de verwijzing naar de troika slechts bedoeld was om de inhoudelijke werking van de immuniteit te duiden. Immers, deze interpretatie belet niet dat ook andere staatsfunctionarissen onder omstandigheden immuniteit *ratione personae* kunnen genieten. Met name staatsfunctionarissen die op een officiële ('speciale') missie in het buitenland zijn, worden beschermd door *ad hoc* persoonlijke immuniteit gedurende de officiële missie.[60] De persoonlijke immuniteit waar het in deze ontwerpartikelen om gaat, is echter een immuniteit die te allen tijde geldt, dus ongeacht de vraag of een staatsfunctionaris in het buitenland aanwezig is en ongeacht de vraag met welk doel een staatsfunctionaris in het buitenland aanwezig is. Deze vergaande vorm van immuniteit schermt de leden van de troika af van elke buitenlandse strafrechtmachtsuitoefening, ook als deze op geen enkele manier in de weg staat aan het reizen naar het buitenland voor het onderhouden van internationale betrekkingen. Het geschil dat leidde tot de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof in de *Arrest Warrant* zaak illustreert dit. Het gewraakte Belgische arrestatiebevel maakte een uitzondering voor officiële bezoeken van de Congolese minister van Buitenlandse Zaken aan België, maar het uitvaardigen en circuleren van het bevel werd desalniettemin gezien als een schending van de immuniteit en onschendbaarheid van de minister.[61]

De immuniteit van de troika gaat daarmee veel verder dan *ad hoc* persoonlijke immuniteit en diplomatieke immuniteit. Alhoewel diplomaten een sleutelrol vervullen in het onderhouden van diplomatieke betrekkingen, beperkt diplomatieke immuniteit zich tot de rechtsmacht van de ontvangststaat – en eventuele transitstaten[62] – terwijl arrestatie en vervolging in een andere dan de ontvangststaat de uitoefening van de functies van de diplomaat wel onmogelijk zouden maken. Kortom, diplomatieke immuniteit beschermt de uitoefening van de functies van een diplomaat (niet de persoon *an sich*), maar gaat niet zo ver dat de diplomaat in staat moet worden gesteld om deze functies te allen tijde te kunnen blijven uitoefenen. De vergaande persoonlijke immuniteit van de troika moet dan ook zeker mede begrepen worden in het licht van de hierboven eerstgenoemde grond: een staatshoofd, een regeringsleider of minister van Buitenlandse Zaken wordt internationaalrechtelijk erkend als vertegenwoordiger van de staat 'solely by virtue of his or her office'.[63] Dit gaat niet op voor staatsfunctionarissen die niet tot de troika behoren. Alhoewel ook andere hoge staatsfunctionarissen belangrijk zijn voor het onderhouden van de internationale betrekkingen van een staat, is het voor de effectieve uitoefening van deze functies volgens de CAVV voldoende dat functionarissen *ad hoc* diplomatieke immuniteit tijdens dienstreizen genieten.

De CAVV is van mening dat de woorden 'such as' in de *Arrest Warrant* zaak anders begrepen kunnen worden dan door voorstanders van een bredere toepassing van de immuniteit van de troika wordt betoogd. Het IGH stelde slechts dat ook andere functionarissen immuniteit van buitenlandse rechtsmacht kunnen genieten, maar de verwijzing naar diplomatieke en consulaire ambtenaren laat al zien dat het niet aannemelijk is dat de IGH bedoeld heeft dat de (persoonlijke) immuniteit van andere functionarissen dezelfde inhoud en reikwijdte moet hebben als de immuniteit van de troika; diplomatieke en consulaire ambtenaren genieten immers ieder een andere, en in beide gevallen een veel minder vergaande, vorm van persoonlijke immuniteit dan de leden van de troika. De veel besproken zinsnede kan dus ook begrepen worden als een verwijzing naar de aan diplomatieke immuniteit verwante vorm van persoonlijke immuniteit, *ad hoc* diplomatieke immuniteit, die bescherming biedt aan staatsfunctionarissen op officiële missie.

— Article 4

Scope of immunity ratione personae

1. *Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs enjoy immunity* ratione personae *only during their term of office.*

2. *Such immunity* ratione personae *covers all acts performed, whether in a private or official capacity, by Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs during or prior to their term of office.*

3. *The cessation of immunity* ratione personae *is without prejudice to the application of the rules of international law concerning immunity* ratione materiae.

Ontwerpartikel 4 adresseert de temporele en materiële elementen van de immuniteit *ratione personae*.

Wat het temporele element betreft, signaleert de ILC in lid 1 dat staatshoofden, regeringsleiders en ministers van Buitenlandse Zaken slechts gedurende hun ambtstermijn immuniteit *ratione personae* genieten. Dat is niet meer dan logisch, omdat zij na hun ambtstermijn de staat niet meer vertegenwoordigen. Wat het materiële element betreft, geeft de ILC in lid 2 aan dat deze immuniteit volledig is: zij strekt zich uit tot zowel privé-handelingen als officiële handelingen, met inbegrip van handelingen die de begunstigde vóór zijn ambtstermijn heeft verricht.

De CAVV is van oordeel dat de reikwijdte van de immuniteit *ratione personae* het geldende recht weerspiegelt. De in ontwerpartikel 4 neergelegde regels vinden hun basis in de *Arrest Warrant*-uitspraak van het IGH.[64] De immuniteit *ratione personae* van de troika van de nationale rechtsmacht van andere staten is absoluut: deze immuniteit strekt zich ook uit tot *alle* handelingen, met inbegrip van handelingen die als misdrijven onder internationaal recht kunnen worden gekwalificeerd.[65] Niets wijst erop dat het internationaal gewoonterecht ter zake intussen gewijzigd is.

In ontwerpartikel 4, lid 3, heeft de ILC een 'without prejudice' clausule opgenomen. Deze clausule legt uit dat na beëindiging van de immuniteit *ratione personae*, immuniteit *ratione materiae* de leden van de troika nog bescherming kan bieden. Inderdaad, voor zover de betreffende persoon tijdens de ambtstermijn als staatsvertegenwoordiger handelingen in een officiële hoedanigheid heeft verricht, zal functionele immuniteit van toepassing zijn (zie onder, ontwerpartikelen 5 en 6).

***Part three: Immunity* ratione materiae**

Deel drie betreft de functionele immuniteit of immuniteit *ratione materiae* van buitenlandse staatsfunctionarissen. Net als in deel twee onderscheidt de ILC een subjectief element (ontwerpartikel 5) alsook een materieel en temporeel element (ontwerpartikel 6). In het controversiële ontwerpartikel 7 stipuleert de ILC een beperking van, of uitzondering op, de functionele immuniteit met betrekking tot misdrijven onder internationaal recht.

— Article 5

Persons enjoying immunity ratione materiae

State officials acting as such enjoy immunity ratione *materiae from the exercise of foreign criminal jurisdiction.*

Op grond van ontwerpartikel 5 genieten buitenlandse staatsfunctionarissen, die als zodanig hun overheidsgezag uitoefenen, functionele immuniteit. Anders dan ontwerpartikel 3 aangaande immuniteit *ratione personae*, bevat ontwerpartikel 5 geen opsomming van specifieke personen aan wie functionele immuniteit toekomt. Dat is ook niet nodig: *alle* staatsfunctionarissen (en dus ook voormalige staatsfunctionarissen) zijn begunstigden van functionele immuniteit. Het commentaar verwijst voor de definitie van staatsfunctionarissen logischerwijze terug naar ontwerpartikel 2(a) ('"State official" means any individual who represents the State or who exercises State functions, and refers to both current and former State officials.').

— Article 6

Scope of immunity ratione materiae

1. *State officials enjoy immunity* ratione materiae *only with respect to acts performed in an official capacity.*

2. *Immunity* ratione materiae *with respect to acts performed in an official capacity continues to subsist after the individuals concerned have ceased to be State officials.*

3. *Individuals who enjoyed immunity* ratione personae *in accordance with draft article 4, whose term of office has come to an end, continue to enjoy immunity with respect to acts performed in an official capacity during such term of office.*

Ontwerpartikel 6 verduidelijkt de materiële en temporele elementen van de functionele immuniteit. Lid 1 geeft aan dat functionele immuniteit zich slechts uitstrekt tot handelingen die verricht zijn in een officiële hoedanigheid. Dit betekent dat staatsfunctionarissen zich niet kunnen beroepen op functionele immuniteit met betrekking tot privé-handelingen (tenzij zij uiteraard immuniteit *ratione personae* genieten). Lid 2 geeft aan dat functionele immuniteit *permanent* is: voor zover een gezagsdrager een handeling in een officiële hoedanigheid heeft verricht, zal deze zich *steeds*, ook nadat de functie is neergelegd, op diens functionele immuniteit kunnen beroepen. Een en ander is naar het oordeel van de CAVV niet controversieel en reflecteert het geldende recht. Lid 3 geeft aan dat personen aan wie immuniteit *ratione personae* toekwam, na hun ambtstermijn, functionele immuniteit blijven genieten met betrekking tot handelingen die zij tijdens hun termijn in een officiële hoedanigheid hebben verricht. Omdat dit reeds volgt uit de leden 1 en 2, en ook in ontwerpartikel 4 al gewezen is op het voortduren van functionele immuniteit na beëindiging van persoonlijke immuniteit van leden van de troika, is de bepaling strikt gezien overbodig. De CAVV is daarom van mening dat deze informatie beter in het commentaar bij ontwerpartikel 6 opgenomen kan worden.

— Article 7

Crimes under international law in respect of which immunity ratione materiae *shall not apply*

1. *Immunity* ratione materiae *from the exercise of foreign criminal jurisdiction shall not apply in respect of the following crimes under international law:*

   (a) crime of genocide;
   (b) crimes against humanity;
   (c) war crimes;
   (d) crime of apartheid;
   (e) torture;
   (f) enforced disappearance.

2. *For the purposes of the present draft article, the crimes under international law mentioned above are to be understood according to their definition in the treaties enumerated in the annex to the present draft articles.*

1. De keuze om ontwerpartikel 7 als *lex ferenda* neer te zetten

Ontwerpartikel 7 aangenomen in eerste lezing bepaalt dat functionele immuniteit niet geldt voor een aantal gespecificeerde misdrijven onder internationaal recht. Het is zonder twijfel de meest controversiële bepaling van deze ILC-ontwerpartikelen. Bij de voorlopige aanneming van dit ontwerpartikel in 2017 kwam het, zoals in de inleiding van dit advies reeds opgemerkt, zelfs tot een stemming – wat hoogst uitzonderlijk is.[66] De ILC heeft, naar eigen zeggen, dit ontwerpartikel opgenomen op grond van (1) de zichtbaarheid, in de praktijk, van een *trend* richting beperking van functionele immuniteit voor misdrijven onder internationaal recht; en (2) de eenheid en het systemische karakter van het internationaal recht, waarbij moet worden voorkomen dat immuniteit een procedureel mechanisme wordt om de implementatie van internationaalrechtelijke normen inzake *accountability* en individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid te blokkeren.[67] Het commentaar stelt dan wel niet expliciet dat de ILC van oordeel is dat ontwerpartikel 7 een progressieve ontwikkeling van het recht is *(lex ferenda)*[68], maar het woordgebruik in het commentaar ondersteunt een geldend recht *(lex lata)* benadering niet en de verslagen van de beraadslagingen in de Commissie laten zien dat er geen meerderheid was in de ILC om ontwerpartikel 7 als *lex lata* aan te nemen.[69]

De CAVV is van mening dat het neerzetten van de uitzondering op functionele immuniteit als een gewenste ontwikkelrichting van het recht, geen recht doet aan de complexe statenpraktijk ten aanzien van vervolging van misdrijven onder internationaal recht gepleegd door buitenlandse staatsfunctionarissen. Aan de ene kant laat de statenpraktijk in het kielzog van de Tweede Wereldoorlog weinig twijfel over de bedoeling van staten om berechting van staatsfunctionarissen verdacht van misdrijven onder internationaal recht door buitenlandse rechtbanken mogelijk te maken. Aan de andere kant laat de statenpraktijk sinds met name de jaren negentig van de vorige eeuw, toen de regel voor het eerst op grotere schaal en buiten de Tweede Wereldoorlog-context werd toegepast, *ook* wijdverbreide weerstand tegen die regel zien, die juist door het werk van de ILC zichtbaar is geworden. De uitzondering op functionele immuniteit voor misdrijven onder internationaal recht lijkt daarmee niet zozeer een gewenste ontwikkelrichting, als wel een regel die nadere inkadering behoeft (zoals nader besproken wordt onder de procedurele waarborgen van deel vier). Alhoewel binnen het beperkte bestek van dit advies een uitputtende analyse niet mogelijk is, tracht de CAVV hieronder beide ontwikkelingen kort uiteen te zetten.

Staten waren in 1945 eensgezind in hun wens om daden die de internationale rechtsorde schokken, zoals die van het naziregime, vervolgd en bestraft te zien, waar ter wereld de verdachten zich ook zouden bevinden en ongeacht het feit dat deze misdaden in een officiële hoedanigheid begaan waren. Het Neurenberg-tribunaal stelde bijvoorbeeld: 'The principle of international law which under certain circumstances protects the representatives of a State, cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law. The authors of these acts cannot shelter themselves behind their official position in order to be freed from punishment in appropriate proceedings.'[70] En een door staten korte tijd later unaniem aangenomen resolutie van de Algemene Vergadering bevestigde dat dit beginsel algemene gelding heeft bij de berechting van 'offenses

against the peace and security of mankind'.[71] Beginsel III van de Beginselen van Neurenberg, zoals aangenomen door de ILC in 1950, bepaalt op vergelijkbare wijze: 'The fact that a person who committed an act which constitutes a crime under international law acted as Head of State or responsible Government official does not relieve him from responsibility under international law.'[72] En de ILC bevestigde in 1954 dat deze beginselen van toepassing zijn op procedures voor zowel nationale als internationale tribunalen.[73] Daarnaast namen staten een reeks verdragen aan om de berechting van toekomstige internationale misdrijven zeker te stellen, en ook daarbij werd berechting door een buitenlandse rechter uitdrukkelijk mogelijk gemaakt, en onder omstandigheden zelfs verplicht gesteld.[74] Onder internationaal gewoonterecht zijn misdrijven onder internationaal recht, misdrijven waarvoor individuele aansprakelijkheid onder internationaal recht voor bestaat. Voorts volgt uit de aard van het concept 'internationaal misdrijf' het recht van alle staten om universele rechtsmacht uit te oefenen om precies die persoonlijke aansprakelijkheid van de staatsfunctionaris vast te stellen.[75] Reeds vóór de ILC haar werkzaamheden met betrekking tot de ontwerpartikelen aanving, was duidelijk dat het beginsel van universele rechtsmacht zich ontwikkeld had tot een beginsel van positief recht in het internationaal gewoonterecht; dat sommige staten bepaalde toepassingen van het beginsel hebben bekritiseerd doet daaraan niets af.[76] Het Israelisch Hooggerechtshof zei het in de *Eichmann* zaak zo: 'Of such odious acts it must be said that in point of international law they are completely outside the 'sovereign' jurisdiction of the State that ordered or ratified their commission, and therefore those who participated in such acts must personally account for them and cannot shelter behind the official character of their task or mission.'[77]

In het ILC-commentaar op ontwerpartikel 7 worden deze verdragen, en de ontwikkelingen in het internationaal strafrecht echter niet als direct ingrijpend op de regel van functionele immuniteit gepresenteerd, maar vervat in een betoog over waarden en systemische interpretatie van het internationaal recht, hetgeen niet duidelijk maakt hoe de genoemde waarden en ontwikkelingen relevant zijn bij het vaststellen van de positiefrechtelijke inhoud en reikwijdte van de regel. Het vijfde rapport van Speciale Rapporteur Escobar Hernandez introduceerde het belang van verschillende andere regels van internationaal recht als volgt: 'Whether or not there is a customary norm defining international crimes as limitations or exceptions to immunity, a systemic analysis of the relationship between immunity and international crimes in contemporary international law shows that there are various arguments in favour of such a norm.'[78] Het rapport ging vervolgens in op *ius cogens*, de strijd tegen straffeloosheid, toegang tot de rechter, het recht op schadevergoeding, de verplichting om misdrijven onder internationaal recht of andere internationale misdrijven te vervolgen, en concludeerde: 'the arguments that have been analysed above make it clear that there are sufficient grounds in contemporary international law to conclude that the commission of international crimes *may* constitute a limitation or exception to the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction.'[79] Met andere woorden, ontwikkelingen in het internationaal strafrecht worden neergezet als argumenten voor aanpassing van de bestaande gewoonterechtelijke regel. Echter, argumenten over de *lex lata* inhoud en reikwijdte van internationaal gewoonterecht kunnen *ook* coherent zijn wanneer deze invulling geven aan sleutelbegrippen die een regel definiëren, waarbij de normatieve basis of ratio van de regel richtinggevend is. Lord Sumption legde dit ten aanzien van beperkingen op de staatsimmuniteit in een zaak voor het Britse Hooggerechtshof als volgt uit:

