

lijke gronden twijfelt aan wie hij moet betalen, is hij tot opschorting bevoegd (art. 6:37 BW).

11. Het hof nam een beroepsfout aan en veroordeelde in dat licht de dienstdoende kandidaat-notaris tot schadevergoeding. Nu aan de juiste partij blijkt te zijn uitbetaald, treft ook de tegen dit aansprakelijkheidsoordeel aangedragen klacht doel (r.o. 3.2.2).

12. Over het arrest ook T.J. Bos & L.C.A. Verstappen, *WPNR* 2022/7368; H.W. Heyman, *JOR* 2021/228; H.W. Heyman, in: P. van Es e.a. (red.), *Hulde aan Huijgen* (Deventer 2023), p. 83-91; L.M. de Hoog, *JBN* 2021/47; E.E. Maathuis, *NTBR* 2021/13; L.C.A. Verstappen, *WPNR* 2021/7330. Over het in cassatie aangevochten arrest van Arnhemse hof S.E. Bartels, *JOR* 2019/298; T.F.H. Reijnen, *WPNR* 2020/7305.

Jac. Hijma

NJ 2023/282

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

25 augustus 2023, nr. 22/00753

(Mrs. M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron, G.C. Makink, K. Teuben; A-G mr. P. Vlas)
m.nt. C.J.M. Ryngaert*

Art. 13a Wet AB; art. 6 EVRM

RvdW 2023/856

NJB 2023/2050

ECLI:NL:HR:2023:1132

ECLI:NL:PHR:2023:335

Internationaal publiekrecht. Internationaal privaatrecht. Procesrecht. Functionele immuniteit jurisdictie voor overheidsfunctionarissen van vreemde staat ongeacht aard en ernst gedragingen?; internationaal gewoonterecht.

*Bij de beantwoording van de vraag of het internationaal gewoonterecht een regel kent die inhoudt dat overheidsfunctionarissen voor handelingen die zij hebben verricht in de uitoefening van hun publieke functie, in een civiele zaak voor de rechter van een andere staat een beroep op immuniteit van jurisdictie toekomt, ongeacht de aard en de ernst van de hun verweten gedragingen, dient tot uitgangspunt dat een staat zelf immuniteit van jurisdictie geniet voor typische overheids-handelingen (zogeheten *acta iure imperii*) en dat die immuniteit zich ook uitstrekt tot functionarissen van die staat voor handelingen die zij hebben verricht in de uitoefening van hun publieke functie (zogeheten functionele immuniteit of immuniteit *ratione materiae*). Uit de rechtspraak van het Internationaal Gerechtshof en van het EHRM volgt dat naar de huidige stand van het internationaal gewoon-*

terecht op dit uitgangspunt geen uitzondering geldt op grond van de aard of de ernst van de aan die staat verweten gedragingen. In dit verband is dus niet van belang of die gedragingen mogelijk als oorlogsmisdrijven kunnen worden aangemerkt. Er zijn geen aanwijzingen dat zich inmiddels een algemene statenpraktijk en een daarmee overeenstemmende rechtsovertuiging hebben ontwikkeld die meebrengen dat het internationaal gewoonterecht thans een andere regel kent of een voor deze zaak relevante uitzondering op de hiervoor bedoelde regel aanvaardt.

[eiser], eiser tot cassatie, adv.: mr. R.T. Wiegerink, aanvankelijk ook N. van Triet, tegen

1. [verweerder 1], te Israël,

2. [verweerder 2], te Israël,

verweerders in cassatie, hierna: [verweerders], adv.: mrs. F.E. Vermeulen en B.F.L.M. Schim.

Hof:

Beoordeling van het hoger beroep

1 Korte samenvatting van deze uitspraak
1.1 [appellant] komt oorspronkelijk uit de Palestijnse gebieden. Hij woont nu in Nederland en bezit de Nederlandse nationaliteit. Bij een bombardement in 2014 op doelen in de Gazastrook, dat werd uitgevoerd door het Israëlische leger, zijn enkele naaste familieleden van [appellant] om het leven gekomen. In deze procedure wil [appellant] dat [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2], die ten tijde van het bombardement hoge posities in het Israëlische leger bekleedden, persoonlijk de schade vergoeden die [appellant] hierdoor heeft geleden. Volgens [appellant] hebben [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] zich schuldig gemaakt aan misdaden tegen de menselijkheid en oorlogsmisdaden.