> '[T]he adoption of the restrictive doctrine has not proceeded by accumulating exceptions to the absolute doctrine. What has happened is that governments, courts and writers of authority have been prompted by the widening scope of State operations and their extension into commerce and industry, *to re-examine the true basis of a doctrine* originally formulated at a time when states by and large confined their operations in other countries to the classic exercises of sovereign authority. The true basis of the doctrine was and is the equality of sovereigns, and that never did warrant immunity extending beyond what sovereigns did in their capacity as such.'[80]

Het standpunt dat functionele immuniteit zich niet uitstrekt tot misdrijven onder internationaal recht kan als een *lex lata* standpunt worden verdedigd onder verwijzing naar de normatieve basis, of ratio, van de regel van functionele immuniteit en de ontwikkelingen in het internationaal strafrecht die daar rechtstreeks op in grijpen. Nu staten eensgezind een grens hebben gesteld aan hun vrijheid om het mandaat van staatsfunctionarissen te bepalen in de vorm van individuele aansprakelijkheid voor misdrijven onder internationaal recht, en nu staten hebben bepaald dat onder omstandigheden *alle* staten verdachten van het plegen van deze misdrijven mogen berechten en het vaststellen van deze overschrijding van een mandaat dus niet langer onder de exclusieve rechtsmacht van de thuisstaat valt, kunnen individuen zich niet langer achter functionele immuniteit verschuilen (wat evenwel niet belet dat ook de staat zelf aansprakelijkheid kan oplopen in verband met het handelen van zijn functionaris, en dat de staat zelf *wel* een beroep op staatsimmuniteit kan doen wanneer deze ter verantwoording wordt geroepen in een civiele procedure voor een buitenlandse rechter).

Het Britse House of Lords stelde in de *Pinochet* zaak vast dat staten die partij zijn bij het Folterverdrag geen functionele immuniteit kunnen inroepen wanneer hun functionarissen in andere verdragsstaten voor foltering vervolgd worden.[81] Omdat betrokkenheid van staatsfunctionarissen deel is van de definitie van foltering, en omdat het verdrag een verplichting oplegt aan staten om verdachten van foltering die zich binnen hun grondgebied bevinden te vervolgen, achtte de Law Lords niet-toepasselijkheid van functionele immuniteit de enige logische conclusie. Zoals Lord Millett het verwoordde: 'no rational system of criminal justice can allow an immunity which is coextensive with the offence.'[82] Chili kon zich dientengevolge niet beroepen op functionele immuniteit om zijn voormalig staatshoofd af te schermen van Britse rechtsmacht in een uitleveringsprocedure ingezet door Spanje, dat Pinochet wilde vervolgen voor folteringen gepleegd in Chili ten tijde van zijn bewind.

Advies nr. 20, dat de CAVV over de immuniteit van buitenlandse staatsfunctionarissen schreef in 2011, steunde ook op deze beginselen, en breidde de *Pinochet* logica uit tot verdragen waar de rol van de staat niet deel is van de definitie van het internationale misdrijf zoals in het Folterverdrag, omdat de relevante verdragen zich wel richten tot staatsfunctionarissen.[83] De CAVV keek allereerst naar de verschillende internationale verdragen waarin de individuele aansprakelijkheid van plegers van internationale misdrijven en de rechtsmacht van buitenlandse rechters bij het vaststellen van die aansprakelijkheid werden neergelegd, en concludeerde dat '[i]ndien deze overheidsfunctionarissen de mogelijkheid zou worden geboden zich te onttrekken aan de werking van deze verdragen in geval van vervolging door een vreemde staat, door aan te voeren dat het gewraakte gedrag in een officiële hoedanigheid werd verricht en dus functionele immuniteit van toepassing is, zou dit in strijd zijn met de letter en de geest van deze verdragen.'[84] De CAVV pleitte ook voor de niet-toepasselijkheid van functionele immuniteit ten aanzien van misdrijven onder internationaal recht buiten de verdragscontext maar formuleerde de stand van het internationaal recht op dit punt nog omzichtig door te spreken van 'een sterke ontwikkeling' die gaande was.[85]

Het is opvallend dat de kabinetsreactie op het CAVV-advies uit 2011 meteen de deur opent naar een *lex lata* benadering van niet-toepasselijkheid van functionele immuniteit op internationale misdrijven. De Minister schreef dat 'de functionele immuniteit die [personen tijdens de uitoefening van officiele handelingen namens de staat] genieten na afloop van hun ambtsperiode waarschijnlijk niet in de weg zal staan aan de uitoefening van rechtsmacht door de Nederlandse strafrechter, indien het gaat om een gerede verdenking van internationale misdrijven. Het uiteindelijke oordeel hierover ligt bij de rechter.'[86] En de Nederlandse regering laat daarna in 2015 ook aan de ILC weten, met betrekking tot individuen die persoonlijke immuniteit genieten, dat 'officials suspected of having committed international crimes in their official capacity, should not be able to claim immunity successfully once they have left office. The functional immunity that those concerned enjoy after they have left office will probably not constitute an obstacle to the exercise of jurisdiction by a Dutch court, if a reasonable suspicion exists that

they have committed international crimes. Any final decision on this point must, of course, be made by the courts.'[87] Nederland formuleert hetzelfde standpunt in 2016 onmiskenbaar in *lex lata* bewoordingen, met betrekking tot *alle* staatsfunctionarissen, onder verwijzing naar Nederlandse rechtspraak: 'The Netherlands further considers that functional immunity does not extend to the commission of international crimes committed by those concerned in their official capacity.'[88]

Toen de CAVV het vraagstuk in 2022 opnieuw voor zich had, met betrekking tot het misdrijf agressie, formuleerde ze de steun voor de uitzondering anders door te schrijven dat 'er goede argumenten zijn om te zeggen dat functionele immuniteit van strafrechtelijke rechtsmacht niet geldt voor internationale misdrijven.'[89] Zoals hierboven uiteengezet, is de CAVV namelijk van mening dat de relatie tussen de twee beginselen van internationaal strafrecht – individuele aansprakelijkheid en universele rechtsmacht - en de regel van functionele immuniteit directer is dan in 2011 werd aangenomen. De CAVV is van mening dat het argument dat functionele immuniteit niet van toepassing is op misdrijven onder internationaal recht waarvoor individuele aansprakelijkheid en universele rechtsmacht onder internationaal gewoonterecht aanvaard zijn, juridisch overtuigend is. De CAVV deelt dit standpunt met een aanzienlijk aantal gezaghebbende auteurs[90] en ook het *Institut de Droit International* kwam in 2001 en 2009 tot de conclusie dat functionele immuniteit zich niet uitstrekt tot internationale misdrijven.[91] Ook het Internationaal Joegoslavië Tribunaal (de ICTY) bevestigde in 1997 dat 'exceptions arise from the norms of international criminal law prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide. Under these norms, those responsible for such crimes cannot invoke immunity *from national or international jurisdiction* even if they perpetrated such crimes while acting in their official capacity.'[92]

Echter, het kan niet ontkend worden dat de wijze waarop universele rechtsmacht wordt ingezet en gebruikt sinds de jaren negentig van de vorige eeuw, door staten niet voorzien is en dat een groot aantal staten in het licht van die ontwikkelingen het onverkort inperken van functionele immuniteit ten aanzien van misdrijven onder internationaal recht (of ten aanzien van verdragsrechtelijke internationale misdrijven) niet langer steunt. De Britse *Pinochet* zaak kan daarbij als een keerpunt worden gezien.[93] Alhoewel de uitspraak van de House of Lords expliciet beperkt was tot de specifieke bepalingen in het Folterverdrag, vestigde deze wel de aandacht op de mogelijkheid om via universele rechtsmacht staatsfunctionarissen voor buitenlandse rechters te brengen. Er volgden talloze pogingen om (voormalige) buitenlandse staatsfunctionarissen die zich kortstondig op buitenlands grondgebied bevinden, te vervolgen voor vermeende internationale misdrijven, veelal ingezet en ondersteund door mensenrechtenorganisaties.[94] De statenpraktijk en *opinio juris* die ontwerpartikel 7 ondersteunt, is niet gering.[95] Bekende voorbeelden zijn de uitspraak van het Hof Amsterdam in de *Boutersezaak* (2000),[96] de uitspraak van het Italiaanse Hooggerechtshof in de *Lozano*-zaak (2008),[97] de uitspraak van het Zwitserse Federale Strafhof in de *Nezzar*-zaak (2012),[98] en recent de uitspraak van het Duitse Hooggerechtshof (2021) in een strafzaak tegen Syrische staatsfunctionarissen.[99]

Het valt echter op dat de individuen in deze zaken – en andere zaken waarin universele rechtsmacht over internationale misdrijven werd uitgeoefend – doorgaans niet langer in officiële dienst waren, vrijwillig hun land hadden verlaten (bijvoorbeeld via migratiestromen), in ongenade waren gevallen in hun eigen land en/of een relatief lage positie in de statelijke hiërarchie bekleedden ('low-cost defendants').[100] Ook riep de thuisstaat niet in alle gevallen de immuniteit van de verdachte in.

Daarnaast is de relevante jurisprudentie niet helemaal consistent. Zo weigerde het Hof van Beroep van Dakar in 2005 op grond van functionele immuniteit uitlevering van Hissène Habré, het voormalige staatshoofd van Tsjaad[101] aan België, dat hem wilde vervolgen voor foltering, genocide, misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven. Daarbij dient niettemin aangetekend te worden dat de *Extraordinary African Chambers* van de Senegalese rechtbanken in 2016 *toch* hun rechtsmacht over Habré uitoefenden; immuniteit werd kennelijk geen obstakel geacht.[102] En in 2021 stelde de strafrechtelijke

kamer van het Franse Hof van Cassatie, in kennelijke tegenspraak met zijn eerdere oordeel in de *Barbie*-zaak[103], dat de beschuldiging aan het adres van voormalig President Bush en andere staatsfunctionarissen van de VS, dat in Guantanamo Bay foltering werd gepleegd niet een uitzondering op immuniteit rechtvaardigde.[104] In 2023 heeft het Franse Hof van Cassatie, in plenaire samenstelling, evenwel vastgesteld dat Frankrijk zijn universele strafrechtsmacht over een voormalig lid van de Syrische veiligheidsdiensten beschuldigd van internationale misdrijven kan uitoefenen, wat impliceert dat functionele immuniteit niet relevant werd geacht.[105]

De context waarin de Neurenberg principes werden aangenomen, met een eensgezinde internationale gemeenschap en een breed gedeelde wens om de al feitelijk vaststaande misdaden van het naziregime te vervolgen, verschilt wezenlijk van de omstandigheden waarin de uitzondering op functionele immuniteit heden ten dage vaak wordt ingeroepen. Staten hebben lange tijd hun universele rechtsmacht niet actief ingezet om de strijd tegen straffeloosheid voor internationale misdrijven aan te gaan. Door de Koude Oorlog bleef de praktijk jarenlang voornamelijk beperkt tot vervolging van oud-nazi misdadigers in landen waar zij na de Tweede Wereldoorlog hun toevlucht toe hadden genomen.[106] Pas na 1990 ontwikkelde het internationaal strafrecht zich verder, met name door de oprichting van de ad hoc-tribunalen voor Joegoslavië en Rwanda, de uitoefening van universele rechtsmacht door met name een aantal Europese staten, alsook de inwerkingtreding van het Statuut van het Internationaal Strafhof in 2002. Pas toen rechtbanken (opnieuw) effectief hun rechtsmacht begonnen uit te oefenen over staatsfunctionarissen van andere landen, werd voor sommige staten duidelijk dat de beginselen die ze in de nasleep van de Tweede Wereldoorlog volmondig hadden omarmd, in het huidige tijdsgewricht tot serieuze politieke spanningen en verstoorde internationale relaties konden leiden. Alhoewel de meeste zaken die aanhangig werden gemaakt wel degelijk steunden op sterke aanwijzingen dat de aangeklaagde personen verantwoordelijkheid droegen voor het plegen van internationale misdrijven, werd toch duidelijk dat veel staten grote moeite hebben met de onverkorte toepassing van het internationaal strafrecht, en dan met name de rechtsmacht van andere staten over hun (voormalige) functionarissen. Ironisch genoeg heeft het werk van de ILC de weerstand alleen maar versterkt, of in elk geval zichtbaar gemaakt. De input van staten op het werk van de ILC in de Zesde Commissie van de Algemene Vergadering laat zien dat een heel aantal staten de in ontwerpartikel 7 neergelegde uitzonderingen voor misdrijven onder internationaal recht inmiddels niet als positief recht beschouwt[107] en slechts een beperkt aantal staten dat wel doet.[108] Een iets groter aantal staten steunt ontwerpartikel 7 als een gewenste ontwikkelrichting van het recht. Andere staten, met name de staten die zich tot de *Non-Aligned Movement* rekenen (zoals Iran), maar ook landen als de Verenigde Staten, Israël en Rusland, hebben zich *tegen* een uitzondering op de functionele immuniteit met betrekking tot misdrijven onder internationaal recht gekeerd.[109] De CAVV erkent dat heel wat staten moeite hebben met de uitzondering, wellicht uit toegenomen vrees voor politiek gemotiveerde vervolgingen.[110] De CAVV is van oordeel dat deze weerstand serieus moet worden genomen en dat mogelijke risico's derhalve dienen te worden geadresseerd via procedurele regels en waarborgen (zie onder), zonder daarbij evenwel te raken aan de principiële niet-toepasselijkheid van functionele immuniteit voor misdrijven onder internationaal recht.

De discussie over de toepasselijkheid van functionele immuniteit ten aanzien van misdrijven onder internationaal recht heeft dus twee kanten. Aan de ene kant is daar het internationaal strafrecht en de in de statenpraktijk diep verankerde overtuiging dat individuen die verantwoordelijk zijn voor deze misdrijven zich niet mogen verschuilen achter de soevereiniteit van de staat waarvoor ze hun taken verrichten; aan de andere kant is er bij veel staten twijfel ontstaan over het compleet loslaten van de beschermende werking van functionele immuniteit. De CAVV is van mening dat het argument dat functionele immuniteit niet van toepassing is op misdrijven onder internationaal recht waarvoor individuele aansprakelijkheid en universele rechtsmacht onder internationaal gewoonterecht aanvaard zijn, nog steeds juridisch

overtuigend is. Maar de CAVV is ook van mening dat de overduidelijke weerstand van veel staten tegen bepaalde toepassingen van de uitzondering op functionele immuniteit niet zonder grond is en dat het voor de ILC in deze fase van het project, en in het licht van de weerstand en daarmee ontstane impasse, belangrijk is te sturen op een oplossing.

De ILC heeft dit getracht door in deel vier procedurele waarborgen op te nemen die de weerstand tegen ontwerpartikel 7 zouden moeten wegnemen door voldoende garanties in te bouwen tegen politiek gemotiveerde en ongefundeerde vervolgingen. Maar zonder een heldere duiding van de juridische status van ontwerpartikel 7, lijkt deze weg dood te lopen. Tegenstanders zullen zich gesteund voelen door de *lex ferenda* terminologie gebezigd in het commentaar bij ontwerpartikel 7 en hebben dus geen enkele reden om ontwerpartikel 7 in een eventuele bindende verdragstekst neer te leggen. Een verdrag is daarmee op voorhand gedoemd te mislukken. Alleen als de ILC erin slaagt de argumenten voor een *lex lata* benadering goed voor het voetlicht te brengen en daarmee ruimte te scheppen voor verdere ontwikkeling van deze argumenten in toekomstige nationale procedures, is er een kans dat tegenstanders van deze ontwikkeling zullen kiezen voor de minste van twee kwaden, namelijk een verdragstekst waarin tenminste voldoende waarborgen zijn ingebouwd om de legitieme belangen van de thuisstaat te beschermen.