1.2 [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] stellen zich op het standpunt dat de Nederlandse rechter niet bevoegd is om over hun optreden te oordelen. Zij beroepen zich op immuniteit van jurisdictie. Immuniteit van jurisdictie houdt in dat de rechter van de ene Staat niet bevoegd is te oordelen over het gedrag van een andere Staat of de functionarissen van die andere Staat.

1.3 Het hof stelt [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] in het gelijk. Het internationale gewoonterecht brengt mee dat zij zich kunnen beroepen op immuniteit van jurisdictie. Daarop wordt geen uitzondering gemaakt als aangevoerd wordt dat er misdaden tegen de menselijkheid of oorlogsmisdaden zijn gepleegd. Het hof is dus onbevoegd om over de vordering van [appellant] te oordelen.

2 De feiten en waar het in deze zaak om gaat

2.1 [appellant] komt oorspronkelijk uit de Palestijnse gebieden. Zijn familie woont in de Gazastrook. [appellant] zelf woont sinds 2005 in Den Haag met zijn gezin. Hij heeft de Nederlandse nationaliteit.

* Prof. dr. C.M.J. Ryngaert is hoogleraar Internationaal publiekrecht aan de Universiteit Utrecht.

2.2 In juli en augustus 2014 heeft het Israëlische leger (*Israeli Defense Forces* of IDF) in de Gazastrook een militaire operatie uitgevoerd, *Operation Protective Edge* (OPE). In het kader van deze militaire operatie heeft de Israëlische luchtmacht op 20 juli 2014 een bombardement uitgevoerd waarbij het huis van familie van [appellant] is verwoest. Als gevolg daarvan zijn zes familieleden van [appellant] om het leven gekomen, onder wie zijn moeder en drie broers.

2.3 [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] waren ten tijde van het bombardement bevelhebber over het Israëlische leger (*General Chief of Staff*) respectievelijk bevelhebber over de Israëlische luchtmacht (*Air Force Commander*). Deze functies bekleeden zij thans niet meer.

2.4 [appellant] stelt zich op het standpunt dat [geïntimeerde 1] c.s. persoonlijk verantwoordelijk en aansprakelijk zijn voor de schade die hij als gevolg van het bombardement heeft geleden. Volgens [appellant] hebben [geïntimeerde 1] c.s. door het huis van zijn familie te bombarderen het internationale oorlogsrecht geschonden. [appellant] vordert een verklaring voor recht dat [geïntimeerde 1] c.s. jegens hem onrechtmatig hebben gehandeld en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die hij heeft geleden en zal lijden door die onrechtmatige daad. Daarnaast vordert [appellant] dat de door [geïntimeerde 1] c.s. aan hem te betalen schadevergoeding wordt vastgesteld op € 536.603, vermeerderd met de wettelijke rente.

2.5 [geïntimeerde 1] c.s. hebben vóór alle wren een beroep gedaan op de onbevoegdheid van de Nederlandse rechter. Volgens [geïntimeerde 1] c.s. genieten zij immuniteit van jurisdictie, omdat het bombardement is uitgevoerd in de uitoefening van de publieke taak van de Staat Israël en zij uitsluitend hebben gehandeld in hun officiële hoedanigheid als overheidsfunctionarissen van de Staat Israël. De luchtaanval in het kader waarvan het bombardement werd uitgevoerd was een soevereine daad van de Staat Israël. Op grond van internationaal gewoonterecht genieten [geïntimeerde 1] c.s. als buitenlandse ambtsdragers (functionele) immuniteit van jurisdictie voor de Nederlandse rechter. [geïntimeerde 1] c.s. betwisten dat zij een internationaal misdrijf hebben gepleegd, maar voeren tevens aan dat een schending van het internationale oorlogsrecht niet een uitzondering op het beginsel van (functionele) immuniteit van jurisdictie rechtvaardigt.