2. Beperking tot bepaalde misdrijven onder internationaal recht

De ILC heeft ervoor gekozen de uitzondering op, dan wel beperking[111] van ontwerpartikel 7 alleen te laten gelden ten aanzien van het misdrijf genocide, misdrijven tegen de menselijkheid, oorlogsmisdrijven, het misdrijf apartheid, foltering en gedwongen verdwijning. Het commentaar legt de keuze als volgt uit:

> ‘First, these are crimes about which the international community has expressed particular concern, resulting in the adoption of treaties that are at the heart of international criminal law, international human rights law and international humanitarian law, and the international courts have emphasized not only the gravity of these crimes, but also the fact that their prohibition is customary in nature and that committing them may constitute a violation of peremptory norms of general international law (jus cogens). Second, these crimes arise, directly or indirectly, in the judicial practice of States in relation to cases in which the issue of immunity *ratione materiae* has been raised. Lastly, it should be noted that these three crimes are included in article 5 of the Rome Statute, where they are described as ‘the most serious crimes of concern to the international community as a whole.’[112]

De CAVV is een voorstander van een meer algemeen geformuleerde regel, op basis waarvan de inperking van de functionele immuniteit wordt verklaard door de factoren individuele aansprakelijkheid en universele rechtsmacht. Ontwerpartikel 7 zou dan geformuleerd worden als niet-toepasselijkheid van functionele immuniteit op gewoonterechtelijke misdrijven onder internationaal recht waar universele rechtsmacht voor geldt, en het commentaar kan uiteraard enkele niet-controversiële voorbeelden geven. Daarnaast kan het commentaar aangeven dat immuniteit uiteraard ook ingeperkt kan worden door verdragen. Het is in het kader van dit project van de ILC niet nodig om een standpunt in te nemen in de discussie over de vraag welke misdrijven precies kwalificeren als misdrijf onder internationaal gewoonterecht, en ook niet in de discussie over de vraag of universele rechtsmacht van toepassing is op alle misdrijven onder internationaal recht. De huidige lijst met misdrijven waarvoor functionele immuniteit niet geldt, roept onnodig veel vragen en discussie op, en bovendien maakt het commentaar bij ontwerpartikel 7 niet duidelijk waarom bepaalde misdrijven wel en andere misdrijven niet op de lijst staan.

3. Twee categorieën misdrijven die ontwerpartikel 7 niet meer noemt: corruptie en misdrijven op het grondgebied van de forumstaat wanneer er geen toestemming was voor het verrichten van de handeling waarbinnen het misdrijf heeft plaatsgevonden

Ontwerpartikel 7 was in eerste instantie niet beperkt tot misdrijven onder internationaal recht. Het tekstvoorstel van Speciale Rapporteur Escobar Hernandez zonderde ook 'corruption-related crimes' en 'crimes that cause harm to persons, including death and serious injury, or to property, when such crimes are committed in the territory of the forum State and the State official is present in said territory at the time that such crimes are committed' uit van de werkingssfeer van functionele immuniteit.[113] Deze twee categorieën misdrijven zijn niet opgenomen in de uiteindelijke tekst van ontwerpartikel 7. Het commentaar merkt echter op dat '[t]his does not mean (...) that the Commission considers that immunity from criminal jurisdiction should apply to these two categories of crimes.'[114]

Ten aanzien van misdrijven van corruptie voegde de Commissie daar aan toe '[t]hey do not constitute 'acts performed in an official capacity', but are acts carried out by a State official solely for his or her own benefit.'[115]

De discussie ten aanzien van misdrijven gepleegd op het grondgebied van de forumstaat had al duidelijk gemaakt dat het tekstvoorstel van de Speciale Rapporteur niet op het juiste spoor zat. Het voorstel was gestoeld op de zogenaamde 'territorial tort' uitzondering zoals die mogelijk geldt ten aanzien van staatsimmuniteit. Alhoewel de gewoonterechtelijke status van deze uitzondering nog niet volledig vaststaat, erkennen veel staten een uitzondering op de regel van staatsimmuniteit ten aanzien van claims 'to pecuniary compensation for death or injury of the person, or damage to or loss of tangible property'[116] voortvloeiend uit onrechtmatige daden die buitenlandse staten op het grondgebied van de forumstaat hebben begaan. De territoriale uitzondering op functionele immuniteit heeft echter een ander karakter: ze is alleen eventueel van toepassing als een staatsfunctionaris zich zonder toestemming op het grondgebied van de forumstaat bevindt, dan wel zonder toestemming bepaalde handelingen op dat grondgebied verricht. Deze mogelijke uitzondering was uitgebreid besproken in het tweede rapport van Speciale Rapporteur Kolodkin:

> 'If a State did not give its consent to the presence of a foreign official and his activity, which led to the commission of a criminally punishable act, in its territory, there would appear to be sufficient grounds for assuming that the official does not enjoy immunity *ratione materiae* from the jurisdiction of that State. ...the State, consenting to the presence and activity of a foreign official in its territory, consented in advance to the immunity of that person, in connection with his official activity. If, though, there was no such consent, and the person is not only acting illegally but is present in the State territory illegally, then it is fairly difficult to assert immunity. Examples of this type of situation include espionage, acts of sabotage, kidnapping, etc. In judicial proceedings concerning cases of this kind, immunity has either been asserted but not accepted, or not even asserted.'[117]

Het commentaar op ontwerpartikel 7 zegt over het niet opnemen van deze categorie het volgende: 'The Commission considers that certain crimes, such as murder, espionage, sabotage or kidnapping, committed in the territory of a State in the aforementioned circumstances are subject to the principle of territorial sovereignty and do not give rise to immunity from jurisdiction *ratione materiae*, and therefore there is no need to include them in the list of crimes for which this type of immunity does not apply.'[118]

De CAVV is niet overtuigd door de wijze waarop de toepasselijkheid van functionele immuniteit ten aanzien van deze twee categorieën misdrijven in het commentaar is weggeschreven. Allereerst, het feit dat deze misdrijven geen 'officiële handelingen' zouden zijn, verklaart niet waarom ontwerpartikel 7 ze niet zou noemen. Immers, ook ten aanzien van misdrijven onder internationaal recht laat de Commissie in het midden of het officiële handelingen zijn of niet;[119] dat is precies de reden waarom het ontwerpartikel rept van *niet-toepasselijkheid* van, in plaats van *uitzonderingen* op functionele immuniteit. Niet-toepasselijkheid kan immers het gevolg zijn van zowel een uitzondering op de regel, of een beperking die het gevolg is van de toepassing van de regel. Maar belangrijker nog, de CAVV is van mening dat de gekozen oplossing onvoldoende duidelijkheid biedt. De hierboven geciteerde delen

van het commentaar lijken duidelijk, maar het commentaar als geheel laat toch nog ruimte voor discussie.

Over de kwalificatie van misdrijven van corruptie, bestond binnen de ILC kennelijk een verschil van inzicht. In het commentaar bij ontwerpartikel 7 wordt immers verwezen naar een aantal commissieleden dat corruptie als een officiële handeling beschouwt, en een aantal anderen dat dit als een privé-handeling beschouwt.[120] Ook de beperking ten aanzien van 'zonder toestemming' gepleegde territoriale misdrijven wordt te weinig uitgelegd en geanalyseerd om de discussie die er ten aanzien van dit punt wel degelijk is, gezaghebbend te beëindigen. Het lijkt erop dat de hoogoplopende discussies over misdrijven onder internationaal recht in de weg hebben gestaan van een diepgravende discussie ten aanzien van deze twee categorieën misdrijven.

De CAVV is mening dat de toepasselijkheid van functionele immuniteit voor misdrijven van corruptie en territoriale misdrijven gepleegd zonder toestemming van de forumstaat om het grondgebied te betreden, dan wel zonder toestemming om de overheidshandeling waarbinnen het misdrijf heeft plaatsgevonden op het grondgebied te verrichten, meer aandacht en discussie behoeft. Voor beide type misdrijven lijken er sterke aanwijzingen dat functionele immuniteit in elk geval ten dele beperkt is, maar de contouren van deze uitzonderingen dan wel beperkingen zijn onduidelijk.[121] De CAVV acht het daarom raadzaam om zelfstandige ontwerpartikelen aan deze twee misdrijven te wijden, en de positie van de ILC verder uit te diepen.

Part Four: Procedural provisions and safeguards

Deel vier bevat de procedurele regels omtrent het inroepen en toepassen van persoonlijke en functionele immuniteit, waarvan een aantal specifiek ontworpen is indachtig de controverse over ontwerpartikel 7. Deze procedurele regels en waarborgen dienen volgens de ILC een drieledig doel:[122]

1. bewaren van een balans tussen de rechten en belangen van de staat van de functionaris en de rechten en belangen van de forumstaat;
2. bevorderen van wederzijds vertrouwen en de stabiliteit van internationale betrekkingen;
3. verzekeren dat de uitoefening van strafrechtelijke rechtsmacht over een buitenlandse staatsfunctionaris geen misbruik van recht inhoudt of politiek gemotiveerd is.

De CAVV merkt op dat andere verdragen die internationale immuniteitsregels codificeren nauwelijks procedurele regels bevatten. Het Verdrag van Wenen inzake Diplomatiek Verkeer, het Weens Verdrag inzake Consulaire Betrekkingen, het Verdrag inzake Speciale Missies en het VN Verdrag inzake Staatsimmuniteit bevatten een bepaling over het afstand doen van immuniteit, maar het inroepen van immuniteit, het inlichten van de buitenlandse staat, of het proces van vaststellen van immuniteit komt in deze verdragen niet aan de orde. De ILC is in deel vier duidelijk op zoek naar *nieuwe* regels die een mogelijk toekomstig verdrag zou kunnen bevatten.

De CAVV zal hieronder artikelsgewijs commentaar geven op hoofdlijnen en vooral nader ingaan op de vraag of de procedurele waarborgen zoals ze nu geformuleerd zijn in met name ontwerpartikel 14, lid 3 de bezwaren van staten tegen een uitzondering op functionele immuniteit voor misdrijven onder internationaal recht voldoende ondervangen.

— Article 8

Application of Part Four

The procedural provisions and safeguards in the present Part shall be applicable in relation to any exercise of criminal jurisdiction by the forum State over an official of another State, current or former, that concerns any of the draft articles contained in Part Two and Part Three of the present draft articles, including to the determination of whether immunity applies or does not apply under any of the present draft articles.

Ontwerpartikel 8 maakt duidelijk dat de procedurele bepalingen en waarborgen vervat in deel vier van toepassing zijn op alle uitoefeningen van rechtsmacht over (voormalige) buitenlandse

staatsfunctionarissen waarbij de bepalingen van deel twee en drie van de ontwerpartikelen in het geding zijn. Het ontwerpartikel is opgenomen om tegemoet te komen aan de zorgen van sommige ILC leden en te bekrachtigen dat deel vier ook van toepassing is wanneer rechtsmacht wordt uitgeoefend onder de uitzondering of beperking van ontwerpartikel 7. Alhoewel de CAVV van mening is dat gezien de inhoud van de procedurele bepalingen en waarborgen de toepasselijkheid van deel vier *ook* in het geval van vervolging voor misdrijven onder internationaal recht niet ter discussie staat, kan zij zich de wens voorstellen om hier geen enkele onduidelijkheid over te laten bestaan. Echter, ontwerpartikel 8 wekt nu de indruk dat deel vier van toepassing is op *alle* rechtsmachtsuitoefeningen over misdrijven gepleegd door (voormalige) buitenlandse staatsfunctionarissen. Het lijkt echter niet de bedoeling dat de procedurele regels en waarborgen ook gelden wanneer een (voormalig) functionaris die slechts functionele immuniteit geniet, verdacht wordt van het plegen van een misdrijf in de privésfeer. Is deel vier van toepassing wanneer een gepensioneerde politie-agent tijdens een verblijf in het buitenland verdacht wordt van het plegen van een moord? De CAVV denkt van niet, en is van mening dat de formulering van ontwerpartikel 8 nadere inkadering behoeft.

— Article 9

Examination of immunity by the forum State

1. *When the competent authorities of the forum State become aware that an official of another State may be affected by the exercise of its criminal jurisdiction, they shall examine the question of immunity without delay.*

2. *Without prejudice to paragraph 1, the competent authorities of the forum State shall always examine the question of immunity:*

   (a) before initiating criminal proceedings;
   (b) before taking coercive measures that may affect an official of another State, including those that may affect any inviolability that the official may enjoy under international law.

Ontwerpartikel 9 bepaalt dat de forumstaat, zodra deze op de hoogte is van het feit dat een (voormalig) functionaris van een andere staat geraakt kan worden door zijn uitoefening van strafrechtelijke rechtsmacht, de immuniteitsvraag dadelijk moet onderzoeken. Het betreft hier een voorbereidend onderzoek waarbij de vraag *of* immuniteit ook daadwerkelijk van toepassing is nog niet beantwoord wordt - deze *vaststelling van immuniteit* wordt separaat geregeld in ontwerpartikel 14. De ILC geeft, ook in het commentaar, niet aan wat 'competent authorities' zijn. Dit hangt af, legt het commentaar uit, van de nationale rechtsorde en zal van geval tot geval beoordeeld moeten worden.[123] Het commentaar definieert 'exercise of criminal jurisdiction' als 'such acts carried out by the competent authorities of the forum State as may be necessary to establish the criminal responsibility, if any, of one or several individuals. These acts may be of different types and are not limited to judicial acts, and may include governmental, police, investigative and prosecutorial acts'.[124] De verplichting om de immuniteitsvraag te onderzoeken bestaat alleen als de functionaris geraakt dreigt te worden door een dergelijke uitoefening van rechtsmacht ('may be affected by the exercise of the jurisdiction'), hetgeen volgens de ILC alleen het geval is 'if it hinders or prevents the exercise of the functions of that person by imposing obligations upon him or her'.[125] Het commentaar benadrukt dat het verzamelen van bewijs in het strafrechtelijke onderzoek, als dit onder het nationale recht van de forumstaat geen verplichtingen voor de functionaris met zich meebrengt, dus wel kan zonder dat de immuniteitsvraag onderzocht dient te worden.[126] Lid 2 specificeert dat het onderzoek van lid 1 *in elk geval* gedaan moet worden voordat een strafrechtelijke procedure wordt gestart, en voordat dwangmaatregelen worden genomen die een buitenlandse staatsfunctionaris en diens onschendbaarheid kunnen raken.

De CAVV plaatst vier kanttekeningen bij dit ontwerpartikel en bijbehorend commentaar.

In de eerste plaats is de CAVV van mening dat de bespreking van de begrippen 'criminal jurisdiction' en 'criminal proceedings' in het commentaar van ontwerpartikel 9 vragen oproept. Hoe verhouden immuniteitsregels

zich tot het opleggen van sancties, begrepen als beperkende maatregelen van bestuurlijke aard, zoals een inreisverbod of het bevriezen van activa (bijvoorbeeld EU-sancties tegen Russische functionarissen)? En welke regels gelden wanneer staatsfunctionarissen worden opgeroepen om te getuigen: valt dit binnen het bestek van dit ontwerpartikel of niet? De CAVV is van mening dat het nodig is dergelijke vragen in deze ontwerpartikelen te adresseren, en denkt daarom dat de begrippen toch definiëring behoeven in ontwerpartikel 2.

Het tweede punt betreft de toelichting bij de zinsnede 'may be affected by the exercise of its criminal jurisdiction' in lid 1. Het commentaar stelt dat een staatsfunctionaris alleen geraakt wordt als een handeling van de forumstaat 'hinders or prevents the exercise of the functions of that person by imposing obligations upon him or her'. Aangezien ook voormalige staatsfunctionarissen beschermd worden door functionele immuniteit, denkt de CAVV dat deze toelichting aanpassing behoeft. Het heeft volgens de CAVV de voorkeur om alleen de *verplichtende aard* van de handeling als beslissend te zien voor de vraag of immuniteit in de weg staat aan de handeling. Een staatsfunctionaris wordt geraakt door een uitoefening van strafrechtsmacht indien de functionaris wordt onderworpen aan een 'constraining act of authority'[127], ongeacht of die functionaris daardoor ook gehinderd wordt in de uitoefening van diens functie.

Ten derde is de CAVV van mening dat het onderscheid tussen het 'onderzoek naar immuniteit' in ontwerpartikel 9 en het 'vaststellen van immuniteit' dat in ontwerpartikel 14 geregeld wordt, nog niet voldoende duidelijk wordt uit het commentaar. De CAVV vraagt zich ook af waarom ontwerpartikel 9 niet net als ontwerpartikel 14 bepaalt dat de verplichting in dit ontwerpartikel 'does not prevent the adoption or continuance of measures the absence of which would preclude subsequent criminal proceedings against the official'. Door dit *wel* in ontwerpartikel 14 te vermelden, maar *niet* in ontwerpartikel 9 wekt de ILC de indruk dat gedurende de periode waarin het onderzoek naar immuniteit loopt maatregelen om te verhinderen dat een staatsfunctionaris het grondgebied verlaat *niet* zijn toegestaan. De CAVV vraagt zich af of het niet beter is om het onderzoek naar en het vaststellen van immuniteit als een doorlopend proces te beschouwen en in één ontwerpartikel te reguleren.

Ten slotte merkt de CAVV op dat ontwerpartikel 9 aan de mogelijke onschendbaarheid van buitenlandse staatsfunctionarissen refereert en herhaalt de onder ontwerpartikel 1 al geformuleerde positie dat de ontwerpartikelen ook het internationaal recht ten aanzien van onschendbaarheid van staatsfunctionarissen zou dienen te omvatten. Onschendbaarheid is alleen van toepassing wanneer persoonlijke immuniteit in het geding is, en ontwerpartikel 9 (alsook 14) maken nu geen duidelijk onderscheid tussen deze twee categorieën. De CAVV denkt dat nationale autoriteiten meer houvast nodig hebben bij het bepalen welke handelingen voorafgaand aan de definitieve vaststelling van immuniteit wel of niet zijn toegestaan, en welke rol het onderscheid tussen persoonlijke en functionele immuniteit daarbij speelt. Het is daarbij opgemerkt dat onschendbaarheid verdergaande procedurele beperkingen met zich meebrengt dan alleen de onmogelijkheid tot vrijheidsbeperking. Zo legde het Internationaal Gerechtshof in *Djibouti v France* uit dat onschendbaarheid 'imposes on receiving States the obligation to protect the honour and dignity of Heads of State, in connection with their inviolability.'[128] Deze verplichting houdt in dat personen die onschendbaarheid genieten met bepaalde *egards* behandeld worden. In *Djibouti v France* overwoog het IGH bijvoorbeeld dat *als* zou zijn komen vast te staan dat de Franse autoriteiten vertrouwelijke informatie over de oproep tot getuigen aan het staatshoofd van Djibouti tijdens het officiële bezoek van het staatshoofd aan Frankrijk aan de pers gelekt zouden hebben, dit de onschendbaarheid van het staatshoofd geschonden zou hebben.[129] Het is wel opgemerkt dat de scheidslijn tussen fatsoensnormen en verplichtingen onder internationaal recht een dunne is in deze context,[130] en het zou goed zijn als de ILC hier enige duidelijkheid kan scheppen door de implicaties van dit aspect van onschendbaarheid mee te nemen in deel vier.

— Article 10

Notification to the State of the official

1. *Before the competent authorities of the forum State initiate criminal proceedings or take coercive measures that may affect an official of another State, the forum State shall notify the State of the official of that circumstance. States shall consider establishing appropriate procedures to facilitate such notification.*

2. *The notification shall include, inter alia, the identity of the official, the grounds for the exercise of criminal jurisdiction and the competent authority to exercise jurisdiction.*

3. *The notification shall be provided through diplomatic channels or through any other means of communication accepted for that purpose by the States concerned, which may include those provided for in applicable international cooperation and mutual legal assistance treaties.*

Ontwerpartikel 10 verplicht de forumstaat om de staat van de functionaris te informeren van een voornemen om een strafrechtelijke procedure te beginnen of dwangmaatregelen te nemen ten aanzien van de functionaris. Het commentaar legt uit dat het de staat is, niet de functionaris, die immuniteit kan inroepen, of die afstand kan doen van immuniteit, maar dat voor de uitoefening van die rechten de staat wel op de hoogte moet zijn van het voornemen rechtsmacht uit te oefenen.

Het enige punt dat de CAVV ten aanzien van dit ontwerpartikel naar voren wil brengen betreft de relatie met ontwerpartikel 14, lid 4(b). Dat ontwerpartikel bepaalt dat de verplichting om immuniteit vast te stellen voordat dwangmaatregelen ten aanzien van de staatsfunctionaris worden genomen 'does not prevent the adoption or continuance of measures the absence of which would preclude subsequent criminal proceedings against the official.' Nu ontwerpartikel 10 dit voorbehoud niet maakt, lijkt het te impliceren dat de notificatieplicht ook geldt ten aanzien van verplichtende maatregelen die nodig zijn om een eventuele toekomstige strafrechtelijke procedure veilig te stellen. De CAVV is van mening dat de uitzondering van ontwerpartikel 14 ook opgenomen dient te worden in ontwerpartikel 10 (en zoals hierboven al gezegd, ook in ontwerpartikel 9) om te voorkomen dat de betreffende functionaris na notificatie het territoir van de forumstaat tijdig kan verlaten om vervolging te voorkomen.

— Article 11

Invocation of immunity

1. *A State may invoke the immunity of its official when it becomes aware that the criminal jurisdiction of another State could be or is being exercised over the official. Immunity should be invoked as soon as possible.*

2. *Immunity shall be invoked in writing, indicating the identity of and the position held by the official, and the grounds on which immunity is invoked.*

3. *Immunity may be invoked through diplomatic channels or through any other means of communication accepted for that purpose by the States concerned, which may include those provided for in applicable international cooperation and mutual legal assistance treaties.*

4. *The authorities before which immunity has been invoked shall immediately inform any other authorities concerned of that fact.*

Ontwerpartikel 11 bepaalt dat een staat immuniteit van functionarissen *mag* inroepen. Dit maakt duidelijk dat het inroepen van persoonlijke en functionele immuniteit geen voorwaarde is voor het onderzoeken van de immuniteitsvraag door de forumstaat.[131] In tegendeel, zoals we zojuist zagen is de forumstaat verplicht om de immuniteitsvraag te onderzoeken zodra het duidelijk is dat een (voormalig) staatsfunctionaris geraakt kan worden door de voorgenomen uitoefening van rechtsmacht. De CAVV is van mening dat het goed zou zijn als de ILC de verplichting tot *proprio motu* onderzoek naar immuniteit expliciet zou maken in het commentaar bij ontwerpartikel 11.

Inroeping van immuniteit is echter niet geheel zonder rechtsgevolgen. In de context van functionele immuniteit kan de vraag of de thuisstaat immuniteit al dan niet heeft ingeroepen *wel* een rol spelen bij het vaststellen van de

eventuele 'officiële' aard van de handeling waarvoor de functionaris ter verantwoording wordt geroepen, zoals in het hieronder te bespreken ontwerpartikel 14 duidelijk wordt gemaakt.

Ontwerpartikel 11 verplicht staten immuniteit schriftelijk en zo snel mogelijk in te roepen. De CAVV stelt voorop dat het formuleren van verplichtingen ten aanzien van het inroepen van immuniteit, terwijl het inroepen zelf geen verplichtend karakter heeft, enigszins bevreemdt. Bovendien, nu deze vereisten niet volgen uit het vigerend gewoonterecht,[132] is het de vraag waarom de ILC van mening is dat een dergelijke eis bijdraagt aan de hierboven gestelde doelen. Wellicht meent de ILC dat de eis bijdraagt aan de stabiliteit van internationale betrekkingen nu schriftelijkheid eventuele latere conflicten over de vraag *of* de staat immuniteit heeft ingeroepen voorkomt en tijdige inroeping betekent dat de forumstaat de positie van de thuisstaat kan meewegen in de vaststelling van immuniteit conform ontwerpartikel 14, lid 2(b). Het huidige commentaar maakt dit echter niet duidelijk.

— Article 12

Waiver of immunity

1. *The immunity of a State official from foreign criminal jurisdiction may be waived by the State of the official.*

2. *Waiver of immunity must always be express and in writing.*

3. *Waiver of immunity may be communicated through diplomatic channels or through any other means of communication accepted for that purpose by the States concerned, which may include those provided for in applicable international cooperation and mutual legal assistance treaties.*

4. *The authorities to which the waiver has been communicated shall immediately inform any other authorities concerned that immunity has been waived.*
5. *Waiver of immunity is irrevocable.*

Ontwerpartikel 12 adresseert het leerstuk van het afstand doen van immuniteit. Nu immuniteit een procedurele regel is die beschermde individuen niet vrijwaart van de werking van het recht van een andere staat, kan de staat van de functionaris als rechthebbende door middel van het doen van afstand de uitoefening van rechtsmacht door de forumstaat alsnog mogelijk maken. De CAVV wil graag twee korte punten naar voren brengen ten aanzien van dit ontwerpartikel.

Ten eerste is de CAVV van mening dat lid 5, dat stelt dat het doen van afstand onomkeerbaar is, nuancering behoeft. De ILC legt uit dat lid 5 een regel van internationaal recht reflecteert en voortvloeit uit het beginsel van goede trouw en het belang van rechtszekerheid.[133] Alhoewel vergelijkbare bepalingen in bijvoorbeeld het VWDV dit niet stipuleren, wordt er inderdaad doorgaans van uitgegaan dat afstand onomkeerbaar is. Denza zegt bijvoorbeeld over de relevante bepaling in het VWDV dat 'it is not possible for the sending State to revoke a waiver once it has been given with authority and with full knowledge of any entitlement.'[134] Ze verwijst daarbij naar het commentaar van de ILC bij dit artikel: 'It goes without saying that proceedings, in whatever court or courts, are regarded as an indivisible whole, and that immunity cannot be invoked on appeal if an express or implied waiver was given in the court of first instance.'[135] Toch lijkt het neerleggen van dit principe in een harde regel te ver te gaan. Net zoals de binding aan verdragen in zeer uitzonderlijke omstandigheden omkeerbaar is, denkt de CAVV dat afstand van immuniteit in zeer uitzonderlijke omstandigheden moet kunnen worden ingetrokken. Ook de ILC *Guiding Principles Applicable to Unilateral Declarations of States Capable of Creating Legal Obligations* stellen dat een eenzijdige handeling van een staat in uitzonderlijke gevallen ingetrokken kan worden. In het commentaar noemt de ILC specifiek het leerstuk van de fundamentele wijziging van omstandigheden dat in uitzonderlijke gevallen beëindiging van verdragen toestaat en dat ook op eenzijdige handelingen van toepassing is.[136] Het commentaar bij dit ontwerpartikel laat zien dat ook sommige ILC leden moeite hadden met lid 5: 'some members also expressed the view that exceptions to this general rule might be warranted in some situations, such as when new

facts not previously known to the State of the official come to light after immunity has been waived; when it is found in a particular case that the basic rules of due process have not been observed during the exercise of jurisdiction by the forum State; or when exceptional circumstances of a general nature arise, such as either a change of government or a change in the legal system, that could result in a situation where the right to a fair trial is no longer guaranteed in the State seeking to exercise its criminal jurisdiction.'[137] In het licht van het interne debat hierover nodigt de ILC staten expliciet uit om commentaar te geven op lid 5.[138] De CAVV is van mening dat het goed zou zijn om lid 5 nader te kwalificeren door bijvoorbeeld, zoals ook ILC leden hebben betoogd, de termen 'save in exceptional circumstances' or 'in principle' aan de formulering toe te voegen.

Ten tweede denkt de CAVV dat het goed zou zijn om in het commentaar aandacht te besteden aan het onderscheid tussen immuniteit van rechtsmacht en immuniteit van executie, en in verband daarmee ook aan het effect van afstand van immuniteit op onschendbaarheid wanneer deze van toepassing is. In haar bespreking van artikel 32, lid 4 VWDV legt Denza uit dat het onderscheid tussen civielrechtelijke procedures (waar een separate 'waiver' voor de tenuitvoerlegging van een vonnis vereist is) en strafrechtelijke procedures waar dit niet het geval lijkt, niet meteen logisch is – en in het geval van het VWDV ook niet een bewuste beslissing lijkt.[139] Denza betoogt dat 'the better view is that the [VWDV] does not exclude a waiver of immunity by the sending State expressly limited to the proceedings necessary to determine guilt'.[140] Het is denkbaar dat een staat *wel* bereid is om de schuld van zijn functionaris in rechte te laten vaststellen door een buitenlandse rechter, maar *niet* bereid is om een eventueel vonnis ten uitvoer te laten leggen. Daarnaast kunnen bij geldelijke boetes opgelegd in strafrechtelijke procedures ook vraagstukken van onschendbaarheid van eigendom een rol spelen. De CAVV denkt dat dit vraagstuk in elk geval in het commentaar geadresseerd moet worden.

— Article 13

Requests for information

1. *The forum State may request from the State of the official any information that it considers relevant in order to decide whether immunity applies or not.*

2. *The State of the official may request from the forum State any information that it considers relevant in order to decide on the invocation or the waiver of immunity.*

3. *Information may be requested through diplomatic channels or through any other means of communication accepted for that purpose by the States concerned, which may include those provided for in applicable international cooperation and mutual legal assistance treaties.*

4. *The requested State shall consider any request for information in good faith.*

Ontwerpartikel 13 bepaalt dat de forumstaat informatie mag opvragen bij de thuisstaat die het van belang acht voor het vaststellen van immuniteit, en dat de thuisstaat dit verzoek te goeder trouw zal overwegen. De CAVV denkt dat de bepaling onnodig is, en vindt het logischer deze informatie in het commentaar bij ontwerpartikel 14 op te nemen.

— Article 14

Determination of immunity

1. *A determination of the immunity of a State official from the foreign criminal jurisdiction shall be made by the competent authorities of the forum State according to its law and procedures and in conformity with the applicable rules of international law.*

2. *In making a determination about immunity, such competent authorities shall take into account in particular:*

   (a) whether the forum State has made the notification provided for in draft article 10;
   (b) whether the State of the official has invoked or waived immunity;
   (c) any other relevant information provided by the authorities of the State of the official;

(d) any other relevant information provided by other authorities of the forum State; and
(e) any other relevant information from other sources.

3. *When the forum State is considering the application of draft article 7 in making the determination of immunity:*

   (a) the authorities making the determination shall be at an appropriately high level;
   (b) in addition to what is provided in paragraph 2, the competent authorities shall:
   (i) assure themselves that there are substantial grounds to believe that the official committed any of the crimes under international law listed in draft article 7;
   (ii) give consideration to any request or notification by another authority, court or tribunal regarding its exercise of or intention to exercise criminal jurisdiction over the official.

4. *The competent authorities of the forum State shall always determine immunity:*
   (a) before initiating criminal proceedings;
   (b) before taking coercive measures that may affect the official, including those that may affect any inviolability that the official may enjoy under international law. This sub-paragraph does not prevent the adoption or continuance of measures the absence of which would preclude subsequent criminal proceedings against the official.

5. *Any determination that an official of another State does not enjoy immunity shall be open to challenge through judicial proceedings. This provision is without prejudice to other challenges to any determination about immunity that may be brought under the applicable law of the forum State.*

Ontwerpartikel 14 bepaalt dat een beslissing op de immuniteitsvraag altijd genomen moet zijn voordat een strafrechtelijke procedure wordt gestart of dwangmaatregelen worden genomen die de staatsfunctionaris en diens eventuele onschendbaarheid kunnen raken, alhoewel dit niet betekent dat geen maatregelen mogelijk zijn die nodig zijn om te zorgen dat strafrechtelijke vervolging mogelijk blijft. Daarnaast bepaalt het ontwerpartikel welke factoren de forumstaat bij de beslissing moet meewegen, *en* formuleert het een aantal extra waarborgen ten aanzien van vaststellingen van immuniteit waar een mogelijke toepassing van ontwerpartikel 7 in het geding is. Het commentaar noemt deze bepaling 'one of the most fundamental procedural safeguards contained in this part'.[141] Het ontwerpartikel geeft aanleiding tot vier opmerkingen die de CAVV in deze fase het belangrijkst acht.

Het eerste punt betreft de clausule in lid 4 sub b die dwangmaatregelen die nodig zijn om toekomstige vervolging veilig te stellen uitzondert van de verplichting om een beslissing te nemen op de immuniteitsvraag voordat dwangmaatregelen worden genomen. Het commentaar maakt duidelijk dat het hierbij niet om gevangenneming gaat maar om 'measures of a precautionary nature, including, for example, any administrative measures aimed at preventing the official's departure from the territory of the forum State, such as a requirement to surrender his or her passport or an order prohibiting the official from leaving the territory and requiring him or her to report periodically to the national authorities.'[142] De zinsnede 'or continuance' blijkt volgens het commentaar zelfs te betekenen dat dergelijke dwangmaatregelen voortgezet mogen worden *nadat* immuniteit is vastgesteld. Het commentaar stelt hierover: 'The retention of the power to adopt and continue such coercive measures even after immunity has been determined is justified, in particular, by the fact that the determination may be made at an early stage of the exercise of jurisdiction and then be reversed at a later stage, especially in the judicial phase.'[143] De CAVV is van mening dat de huidige formulering en het zeer beperkte commentaar niet duidelijk maken hoe deze clausule zich verhoudt tot met name persoonlijke immuniteit en de bijbehorende onschendbaarheid. De ILC sluit met deze omschrijving namelijk niet uit dat ook een zittend staatshoofd verboden kan worden om na vaststelling van diens immuniteit en onschendbaarheid het territoir van de forumstaat te verlaten. De CAVV is van mening dat dat hoogstwaarschijnlijk in strijd is met persoonlijke immuniteit en/of onschendbaarheid, en ook niet in lijn zou zijn met een van de onderliggende redenen voor het opnemen van deze procedurele waarborgen, namelijk het bevorderen van wederzijds vertrouwen en de stabiliteit van internationale betrekkingen.

Maar ook ten aanzien van functionarissen met enkel functionele immuniteit (en dus zonder onschendbaarheid) lijkt continuering van beperkende maatregelen na bepaling dat immuniteit van toepassing is, erg ver te gaan. Juist vanwege het feit dat er momenteel nog veel controverses zijn omtrent ontwerpartikel 7, en dat voor veel staten de instemming met ontwerpartikel 7 afhangt van de robuustheid van de procedurele waarborgen, is het van belang dat deze bepaling nader wordt uitgewerkt en ingekaderd.

Het tweede punt betreft het bepaalde lid 2(b): 'In making a determination about immunity, such competent authorities shall take into account in particular … whether the State of the official has invoked or waived immunity'. Ook hier denkt de CAVV dat een onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen persoonlijke en functionele immuniteit. Bij functionele immuniteit kan het al dan niet inroepen van immuniteit licht werpen op de vraag of de handeling waarvoor de functionaris terecht staat als een 'handeling verricht in officiële hoedanigheid' in de zin van ontwerpartikel 6, lid 1 heeft te gelden. Met name het *niet* inroepen van immuniteit (zeker na notificatie conform ontwerpartikel 10) lijkt een indicatie dat de buitenlandse staat de handeling niet beschouwt als een officiële handeling, alhoewel ook regimewisseling soms een verklaring kan zijn voor het stilzwijgen van de thuisstaat. En wanneer een staat *wel* immuniteit inroept is dat in elk geval een indicatie dat het de uitoefening van buitenlandse rechtsmacht onwenselijk acht. Persoonlijke immuniteit daarentegen is absoluut en het is de CAVV niet duidelijk hoe het *niet* inroepen van die immuniteit door de thuisstaat een factor is die meegewogen moet worden bij het vaststellen van die immuniteit door de forumstaat nu afstand doen van immuniteit altijd uitdrukkelijk dient te gebeuren.

Het derde punt betreft lid 5 dat bepaalt dat een vaststelling dat immuniteit *niet* van toepassing is aan rechterlijke toetsing moet kunnen worden onderworpen. Eenzelfde verplichting geldt niet voor vaststellingen dat immuniteit *wel* van toepassing is. Het commentaar wijst op 'the need to strike a balance between the rights of the foreign official, on the one hand, and those of the victims of the crimes he or she is alleged to have committed, on the other' en op 'the right of access to justice, which is a basic component of the right to effective judicial protection',[144] maar legt uit dat de ILC staten niet wil verplichten tot rechterlijke toetsing van een niet-rechterlijke beslissing dat immuniteit van toepassing is, maar dat dit aan staten zelf wordt overgelaten. Dit omdat bijvoorbeeld de beslissing van een aanklager om niet tot vervolging over te gaan wanneer er immuniteit is, niet in alle staten aan de rechter kan worden voorgelegd. Alhoewel de CAVV begrip heeft voor deze overweging, en begrijpt dat verplichte rechterlijke toetsing van alle immuniteitsbeslissingen voor veel staten niet acceptabel is, vraagt ze zich wel af of deze bepaling de belangen van de buitenlandse staat niet te gemakkelijk zwaarder laat wegen dan de belangen van slachtoffers van vermeende misdrijven.

Het laatste en vierde punt betreft de vraag of de extra waarborgen die lid 3 formuleert ten aanzien van vaststellingen van immuniteit in de context van toepassing van ontwerpartikel 7 voldoende tegemoet komen aan de bezwaren die steeds meer staten uiten tegen dat ontwerpartikel. De ILC formuleert drie waarborgen. Ten eerste bepaalt lid 3(a) dat de autoriteiten die over de immuniteitsvraag beslissen een 'appropriately high level' moeten hebben (terwijl reguliere beslissingen volgens lid 1 door de 'competent authorities' worden genomen).[145] Ten tweede bepaalt lid 3(b)(i) dat die autoriteiten zeker moeten stellen dat er 'substantial grounds to believe' zijn dat de functionaris een van de misdrijven onder internationaal recht genoemd in ontwerpartikel 7 gepleegd zijn. En ten derde bepaalt lid 3(b)(ii) dat het feit dat een andere autoriteit of rechtbank al rechtsmacht uitoefent over de functionaris, of van plan is rechtsmacht uit te oefenen over de functionaris meegewogen moet worden.

De drie waarborgen in lid 3 roepen allerlei belangwekkende vragen op maar de CAVV heeft er voor gekozen in dit advies alleen die ene cruciale vraag te bespreken: slaagt ontwerpartikel 14, lid 3 er in om de bezwaren tegen ontwerpartikel 7 weg te nemen? Enkele ILC-leden die in 2017 tegen de voorlopige aanneming van ontwerpartikel 7 stemden, bleken in 2022 in elk geval nog niet

overtuigd en benadrukten dat de procedurele waarborgen de principiële bezwaren tegen ontwerpartikel 7 niet wegnamen.[146] En ook de staten die eerder kritisch waren, bleven kritisch in hun reacties op het werk van de ILC tijdens de jaarlijkse vergadering van de Zesde Commissie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties eind 2022: zo sprak de Verenigde Staten van 'longstanding concerns (...) that remain unaddressed'.[147] De CAVV doet hieronder twee suggesties om de waarborgen van ontwerpartikel 14, lid 3 verder te verstevigen.

De eerste suggestie haakt in op lid 3(b)(ii) dat de forumstaat verplicht om een verzoek of mededeling gedaan door een andere autoriteit of rechtbank die al rechtsmacht uitoefent over de functionaris, of van plan is rechtsmacht uit te oefenen over de functionaris mee te wegen bij de vaststelling van immuniteit. Deze bepaling verplicht de forumstaat om een verzoek of notificatie uitgaand van een andere autoriteit of rechtbank die rechtsmacht over de staatsfunctionaris uitoefent of voornemens is uit te oefenen. Het kan hierbij gaan om een internationale rechtbank, zoals het Internationaal Strafhof, de staat op wiens grondgebied het misdrijf is begaan, of de staat wiens onderdaan het misdrijf heeft gepleegd. Het commentaar op de bepaling is terughoudend en stelt slechts: '[A]ssessing whether a court other than those of the forum State is exercising or intends to exercise jurisdiction may be a useful tool for avoiding a conflict between respect for immunity and establishment of criminal responsibility for the commission of crimes under international law. This amounts to an enhanced procedural safeguard for the purposes of Part Four of the present draft articles.'[148]

De CAVV vraagt zich af of de rechtsmacht-claim van de thuisstaat niet iets steviger kan worden neergezet door het horizontale complementariteits- of subsidiariteitsbeginsel te verankeren in de ontwerpartikelen. Volgens dit beginsel kan de forumstaat zijn rechtsmacht slechts uitoefenen over misdrijven onder internationaal recht indien een andere staat met een sterkere band met het misdrijf of de verdachte, of een internationale rechtbank, niet in staat is rechtsmacht uit te oefenen.[149] ILC-lid Nolte opperde in 2017 om in plaats van een algemene uitzondering op immuniteit voor misdrijven onder internationaal recht, zoals nu neergelegd in ontwerpartikel 7, aansluiting te zoeken bij de plicht van staten om deze misdrijven *zelf* te vervolgen, en mocht een staat daar niet toe overgaan dan zou een plicht tot afstand doen van immuniteit gaan gelden.[150] Het tekstvoorstel, dat in plaats van het huidige ontwerpartikel 7 zou komen, luidde als volgt:

'The State of the official shall either waive immunity or submit the case for prosecution before its own courts in relation to the following alleged crimes:

(I) Genocide, crimes against humanity, war crimes, and torture;
(II) [Possible other crimes].'

Voorzichtige steun voor dit voorstel kan gevonden worden in het werk van Kress, zelf overigens een uitgesproken voorstander van ontwerpartikel 7 in de huidige vorm, die het 'the most promising attempt at striking a fair balance between the different concerns at stake which is currently under discussion' noemde.[151]

De CAVV is van oordeel dat een regel van primaire rechtsmacht voor de thuisstaat serieuze overweging verdient, echter alleen in combinatie met stevige procedurele waarborgen die (vertrouwen in) de effectieve en serieuze uitoefening van rechtsmacht door de thuisstaat verzekeren.[152] Maar de CAVV is ook van mening dat een dergelijke bepaling niet in de plaats van ontwerpartikel 7 zou moeten komen. Indien de waarborgen *niet* kunnen worden geboden, is het de forumstaat toegestaan zijn strafrechtsmacht over buitenlandse staatsfunctionarissen uit te oefenen zonder dat daar een afstand van immuniteit door de thuisstaat voor vereist is, zoals uiteengezet onder de bespreking van ontwerpartikel 7.

De tweede suggestie grijpt terug naar de bespreking van ontwerpartikel 7 hierboven. De CAVV kwam tot de conclusie dat het gapende gat tussen de brede overeenstemming over de Neurenberg-beginselen na 1945 en de huidige controverse over de regel vervat in ontwerpartikel 7 verklaard kan worden door het gebruik van het beginsel van universele

rechtsmacht in zaken tegen zittende of voormalige staatsfunctionarissen waarbij het twijfelachtig is of de rechtbank van de forumstaat daadwerkelijk optreedt ten behoeve van de internationale gemeenschap als geheel. De Neurenberg-beginselen werden omarmd in de context van de nasleep van de Tweede Wereldoorlog: gruweldaden die eensgezind werden veroordeeld door de internationale gemeenschap en een vastbeslotenheid dat de verantwoordelijken ter verantwoording moesten worden geroepen voor internationale dan wel nationale tribunalen. De CAVV vraagt zich af of de controverse over ontwerpartikel 7 niet vraagt om het kwalificeren van de reikwijdte van de uitzondering van ontwerpartikel 7 indachtig de omstandigheden waarin de uitzondering oorspronkelijk door staten werd geaccepteerd. Ontwerpartikel 14, lid 3 vraagt nu om 'substantial grounds to believe that the official committed any of the crimes under international law listed in draft article 7', maar wellicht zou de uitzondering op immuniteit voor misdrijven onder internationaal recht afhankelijk gesteld moeten worden van substantiële aanwijzingen dat de internationale gemeenschap de te vervolgen daden kwalificeert als misdrijven onder internationaal recht. Dit advies geeft niet voldoende ruimte om dit idee uit te werken, maar voor dergelijke aanwijzingen kan bijvoorbeeld gekeken worden naar gezaghebbende internationale organen (zoals bijvoorbeeld de Algemene Vergadering van de VN (AVVN)).[153] Wanneer bijvoorbeeld resoluties van de AVVN misdrijven onder internationaal recht constateren en een groot aantal leden deze veroordeelt, kan gevoeglijk worden aangenomen dat nationale rechters die rechtsmacht vestigen over verdachten van deze misdrijven ten behoeve van de internationale gemeenschap als geheel handelen. De CAVV wil hiermee overigens niet zeggen dat de uitoefening van universele rechtsmacht als zodanig op deze wijze ingeperkt dient te worden. Het gaat hier alleen over de specifieke omstandigheid van uitoefening van universele rechtsmacht over (voormalig) staatsfunctionarissen waarvoor de thuisstaat functionele immuniteit heeft ingeroepen. De CAVV merkt in dit kader ook op dat ontwerpartikel 18 een geschillenbeslechtingsclausule bevat die het IGH rechtsmacht geeft over geschillen over de interpretatie en toepassing van de voorliggende ontwerpartikelen. Bij de bespreking van dat ontwerpartikel zal ook kort besproken worden of het IGH een rol moet hebben bij het beslechten van geschillen over de vraag of 'substantial grounds to believe that the official committed any of the crimes under international law listed in draft article 7' aanwezig zijn.

— Article 15

Transfer of the criminal proceedings

1. *The competent authorities of the forum State may, acting proprio motu or at the request of the State of the official, offer to transfer the criminal proceedings to the State of the official.*

2. *The forum State shall consider in good faith a request for transfer of the criminal proceedings. Such transfer shall only take place if the State of the official agrees to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution.*

3. *Once a transfer has been agreed, the forum State shall suspend its criminal proceedings, without prejudice to the adoption or continuance of measures the absence of which would preclude subsequent criminal proceedings against the official.*

4. *The forum State may resume its criminal proceedings if, after the transfer, the State of the official does not promptly and in good faith submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution.*

5. *The present draft article is without prejudice to any other obligations of the forum State or the State of the official under international law.*

Ontwerpartikel 15 reguleert de overdracht van een strafrechtelijke procedure van de forumstaat naar de thuisstaat. De CAVV heeft verder geen opmerkingen bij deze bepaling.

— Article 16

Fair treatment of the State official

1. *An official of another State over whom the criminal jurisdiction of the forum State is exercised or could be exercised shall be guaranteed fair treatment, including a fair trial, and full protection of his or her rights and procedural guarantees under applicable national and international law, including human rights law and international humanitarian law.*

2. *Any such official who is in prison, custody or detention in the forum State shall be entitled:*

   (a) to communicate without delay with the nearest appropriate representative of the State of the official;
   (b) to be visited by a representative of that State; and
   (c) to be informed without delay of his or her rights under this paragraph.

3. *The rights referred to in paragraph 2 shall be exercised in conformity with the laws and regulations of the forum State, subject to the proviso that the said laws and regulations must enable full effect to be given to the purpose for which the rights referred to in paragraph 2 are intended.*

Ontwerpartikel 16 bepaalt dat de rechten van een buitenlandse staatsfunctionaris tegen wie in het buitenland vervolging wordt ingesteld (of overwogen) onder zowel internationaal recht als het nationale recht van de forumstaat gegarandeerd moeten worden. Lid 2 voegt daaraan toe dat in geval van detentie de staatsfunctionaris bovendien recht heeft zonder uitstel te communiceren met een vertegenwoordiger van de thuisstaat.

De bepaling is een vreemde eend in de bijt nu het procedurele rechten van de verdachte formuleert die losstaan van de immuniteitsvraag. De bepaling bevestigt voornamelijk rechten van individuen die ook onder internationale mensenrechtenverdragen beschermd worden en die gelden voor alle individuen, niet slechts voor buitenlandse staatsfunctionarissen. Daarnaast wordt het recht op consulaire bijstand[154] iets uitgebreid nu niet alleen consulair agenten toegang moeten hebben, en staatsfunctionarissen bovendien niet noodzakelijkerwijs de nationaliteit van de thuisstaat hebben. De CAVV is van mening dat lid 1 in elk geval geen plaats heeft in een eventueel verdrag over immuniteit van staatsfunctionarissen.

— Article 17

Consultations

The forum State and the State of the official shall consult, as appropriate, at the request of either of them, on matters relating to the immunity of an official covered by the present draft articles.

In lijn met vergelijkbare clausules in andere verdragen heeft de ILC in deel vier van de ontwerpartikelen de verplichting toegevoegd dat de forumstaat en de staat van de gezagsdrager consultaties voeren over de vraagstukken betreffende immuniteit. Deze bepaling maakt deel uit van de waarborgen van deel 4 en vormt een verplichting, zoals weergegeven door het gebruik van de term 'shall'. Het ontwerpartikel biedt wel flexibiliteit ten aanzien van de invulling van de verplichting zoals volgt uit de fomulering 'as appropriate'. Consultaties betreffen de immuniteit *ratione personae*, functionele immuniteit alsook de procedurele waarborgen. Hoewel de verplichting tot consultaties zich onderscheidt van het verzoek om informatie zoals weergegeven in ontwerpartikel 13, kan het wel om het verkrijgen van informatie gaan, bijvoorbeeld gericht op de visie van de andere staat ten aanzien van de interpretatie van de reikwijdte van de immuniteit.[155]

— Article 18

Settlement of disputes

1. *In the event of a dispute concerning the interpretation or application of the present draft articles, the forum State and the State of the official shall seek a solution by negotiation or other peaceful means of their own choice.*

2. *If a mutually acceptable solution cannot be reached within a reasonable time, the dispute shall, at the request of either the forum State or the State of the official, be submitted to the*

International Court of Justice, unless both States have agreed to submit the dispute to arbitration or to any other means of settlement entailing a binding decision.

Ontwerprtikel 18 voorziet in een geschillenbeslechtingsmechanisme en is pas later in de eerste lezing aan de tekst van de ontwerpartikelen toegevoegd. Het geeft het IGH rechtsmacht over geschillen over de interpretatie en toepassing van de ontwerpartikelen, tenzij beide staten instemmen met een andere bindend geschillenbeslechtingsmechanisme. De toevoeging van de bepaling is opvallend; doorgaans wordt de beslissing om al dan niet een geschillenbeslechtingsclausule op te nemen aan staten overgelaten, tenzij het duidelijk is dat het werk van de ILC uiteindelijk als ontwerpverdrag aan staten zal worden voorgelegd, zoals recentelijk bij de *Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes against Humanity* het geval was.[156] De ILC heeft echter nog niet besloten of de *Draft Articles on the Immunity of State Officials From Foreign Criminal Jurisdiction* uiteindelijk ook als ontwerpverdrag aan de Algemene Vergadering zullen worden voorgelegd. De ILC zelf geeft aan dat het de clausule met name heeft opgenomen om daarmee staten aan te moedigen zich uit te spreken over de wenselijkheid van een dergelijke bepaling.[157] Daarnaast geeft het commentaar aan dat een artikel over geschillenbeslechting goed past in deel vier.[158] De bepaling bevat geen *opt-out clause* zoals de ILC die bijvoorbeeld wel voorstelde in de *Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes against Humanity*.[159] Het commentaar legt uit dat staten wel een voorbehoud kunnen maken om binding aan ontwerpartikel 18 uit te sluiten.

De Speciale Rapporteur Escobar Hernández had voorgesteld om de procedure in de forumstaat op te schorten hangende de zaak voor het IGH of een arbitrage-tribunaal, maar de meerderheid van de ILC was hier niet voor omdat een dergelijke opschortende werking niet ondersteund wordt door precedenten en het in sommige nationale rechtsstelsels tot problemen zou leiden. De CAVV is het eens met deze beslissing en wijst er op dat opschorting altijd deel kan uitmaken van voorlopige maatregelen die het IGH eventueel neemt onder artikel 41 van het Statuut van het Hof.[160]

De CAVV wijst er ten slotte op dat ontwerpartikel 18 het IGH (of een ander bindend mechanisme) ook rechtsmacht geeft over een geschil over de vraag of er conform ontwerpartikel 14, lid 3(b) i 'substantial grounds to believe that the official committed any of the crimes under international law listed in draft article 7' zijn. Alhoewel deze vraag wellicht meer op het terrein van het internationaal strafrecht dan het internationaal publiekrecht ligt, denkt de CAVV dat het IGH met zaken als *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)*[161] heeft laten zien ook dergelijke vragen in behandeling te kunnen nemen.

Afsluitende overwegingen

inhoud

De CAVV spreekt haar waardering uit voor het werk dat de ILC heeft verzet in de lange aanloop naar aanneming van de ontwerpartikelen over immuniteit van staatsfunctionarissen ten aanzien van buitenlandse strafrechtsmacht in eerste lezing. Nu haar leden verdeeld zijn over een aantal centrale kwesties, was de taak waarvoor de ILC zich gesteld zag geen eenvoudige. Het belangrijkste splijtpunt betrof (en betreft) ontwerpartikel 7, dat zegt dat functionele immuniteit niet in de weg staat aan uitoefening van strafrechtsmacht over buitenlandse staatsfunctionarissen die verdacht worden van het plegen van bepaalde misdrijven onder internationaal recht. De CAVV verwelkomt de keuze van de ILC om, middels het uitwerken van procedurele waarborgen in deel 4 van de ontwerpartikelen, de tegenstanders van met name ontwerpartikel 7 tegemoet te komen. Niettemin is de CAVV van mening dat de ontwerpartikelen en het commentaar op punten overtuigingskracht missen en verduidelijking behoeven. In dit advies heeft de CAVV verschillende aanbevelingen ter herziening gedaan. In deze conclusie geven we de aanbevelingen op hoofdlijnen weer.

1. De CAVV is van mening dat de ILC, naast de immuniteit van rechtsmacht, ook de immuniteit van executie en de kwestie van de onschendbaarheid bij haar werk zou moeten betrekken (p. 8).

2. De CAVV denkt dat de conflictbepaling van ontwerpartikel 1 lid 3 over de relatie van de ontwerpartikelen met de rechten en verplichtingen van staten met betrekking tot internationale straftribunalen, verduidelijkt moet worden (p. 9, 10).

3. De CAVV acht een definitie van de begrippen ‘immuniteit ratione materiae’ en ‘immuniteit ratione personae’ aan het begin van de ontwerpartikelen wenselijk. Deze begrippen worden nu slechts impliciet gedefinieerd daar waar de inhoud en reikwijdte wordt beschreven (p. 12).

4. De CAVV nodigt de ILC uit de normatieve basis van de regel van functionele immuniteit te expliciteren. De CAVV is van oordeel dat functionele immuniteit een zelfstandige regel van internationaal recht is en geen integraal onderdeel van de regel van staatsimmuniteit is (p. 10-13).

5. De CAVV is van mening dat de definitie van staatsfunctionaris in ontwerpartikel 2(b) heroverwogen dient te worden (p. 12).

6. De CAVV acht het argument dat functionele immuniteit niet van toepassing is op misdrijven onder internationaal recht waarvoor individuele aansprakelijkheid en universele rechtsmacht onder internationaal gewoonterecht aanvaard zijn, nog steeds juridisch overtuigend. De CAVV is dan ook van mening dat het neerzetten van de uitzondering op functionele immuniteit als een gewenste ontwikkelrichting van het recht, geen recht doet aan de complexe statenpraktijk ten aanzien van vervolging van misdrijven onder internationaal recht gepleegd door buitenlandse staatsfunctionarissen (p. 18, 19).

7. De CAVV wijst erop dat er weerstand van een aanzienlijk aantal staten bestaat tegen bepaalde toepassingen van de uitzondering op functionele immuniteit. Deze weerstand is niet zonder grond. Het is voor de ILC daarom belangrijk te sturen op een oplossing, door de normatieve basis voor de uitzondering op functionele immuniteiten te expliciteren en voldoende sterke procedurele waarborgen op te nemen (p. 19-21).

8. Het toewerken naar een verdragstekst is naar de mening van de CAVV de beste manier om de fundamentele meningsverschillen binnen de ILC, en binnen de internationale gemeenschap, te overbruggen (p. 21).

9. De CAVV is van oordeel dat de huidige lijst met misdrijven waarvoor functionele immuniteit niet geldt, onnodig veel vragen en discussie oproept. De CAVV is een voorstander van een meer algemeen geformuleerde regel, op basis

waarvan de inperking van de functionele immuniteit wordt verklaard door de factoren individuele aansprakelijkheid en universele rechtsmacht. De CAVV is daarom van mening dat ontwerpartikel 7 geformuleerd zou moeten worden in termen van niet-toepasselijkheid van functionele immuniteit op gewoonterechtelijke misdrijven onder internationaal recht waar universele rechtsmacht voor geldt (p. 21).

10. De CAVV is van mening dat de toepasselijkheid van functionele immuniteit voor misdrijven van corruptie en territoriale misdrijven gepleegd zonder toestemming van de forumstaat om het grondgebied te betreden, dan wel zonder toestemming om de overheidshandeling waarbinnen het misdrijf heeft plaatsgevonden op het grondgebied te verrichten, meer aandacht en discussie behoeft. De CAVV acht het raadzaam om zelfstandige ontwerpartikelen aan deze twee misdrijven te wijden, en de positie van de ILC verder uit te diepen (p. 21-23).

11. De CAVV vindt het belangrijk de waarborgen en procedurele regels met betrekking tot het inroepen en toepassen van persoonlijke en functionele immuniteit verder te verstevigen, en op punten te verduidelijken (p. 24-32).

12. De CAVV is van mening dat de formulering van ontwerpartikel 8 nadere inkadering behoeft om de exacte reikwijdte van de procedurele waarborgen vast te stellen. (p. 23, 24).

13. De CAVV adviseert waarborgen inzake het onderzoek naar en het vaststellen van immuniteit als een doorlopend proces te beschouwen en in één ontwerpartikel te reguleren (p. 25).

14. De CAVV is van mening dat de reikwijdte van de maatregelen die staten nog kunnen nemen vanaf het moment dat immuniteit onderzocht wordt verduidelijkt moet worden, ook in de context van de notificatieplicht (“measures the absence of which would preclude subsequent criminal proceedings against the official”) (p. 25, 26).

15. De CAVV is van mening dat de vereisten ten aanzien van het inroepen van immuniteit nadere uitleg en verantwoording behoeven (p. 26, 27).

16. De CAVV is van oordeel dat het doen van afstand van immuniteit in uitzonderlijke gevallen omkeerbaar moet kunnen zijn (p. 27, 28).

17. De CAVV denkt dat het voortduren van de ‘voorzorgsmaatregelen’ van ontwerpartikel 14 lid 4 sub b na een positieve vaststelling van immuniteit problematisch is (p. 29, 30).

18. De CAVV vraagt zich af of ontwerpartikel 14 lid 5 voldoende rekening houdt met de belangen van slachtoffers van vermeende misdrijven (p. 30).

19. De CAVV is van oordeel dat een regel van primaire rechtsmacht voor de thuisstaat ten aanzien van misdrijven onder internationaal recht serieuze overweging verdient, echter alleen in combinatie met stevige procedurele waarborgen die vertrouwen in de effectieve en serieuze uitoefening van rechtsmacht door de thuisstaat verzekeren en de mogelijkheid die primaire rechtsmacht niet te erkennen wanneer uitoefening van rechtsmacht door de thuisstaat niet verzekerd is (p. 30).

20. De CAVV is van mening dat ontwerpartikel 16, en dan met name lid 1, aangaande de garantie dat een eerlijk proces gegarandeerd dient te zijn, niet goed past binnen het onderwerp en bereik van de ontwerpartikelen en hier beter niet in opgenomen kan worden (p. 33).

Eindnoten

inhoud

1 Voor de tekst van de ontwerpartikelen en het commentaar daarop zie ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022) [hierna aangeduid als ILC Report 2022], p. 194-286.

2 https://www.adviescommissievolkenrecht.nl/publicaties/adviesaanvragen/2022/11/7/adviesaanvraag-over-ontwerpartikelen-international-law-commission-inzake-strafrechtelijke-immuniteit-van-staatsambtenaren.

3 CAVV, *Advies inzake de immuniteit van buitenlandse ambtsdragers*, Advies 20, 2 mei 2011.

4 CAVV, *Uitdagingen bij de berechting van het misdrijf agressie: rechtsmacht en immuniteiten*, Advies 40, 12 september 2022.

5 Artikel 31 lid 1 Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer, en dit geldt ook in doorreisstaten voor zover nodig, zie artikel 40 lid 1. Dit betreft rechtsmacht in zowel strafzaken als andere zaken, zij het dat de immuniteit in strafzaken absoluut is.

6 UN GA Convention on special missions, New York, 8 december 1969, *United Nations Treaty Series* Vol. 1400 No. 1-23431 (hierna: 'Verdrag inzake Speciale Missies'). 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. Alhoewel slechts 40 staten partij zijn bij het verdrag (niet Nederland) reflecteren belangrijke delen van het verdrag, waaronder artikelen 29 en 31, gewoonterecht, zie Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken, 26 april 2012, https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-32635-5.pdf, waarin ook de voorwaarden worden geformuleerd waaraan voldaan moet zijn om van een officiële missie te kunnen spreken. Zie ook Sanger, A., & Wood, S. (2019). The Immunities of Members of Special Missions. In T. Ruys, N. Angelet, & L. Ferro (Eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law* (pp. 452-480). Cambridge: Cambridge University Press, p. 416, die opmerken dat de 'outstanding issues' vooral immuniteit in burgerlijke gedingen betreffen. 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, en CAVV, *Uitdagingen bij de berechting van het misdrijf agressie: rechtsmacht en immuniteiten*, Advies 40, 12 september 2022, vn. 54.

7 IGH 14 februari 2002, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, par. 55.

8 Ibid., par. 58.

9 *Yearbook of the International Law Commission, 2007*, Vol. II, Part Two, VN Doc A/CN.4/SER.A/2007/Add.1, p. 98, par. 376.

10 ILC, 10 juni 2010, Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Kolodkin, Special Rapporteur, VN Doc A/CN.4/631, p. 425, par. 90.

11 ILC, 14 juni 2016, Fifth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction / by Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, VN Doc A/CN.4/701,p.78, par 189. Voor het onderscheid tussen de concepten 'uitzondering' en 'beperking' zie p. 70, par. 171.

12 ILC, 10 juni 2010, Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Kolodkin, Special Rapporteur, VN Doc A/CN.4/631, p. 406 ('The Special Rapporteur is proceeding on the assumption that it is enjoyed by the so-called threesome (Head of State, Head of Government and Minister for Foreign Affairs), as well as by certain other high-ranking State officials.').

13 ILC, 4 april 2013, Second report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction / by Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, VN Doc A/CN.4/661, p. 47.

14 Zie artikel 1 lid 1 van het Statuut ILC (waarin 'progressieve ontwikkeling' zelfs op de eerste plaats komt, gevolgd door codificatie) en artikel 13 VN Handvest.

15 Zie voor een overzicht van de plenaire debatten op dit punt: R. van Alebeek, 'The 'International Crime' Exception in the ILC Draft Articles on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Two Steps Back?', *AJIL Unbound*, Vol. 112 , 2018, p. 27-32.

16 ILC, Report of the Sixty-ninth session, VN Doc. A/72/10 (2017), par. 74.

17 Check ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 7, p. 231, par. 3.

18 ILC, Report of the nternational Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), p. 196, par. 13.

19 Zie ook UNGA Sixth Committee, 73rd Session, Report of the International Law Commission on the work of its seventieth session (Agenda item 82), 2018, Statement by Germany (III), p.3 ('any substantial change of international law in this area proposed by the Commission would have to be agreed upon by States by treaty').

20 M. Bossuyt en J. Wouters, *Grondlijnen van Internationaal Recht*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2005, p. 387-391.

21 Special Rapporteur Escobar Hernández was zich er bij aanvang van haar mandaat overigens al van bewust dat een aantal staten in de Zesde Commissie hadden gesuggereerd om ook de kwestie van de onschendbaarheid te adresseren. ILC, 31 mei 2012, Preliminary report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction / prepared by Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, VN Doc A/CN.4/654, p. 46. (Zie ook UNGA Sixth Committee, 73rd Session, Report of the International Law Commission on the work of its seventieth session (Agenda item 82), 2018, Statement by Israel (III), p.8. (Israel 'would advise to tread carefully with regard to the Special Rapporteur's observations with regard to the distinction between immunity and inviolability as well as a distinction between the person of the State official and the assets that might be sought for seizure as part of the criminal proceedings against him or her.').

22 Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer, 18 april 1961, *Trb*. 1962, 101.

23 Verdrag van Wenen inzake consulaire betrekkingen, 24 april 1963, *Trb*. 1965, 40.

24 UN GA Convention on special missions, New York, 8 december 1969, *United Nations Treaty Series* Vol. 1400 No. 1-23431.

25 *Institut de Droit international*, 'Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law' (Vancouver Session, 2001). Artikel 1 bepaalt ter zake van de onschendbaarheid als volgt: 'When in the territory of a foreign State, the person of the Head of State is inviolable. While there, he or she may not be placed under any form or arrest or detention. The Head of State shall be treated by the authorities with due respect and all reasonable steps shall be taken to prevent any infringement of his or her person, liberty, or dignity.' Artikel 2 betreft de immuniteit van rechtsmacht, en artikel 4 de immuniteit van executie.

26 Zie ook UNGA Sixth Committee, 73rd Session, Report of the International Law Commission on the work of its seventieth session (Agenda item 82), 2018, Statement by the Netherlands (III), p.3 ('The Netherlands supports the position that persons enjoying immunity *ratione materiae* do not enjoy inviolability. After all, the immunity applies to the functioning of an official and the question whether his or her acts may be subjected to criminal jurisdiction. The immunity does not apply to the person as such.').

27 Zie ook UNGA Sixth Committee, 73rd Session, Report of the International Law Commission on the work of its seventieth session (Agenda item 82), 2018, Statement by Romania (III), p.4 ('We encourage the Commission to further look into this subject and further consider the question of the inviolability in this context').

28 Zie UNGA Sixth Committee, 73rd Session, Report of the International Law Commission on the work of its seventieth session (Agenda item 82), 2018, Statement by the Netherlands (III), p.4, waarin Nederland erop wijst dat documenten eigendom van de staat kunnen zijn, in welk geval ze en op basis van de regel gecodificeerd in het VN-Verdrag inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen, New York, 2 december 2004, staatsimmuniteit van jurisdictie en executie genieten voor zover ze voor niet-commerciële doeleinden worden gebruikt.

[29] ILC, 29 mei 2008, Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction / by Kolodkin, Special Rapporteur, VN Doc A/CN.4/601 p. 172, p. 175 ('The exercise of criminal jurisdiction also includes the adoption of interim measures of protection or measures of execution.'); ILC, 10 juni 2010, Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Kolodkin, Special Rapporteur, VN Doc A/CN.4/631, p. 402 ('The Special Rapporteur does not yet see the need to consider immunity from pretrial measures of protection and immunity from execution separately from -immunity from criminal jurisdiction as a whole.'); ILC, 4 april 2013, Second report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction / by Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, VN Doc A/CN.4/661, p. 39 ('Other interim measures—such as passport confiscation, house arrest and the obligation to appear before a judicial authority at regular intervals—are common in the exercise of criminal jurisdiction.').

[30] Zie voor een bespreking van het onderscheid tussen immuniteit en onschendbaarheid T. Weatherall, 'Inviolability not Immunity: Re-evaluating the Execution of International Arrest Warrants by Domestic Authorities of Receiving States', 17 *Journal of International Criminal Justice*, 2019, p. 45-76.

[31] (Voormalige) Staatsfunctionarissen kunnen uiteraard in hun persoonlijke capaciteit en voor persoonlijke rekening gedaagd worden in civiele procedures. De immuniteit van staatsfunctionarissen die in hun officiële hoedanigheid gedaagd worden in burgerlijke procedures wordt geadresseerd door het (nog niet in werking getreden) VN Verdrag inzake de Immuniteit van Rechtsmacht van Staten en hun Eigendommen, 2 december 2004, *Trb*. 2010, 272, artikel 2 lid 1(b)(iv). Volgens een 'general understanding' van de Zesde Commissie van de Algemene Vergadering van de VN heeft het verdrag betrekking op burgerlijke zaken, maar niet op strafzaken. Zie Ad Hoc Committee on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (General Assembly, GA Res. 55/150 (Dec. 12, 2000)), final report March 5, 2004 (UN Doc. A/59/22) ('the Ad Hoc Committee noted the general understanding that the draft articles do not cover criminal proceedings').

[32] Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character 1975, *Official Records of the United Nations Conference on the Representation of States in their Relations with International Organizations*, vol. II (United Nations publication, Sales No. E.75.V.12).

[33] Verdrag nopens de voorrechten en immuniteiten van de Verenigde Naties, 13 februari 1946, *Trb*. 1960, 33.

[34] Verdrag nopens de voorrechten en immuniteiten van de gespecialiseerde organisaties, 21 november 1947, *Stb*. 1949, J 67.

[35] ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 1, p.1, par. 12-14.

[36] ILC, Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966, *Yearbook of the International Law Commission, 1966, vol. II*.

[37] Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof, 17 juli 1998, *Trb*. 2000, 120. Zie met name ISH 6 mei 2019, *Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, ICC-02/05-01/09 OA2, par. 113, waarin het Hof van oordeel was dat, op basis van het internationaal gewoonterecht, ook aan staatshoofden van staten die geen partij zijn bij het Statuut, geen persoonlijke immuniteit toekomst. De CAVV heeft in een eerder advies over agressie en immuniteit deze positie kritisch besproken, zij het dat ze een rechtsontwikkeling op dit punt wel mogelijk achtte. CAVV, *Uitdagingen bij de berechting van het misdrijf agressie: rechtsmacht en immuniteiten*, Advies 40, 12 september 2022, p. 17. De wijdverbreide steun voor het aanhoudingsbevel dat door het Internationaal Strafhof op 17 maart 2023 is uitgevaardigd tegen Vladimir Poetin, de president van de Russische Federatie (geen partij bij het Statuut), lijkt deze rechtsontwikkeling te ondersteunen. Zie https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and.

[38] De Beroepskamer van het Strafhof heeft in de *Al Bashir/Jordanië*-zaak beslist dat persoonlijke immuniteit van een staatshoofd van een niet-verdragstaat ook niet van toepassing is in horizontale relaties tussen staten indien de rechtsmacht wordt uitgeoefend om een individu aan te houden en over te dragen aan het Strafhof, ISH 6 mei 2019, *Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, ICC-02/05-01/09 OA2, par. 127-131.

[39] ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 1, p. 201, par. 26.

[40] ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 2, p. 203, par. 5 en p.205, par. 11.

[41] ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 2, p. 206, par. 13.

[42] ILC, 'Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001)', *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, p. 26, article 5.

[43] C. Kress, 'Article 98', in K. Ambos (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary* (Beck 2022), p. 2605-2606 (met verwijzingen).

[44] UK House of Lords, 14 juni 2006, *R. v. Jones*, [2006] UKHL 16; Europees Hof van de Rechten van de Mens, 14 januari 2014, *Jones v. the United Kingdom, (Applications nos. 34356/06 and 40528/06)*.

[45] ICTY, 29 oktober 1997, *Prosecutor v Blaskic*, IT-95-14-PT. 7, par. 38, 41. Uit het beginsel van soevereiniteit kan evenwel niet zonder meer worden afgeleid dat de staat en zijn functionarissen te allen tijde immuniteit genieten. Zo verwierp het Internationaal Gerechtshof, met betrekking tot artikel 4 van het Verdrag van Palermo (Verdrag van de Verenigde Naties tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad, 15 november 2000), het argument dat de gewoonterechtelijke regels van immuniteit zouden zijn geïncorporeerd in dat artikel op basis van de verwijzing erin naar de beginselen van soevereine gelijkheid en non-interventie. Zie IGH 6 juni 2018, *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 2018, p. 292, par. 96 ('The Court concludes that, in its ordinary meaning, Article 4, read in its context and in light of the object and purpose of the Convention, does not incorporate the customary international rules on immunities of States and State officials.'). Artikel 4 van het Verdrag van Palermo bepaalt 'De Staten die partij zijn, komen hun verplichtingen uit hoofde van dit Verdrag na op een wijze die in overeenstemming is met de beginselen van soevereine gelijkheid en territoriale integriteit van staten en van non-interventie in de interne aangelegenheden van andere staten.'

[46] ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 2, p. 208, par. 24 en 25.

[47] ILC, 'Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001)', *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II, Part Two, p. 26.

[48] ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 2, p. 208, par. 25.

[49] C. Kress, 'Article 98', in K. Ambos (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary*, Beck, 2022, p. 2605, en verwijzingen aldaar.

[50] VN Verdrag inzake de Immuniteit van Rechtsmacht van Staten en hun Eigendommen, 2 december 2004, artikel 2 lid 1(b)(iv).

[51] Vgl. US Supreme Court, *Underhill v Hernandez*, 168 U.S. 250 (1897); Attorney General, *Israel v. Adolf Eichmann* (1968) 36 ILR 18, p. 277, 309-310 ('The theory of 'Act of State' means that the act performed by a person as an organ of the State ...must be regarded as an act of the State alone. ... [T]here is no basis for the doctrine when the matter pertains to acts prohibited by the law of nations, especially when they are international crimes of the class of 'crimes against Humanity').

[52] H. Fox and P. Webb, *The Law of State Immunity* (3rd edn 2015 OUP) p. 54 e.v. en p. 62 e.v.

[53] IGH 26 februari 2007, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), ICJ Reports 2007, p. 43*, par. 392: 'persons, groups of persons or entities may, for purposes of international responsibility, be equated with State organs even if that status does not follow from internal law, provided that in fact the persons, groups or entities act in "complete dependence" on the State, of which they are ultimately merely the instrument.'

54 IGH 14 februari 2002, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, par. 53.

55 IGH 14 februari 2002, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, par. 53.

56 ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 3, p. 217, 218, par. 11.

57 IGH 14 februari 2002, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, par. 51 [nadruk toegevoegd].

58 Zie ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 3, p. 218, par. 13, vn. 977.

59 Zie ook CAVV, *Uitdagingen bij de berechting van het misdrijf agressie: rechtsmacht en immuniteiten*, Advies 40, 12 september 2022, p. 11.

60 Ibid.

61 IGH 14 februari 2002, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, par. 70.

62 Artikel 40 Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer.

63 Zie art. 7 lid 2(a) van het Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer inzake de *full powers* van de troika. Zie ook art. 1 van het Verdrag inzake de voorkoming en bestraffing van misdrijven tegen internationaal beschermde personen, met inbegrip van diplomaten, 14 december 1973, in werking getreden 20 februari 1977, 1035 *United Nations Treaty Series* 167, dat een onderscheid maakt tussen de leden van de troika die te allen tijde 'internationally protected person' zijn, en andere staatsfunctionarissen die die status alleen hebben wanneer ze krachtens internationaal recht recht hebben op bijzondere bescherming.

64 IGH 14 februari 2002, A*rrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, par. 54-61.

65 IGH 14 februari 2002, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, par. 58.

66 Wood, M. (2019). Lessons from the ILC's Work on 'Immunity of State Officials': Melland Schill Lecture, 21 November 2017, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 22(1), 34, 55.

67 ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 7, pp. 232-234, par. 9, 10.

68 De ILC schrijft enigszins sibillijns dat 'In light of the above two reasons, the Commission considers that it must pursue its mandate of promoting the progressive development and codification of international law by applying both the deductive method and the inductive method.', ibid., overweging (11).

69 Zie ook R. van Alebeek, 'The "International Crime" Exception in the ILC Draft Articles on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Two Steps Back?' *AJIL unbound*, volume 112, 2018, p. 27-32.

70 In Internationaal Militair Tribunaal van Neurenberg 1946, *re Goering and others*, 13 ILR 203, p. 221. Ook: 'He who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the State if the State in authorizing action moves outside its competence under international law'. Zie ook Charter of the International Military Tribunal, 1945, *United Nations Treaties Series* volume 280, nr. 251, artikel 7: 'The official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment.'

71 Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal, Resolutie van de Algemene Vergadering 95(I) , 11 december 1946, VN Doc A/RES/1/95. Zie ook Resolutie van de Algemene Vergadering 488(V), 12 december 1950, VN Doc A/RES/488 (V).

72 Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, *Yearbook of the International Law Commission, 1950*, vol. II.

[73] Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, 1954, *Yearbook of the International Law Commission 1954*, Vol. II, p. 112-122, Artikel 3. Het commentaar bij artikel 1 maakt duidelijk dat de ILC 'did not specify whether persons accused of crimes under international law should be tried by national courts or by an international tribunal', en geeft daarmee aan dat dit onderscheid niet relevant is voor de toepasselijkheid van de beginselen.

[74] Onder meer Verdrag van Genève betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd, 12 augustus 1949; Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke en onterende behandeling of bestraffing, 10 december 1984; Internationaal Verdrag inzake de bescherming van alle personen tegen gedwongen verdwijning, 20 december 2006.

[75] C. Kress, 'Article 98', in K. Ambos (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary* (Beck 2022), 2610. Zie ook US Military Tribunal, US v. List and others, 19 Feb. 1948, (1950) 11 LRTWC 1233, 1241 ('An international crime is such an act universally recognized as criminal, which is a grave matter of international concern and for some valid reason cannot be left to the exclusive jurisdiction of the state that would have control over it under normal circumstances'.)

[76] D. Akande en S. Shah, 'Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts' in: *European Journal of International Law,* Volume 21, Issue 4, 2010, p. 848; B. Ntahiraja, 'The Legality and Scope of Universal Jurisdiction in Criminal Matters', *Nordic Journal of International Law*, 91(3), 2022, p. 417 ('the international legality of universal jurisdiction is clearly established'; 'the politics of enforcement are not determinative as far as the legal determination of the existence of a state's right is concerned'). Zie over de rechtsbases van universele rechtsmacht ook L. Reydams, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Perspectives*, Oxford University Press, 2003.

[77] Israel Supreme Court, 1962, *Attorney-General of Israel v Adolf Eichmann*, 36 ILR 277, p. 309-310.

[78] ILC, 14 juni 2016, Fifth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction / Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, VN Doc A/CN.4/701, par. 190.

[79] Ibid., par. 217 (nadruk toegevoegd).

[80] United Kingdom, Supreme Court, 18 oktober 2017, *Benkharbouche v. Embassy of Sudan*, [2017] UKSC 62, par. 52.

[81] House of Lords, Judgment, 24 maart 1999, *R. v. Bow Street Stipendiary Magistrate and others, Ex parte Pinochet (No.3)*, 2 All ER 97, Lord Saville, at 169–170.

[82] House of Lords, Judgment, 24 maart 1999, *R. v. Bow Street Stipendiary Magistrate and others, Ex parte Pinochet (No.3)*, 2 All ER 97, at 179a (Lord Millett).

[83] CAVV, *Advies inzake de immuniteit van buitenlandse ambtsdragers*, Advies 20, 2 mei 2011, p. 22-24.

[84] Ibid., p. 26.

[85] Ibid., p.20. De CAVV sprak van 'een ontwikkeling die in het internationaal recht nog niet is uitgekristalliseerd' en op p.29 van 'een sterke ontwikkeling' die gaande was.

[86] Kabinetsreactie m.b.t. CAVV, *Advies inzake de immuniteit van buitenlandse ambtsdragers*, Advies 20, 2 mei 2011, *Kamerstukken II*, 2011-2012, 33000-V, nr. 9, p 4.

[87] ILC, Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, Comments by governments, 67th Session (2015), Information submitted by the Netherlands, p. 2.

[88] ILC, Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, Comments by governments, 68th Session (2016), Information submitted by the Netherlands, p. 1, met verwijzing naar Gerechtshof Amsterdam, 20 november 2000, ECLI:NL:GHAMS:2000:AA8395 (Bouterse); UNGA Sixth Committee, 72nd Session, Report of the International Law Commission on the work of its sixty-ninth session (Agenda item 81), 2017, Statement by the Netherlands (II), p.2, par.4 ('It is the position of the Kingdom of the Netherlands that international crimes fall inherently outside the scope of acts in official capacity and therefore should not be susceptible to the plea of immunity.'); ILC, Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, Comments by governments, 71st Session (2019), Information submitted by the Netherlands, p.2:'The Netherlands recognizes that immunity *ratione materiae* is not absolute, and that exceptions exist to immunity *ratione materiae*. This would be the case with the commission of international crimes.'

89 CAVV, *Uitdagingen bij de berechting van het misdrijf agressie: rechtsmacht en immuniteiten*, Advies 40, 12 september 2022.

90 Alhoewel de precieze analyse op ondergeschikte punten iets kan afwijken, volgen de volgende auteurs deze analyse in grote lijnen: A. Cassese, 'When May Senior Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on The Congo v. Belgium Case', *European Journal of International Law*, Volume 13 2002, p. 864–865, D. Akande, S. Shah, 'Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts', *European Journal of International Law*, Volume 21, Issue 4, 2010, p. 815–852; C. Kress, 'Article 98', in K. Ambos (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary*, Beck, 2022, p. 2610; R. van Alebeek, 'Functional Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of Foreign National Courts', in: T. Ruys, N. Angelet en L. Ferro, *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, CUP, 2019, p. 496, p 518-523; H. Ascensio & B. Bonafè, 'L'absence d'immunité des agents de l'Etat en cas de crime international : pourquoi en débattre encore ?', RGDIP, vol. 122, 2018, n4, p. 821-850 ; P. Šturma, 'How to Limit Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction' In: *How International Law Works in Times of Crisis*, Edited by: G. Ulrich and I. Ziemele, Oxford University Press, 2019.

91 Institut de Droit International, Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law, Vancouver Session 2001, artikel 13(2) ('the former Head of State … may be prosecuted and tried when the acts alleged constitute a crime under international law'); Institut de Droit International, Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes, Naples Session, 2009, artikel III(1) ('No immunity from jurisdiction other than personal immunity in accordance with international law applies with regard to international crimes.').

92 ICTY, 29 oktober 1997, *Prosecutor v Blaskic*, Case No. IT-95-14-PT. 7, par. 41 [nadruk toegevoegd].

93 House of Lords, Judgment, 24 maart 1999, R. *v. Bow Street Stipendiary Magistrate and others, Ex parte Pinochet (No.3)*, [1999]2 All ER 97.

94 Zie onder meer N. Roht-Arriaza, *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights*, University of Pennsylvania Press, 2005; *Amnesty International, Universal Jurisdiction. Strengthening this Essential Tools for International Justice; TRIAL International, Universal Jurisdiction Annual Review 2022.*

95 C. Kress, 'Article 98', in K. Ambos (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary*, Beck 2022, p. 2623.
Kress geeft een overzicht van de uitgebreide jurisprudentie van voor 1990 dat dit beginsel onderschrijft en noteert: 'With respect to the national case law in criminal proceedings since 1990, a number 72 of proceedings instituted and a number of judgments delivered after 1990 confirm the inapplicability of functional immunity for crimes under CIL.' In december 2022 is in Spanje een onderzoek ingesteld tegen o.a. het hoofd van de veiligheidsdienst van Equatoriaal Guinea naar aanleiding van beschuldigingen van kidnapping en foltering van Spaanse en Equatoriaal Guineese onderdanen in Equatoriaal Guinea, zie: https://www.france24.com/en/live-news/20230228-spain-court-summons-e-guinea-president-s-son-for-questioning.

96 Gerechtshof Amsterdam, 20 november 2000, ECLI:NL:GHAMS:2000:AA8395.

97 Supreme Court of Italy, 24 juli 2008, *Lozano (Mario Luiz) v. Italy*, Case No. 31171/2008.

98 Federal Criminal Court of Switzerland, 25 juli 2012, A. *v. Ministère Public de la Confédération*, Case No.BB.2011.140

99 Bundesgerichtshof, 28 januari 2021, 3 StR 564/19.

100 M. Langer en M. Eason, 'The Quiet Expansion of Universal Jurisdiction', EJIL, Volume 30,nr. 3,2019, p. 779, 809 en 815. Het Duitse *Bundesgerichtshof* leek de uitzondering in de eerdergenoemde zaken ook niet volledig te omarmen door te benadrukken dat de zaak 'the functional immunity of lower-ranking government officials' betrof, *Bundesgerichtshof*, 28 januari 2021, 3 StR 564/19, par. 39. Alhoewel het ook betoogd kan worden dat het Bundesgerichtshof de term alleen gebruikte om deze groep te onderscheiden van de leden van de troika, zie C. Kress, 'On Functional Immunity of Foreign Officials and Crimes under International Law', *Just Security*,

31 maart 2021, zie: https://www.justsecurity.org/75596/on-functional-immunity-of-foreign-officials-and-crimes-under-international-law/.

[101] IGH 20 juli 2012, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422, par. 22.

[102] Chambre Africaine Extraordinaire D'Assises, 30 mei 2016, *Ministère public c. Hissein Habré*, 'Jugement'.

[103] In de *Barbie*-zaak stelde het Hof van Cassatie dat de officiële hoedanigheid waarin Barbie had gehandeld '[has] no effect in law upon his responsibility'. Cour de cassation (France), Barbie, (1995) 100 ILR 330, 336.

[104] Cour de Cassation, Chambre criminelle, 13 janvier 2021, n° 20-80.511, ECLI:FR:CCASS:2021:CR00042: 'La coutume internationale s'oppose à ce que les agents d'un Etat, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, puissent faire l'objet de poursuites, pour des actes entrant dans cette catégorie, devant les juridictions pénales d'un Etat étranger. En l'état du droit international, ces crimes, quelle qu'en soit la gravité, ne relèvent pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction.' Zie voor kritiek op deze uitspraak: K. Mariat, 'La torture, cette politique d'État couverte par l'immunité', *AJ Pénal* 2021 p.158 ('Nous ne pouvons ici que réitérer notre étonnement face à la frilosité de la Cour.').

[105] Cour de Cassation, Assemblée plénière, 12 mai 2023, n° 22-80.057 et 22-82.468 B, ECLI:FR:CCASS:2023:PL90669.

[106] Zie onder meer: Internationaal Militair Tribunaal van Neurenberg, 14 april 1949, re *Weizsäcker and others (Ministries Trial)*, 16 ILR 344, 349; Cour de cassation (France), Barbie, (1995) 100 ILR 330, 336.

[107] Het is niet duidelijk of article 46Abis van het Malabo protocol ook tot deze statenpraktijk gerekend moet worden, omdat het onduidelijk is of het artikel zich uitstrekt tot functionele immuniteit, of alleen persoonlijke immuniteit betreft. Zie D. Tladi, 'The Immunity Provision in the AU Amendment Protocol: Separating the (Doctrinal) Wheat from the (Normative) Chaff', *Journal of International Criminal Justice*, Volume 13, Issue 1, Maart 2015, p. 5-8. Zie A/C.6/73/SR.21 en verder, bijv. UNGA Sixth Committee, 73rd Session, Report of the International Law Commission on the work of its seventieth session (Agenda item 82), 2018, Statement by Australia (III): 'Australia remains unable to support draft article 7, and continues to share the concerns of those members who voted against the provisional adoption of the draft article that, in its current form, the draft article does not reflect any real trend in State practice, still less existing customary international law.', Azerbaijan: 'we are not fully confident that the work of the Commission on the topic is an appropriate way of addressing this issue. It rather opens an opportunity for misinterpretations and politically motivated actions, in contravention of the principle of sovereign equality of States and the interest of stability of international relations', and United States of America: 'Draft Article 7 creates the false impression that the exceptions are sufficiently established in State practice such that they form customary international law—and they simply do not.', and Germany (III): 'Any substantial change of international law in this area proposed by the Commission would have to be agreed upon by States by treaty.'

[108] Zie A/C.6/73/SR.21 en verder, bijv. UNGA Sixth Committee, 73rd Session, Report of the International Law Commission on the work of its seventieth session (Agenda item 82), 2018, Statement by Italy (II): 'At this stage, Italy would also like to reiterate its support for the text of draft Article 7 […]', Portugal (III): 'We take this opportunity to reiterate our satisfaction with the adoption, of draft article 7 by the Commission, concerning international crimes in respect of which immunity *ratione materiae* does not apply.', Sweden, on behalf of Nordic countries (III): 'We wish to reiterate our support for draft article 7 […]'.

[109] Zie A/C.6/73/SR.21 en verder, bijv. UNGA Sixth Committee, 73rd Session, Report of the International Law Commission on the work of its seventieth session (Agenda item 82), 2018, Statement by Switzerland: 'We encourage the Commission to provide stronger evidence that draft article 7 represents customary international law or to indicate clearly to which extent it falls within the area of progressive development.', Spain (III): 'Hence, the Commission fulfilling its responsibility of codification and progressive development of International Law, should approve (…) Article 7'.

[110] C. Kress, 'Article 98', in K. Ambos (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary*, Beck, 2022, p. 2624.

[111] Ontwerpartikel 7 bepaalt dat functionele immuniteit in de genoemde gevallen niet van toepassing is, en laat daarmee in het midden of het gaat om een uitzondering op de regel, dan wel een beperking die inherent is in de toepassing van de regel zelf.

[112] ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 7, p. 237, par. 20 (zie ook par. 18).

[113] ILC, 14 juni 2016, Fifth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction / Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, VN Doc A/CN.4/701, p. 95, par. 248.

[114] ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 7, p. 240, par. 24.

[115] Ibid., par. 25.

[116] Artikel 12 van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen, New York, 2 december 2004.

[117] ILC, 10 juni 2010, Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Kolodkin, Special Rapporteur, VN Doc A/CN.4/631, par. 85.

[118] Ibid., par. 27.

[119] ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 7, p. 233, par. 12: 'the Commission did not find it necessary to come down in favour of one or the other of these interpretations.'

[120] ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 7, p. 240, par. 26.

[121] De CAVV wijst er bijvoorbeeld op dat dat Nederland in de communicatie met de ILC, en ook in de Zesde Commissie van de VN, beargumenteert dat spionage op het grondgebied van de forumstaat niet als uitzondering op functionele immuniteit heeft te gelden (ILC, Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, Comments by governments, 71st Session (2019), Information submitted by the Netherlands: 'the Netherlands does not consider the commission of espionage to constitute an accepted exception, that is, an exception accepted as a rule of customary international law'), terwijl dit wel een territoriaal misdrijf is dat zonder toestemming van de forumstaat gepleegd wordt.

[122] ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Part 4, p. 241, par. 3.

[123] ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 9, p. 244, par. 2.

[124] Ibid., par. 5.

[125] Ibid., par. 6.

[126] Ibid.

[127] IGH 4 juni 2008, Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 177, par. 170: 'a constraining act of authority'.

[128] Ibid., par. 174. Zie ook J.L. Mallory, 'Resolving the Confusion over Head of State Immunity: The Defined Rights of Kings', in Columbia Law Review, vol. 86, 1986, p. 169, p. 196: 'Courts should conduct pretrial discovery in a manner consistent with the dignity of the office of the head of state'.

[129] IGH 4 juni 2008, Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 177, par. 175.

[130] G.P. Buzzini, 'Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on the *Djibouti v. France Case*', in *Leiden Journal of International Law* 455, vol 22, 2009, p. 480.

[131] Het IGH had hierover enige verwarring gecreëerd: 'The State which seeks to claim immunity for one of its State organs is expected to notify the authorities of the other State concerned.', IGH 4 juni 2008,

Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 177, par. 196.

132 Het IGH noemde deze vereisten niet in Djibouti v France, ibid., par. 196, en in IGH 6 juni 2018, *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guineav. France), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J.Reports 2018*, p. 292, par. 25 merkte het IGH op dat de immuniteit van de tweede-vice president van Equatorial Guinea mondeling was ingeroepen door de ambassadeur van Equatorial Guinea in Frankrijk.

133 ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 12, p. 260, par. 15.

134 E. Denza, *Diplomatic Law (4th Edition), Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, OUP, 2016, p. 278.

135 *Yearbook of the International Law Commission*, 1958, vol II, VN Doc A/CN.4/SER.A/1958/Add.l, p 99, Commentary on draft articles on diplomatic intercourse and immunities, article 30, par. 5.

136 ILC, *Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations, with commentaries thereto 2006*, (A/61/10), Commentary to Guiding principle 10, p. 380, par. 3.

137 ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 12, p. 260, par. 15.

138 Ibid., par. 18: 'In view of the discussion summarized in the preceding paragraphs and the practice generally followed in similar cases where there is a divergence of views among the members during the first reading of a draft text, the Commission decided to retain paragraph 5 in draft article 12, thus enabling States to become duly aware of the debate and to provide comments.'

139 E. Denza, *Diplomatic Law (4th Edition), Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, OUP, 2016, p. 283-284.

140 Ibid, p. 284.

141 ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 14, p. 264, par. 1.

142 ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 14, p. 270, par. 34.

143 Ibid.

144 ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 14, p. 271, par. 39.

145 De CAVV wijst op artikel 3(a) van de Gerechtdeurwaarderswet dat de Minister voor Rechtsbescherming de bevoegdheid geeft de gerechtsdeurwaarder een aanzegging te doen indien bepaalde ambtshandelingen in strijd zijn met volkenrechtelijke regels.

146 Zie bijv. Huang in: ILC, Summary record of the 3605th meeting, 2022, A/CN.4/SR.3605, p. 11; Wood in: ILC, Summary record of the 3586th meeting, 2022, A/CN.4/SR.3586, p. 16-17.

147 UNGA Sixth Committee, 77th Session, Report of the International Law Commission on the work of its seventy-third session (Agenda item 77), 2022, Statement by the United States of America (II), p. 1.

148 ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 14, p. 269, par. 26.

149 C. Ryngaert, 'Horizontal Complementarity', Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law, 2018.

150 ILC, 69th session 2017, Summary record of the 3365th meeting, VN Doc A/CN.4/SR.3365, p. 6, 7.

151 C. Kress, 'Article 98', in K. Ambos (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary*, Beck, 2022, p. 2625.

152 De waarborg van ontwerpartikel 15.4 is daarbij onvoldoende omdat uitoefening van rechtsmacht nadat de verdachte het grondgebied heeft verlaten vaak niet mogelijk is: '[t]he forum State may resume its criminal proceedings if, after the transfer, the State of the official does not promptly and in good

faith submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution.'

[153] Zie ook C. Kress, 'Article 98', in K. Ambos (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary,* Beck, 2022, p. 2625 die verwijst naar R. van Alebeek, *The Immunity of States and Their Officials in International Human Rights Law and International Criminal Law*, Oxford University Press, 2008 p. 263, 264.

[154] Artikel 36 lid1(b) VWCB.

[155] ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 17, p. 279, par. 1.

[156] ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 18, p. 280, par. 2;Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes against Humanity, 2019, *Yearbook of the International Law Commission*, 2019, vol. II, Part Two.

[157] ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, VN Doc A/77/10 (2022), Commentary Article 18, p. 280, par. 3.

[158] Ibid., par. 4.

[159] Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes against Humanity, 2019, *Yearbook of the International Law Commission*, *2019, vol. II, Part Two,* ontwerpartikel 15.3: 'Each State may declare that it does not consider itself bound by paragraph 2 of this draft article. The other States shall not be bound by paragraph 2 of this draft article with respect to any State that has made such a declaration.'

[160] Statuut van het Internationaal Gerechtshof, 26 juni 1945, Stb. 1946, F 321.

[161] IGH 20 juli 2012, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 422.

Lijst van Afkortingen

inhoud

AVVN
Algemene Vergadering van de Verenigde Naties

CAVV
Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken

ICTY
Internationaal Joegoslavië Tribunaal

IGH
Internationaal Gerechtshof

ILC
International Law Commission

VWCB
Verdrag van Wenen inzake Consulaire Betrekkingen

VWDV
Verdrag van Wenen inzake Diplomatiek Verkeer

VN
Verenigde Naties