2.6 In een diplomatieke nota aan het ministerie van Buitenlandse Zaken van 18 oktober 2020 heeft Israël zich beroepen op de immuniteit van jurisdictie van [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] en daarbij in het bijzonder het volgende geschreven:

“It is the State of Israel’s position that actions undertaken by Mr. [geïntimeerde 1] en Mr. [geïntimeerde 2] during these hostilities were performed exclusively in their official capacity as General Chief of Staff and Israeli Air Force Com-

mander respectively and in accordance with their authority under Israeli law. The State of Israel unequivocally asserts the immunity of Mr. [geïntimeerde 1] and Mr. [geïntimeerde 2] with regards to these official acts.

(...)

Although brought against Mr. [geïntimeerde 1] and Mr. [geïntimeerde 2] personally, the lawsuit challenges the legality of alleged actions and policies of the Government of the State of Israel as carried out by its agents in the exercise of government authority, and is in essence a suit filed against the State of Israel itself. As such, the State of Israel views the writ as a direct challenge of Israel’s immunity from judicial proceedings in foreign nations in an attempt to bypass Israel’s sovereign immunity under international and Dutch law. Allowing this case to proceed despite the assertion of immunity under international law by the State of Israel would be unprecedented.

In light of the above, the Government of Israel wishes to make known its position with regard to the application of foreign sovereign immunity in this case, and the consequential immunity of its officials for their official acts.”

2.7 De rechtbank heeft zich onbevoegd verklaard kennis te nemen van de vordering van [appellant]. De rechtbank overwoog (samengevat) het volgende:

- (a) art. 13a Wet algemene bepalingen (Wet AB) bepaalt dat de rechtsmacht van de (Nederlandse) rechter wordt beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend; de in het internationale gewoonterecht erkende immuniteiten van jurisdictie behoren tot deze uitzonderingen;
- (b) in deze zaak gaat het erom of [geïntimeerde 1] c.s. als (voormalig) ambtsdragers van de Staat Israël naar internationaal gewoonterecht functionele immuniteit van jurisdictie genieten;
- (c) de rechtbank gaat er veronderstellenderwijs van uit dat de gedragingen die [appellant] aan [geïntimeerde 1] c.s. verwijt zijn te kwalificeren als internationale misdrijven;
- (d) anders dan voor internationale gerechten zoals het Internationaal Strafhof en het Joegoslavië Tribunaal, waar individuele (strafrechtelijke) aansprakelijkheid van overheidsfunctionarissen voor internationale misdrijven is aanvaard, ligt dit anders voor nationale gerechten, omdat voor die gerechten het gewoonterechtelijke beginsel van gelijkheid tussen staten geldt; voor nationale gerechten geldt dus functionele immuniteit als uitgangspunt;
- (e) de vraag of op dat uitgangspunt een uitzondering geldt voor internationale misdrijven moet ontkennd worden beantwoord; naar internationaal gewoonterecht geldt geen beperking van functionele immuniteit van jurisdictie bij berechting van internationale misdrijven door nationale gerechten;
- (f) het is de vraag of ontwikkelingen in of regels van internationaal gewoonterecht met betrekking tot functionele immuniteit van jurisdictie voor na-

tionale gerechten in het strafrecht naar analogie kunnen worden toegepast in civiele procedures; dit kan in het midden blijven omdat er geen voldoende uitgekristalliseerde regel van internationaal gewoonterecht bij de berechting van internationale misdrijven voor nationale gerechten bestaat;

(g) [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] genieten in deze procedure naar internationaal gewoonterecht functionele immuniteit van jurisdictie; voor dat geval schrijft art. 13a Wet AB dwingendrechtelijk voor dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht heeft; deze rechter heeft dus geen ruimte om de door art. 6 EVRM gelaten *margin of appreciation* te benutten om toch toegang tot de rechter te verlenen;

(h) erkenning van functionele immuniteit van jurisdictie van [geïntimeerde 1] c.s. in deze zaak is ook overigens niet in strijd met art. 6 EVRM; toekenning van staatsimmuniteit en de daarvan afgeleide functionele immuniteit hebben een legitiem doel en zijn ook proportioneel, omdat de immuniteit berust op een regel van internationaal gewoonterecht.

3 De grieven en de beoordeling daarvan

3.1 Bij het bespreken van de grieven zal het hof er, net als de rechtbank, *veronderstellenderwijs* van uitgaan dat [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] bij het uitvoeren van het bombardement op 20 juli 2014 internationale misdrijven hebben gepleegd. Dit betekent niet, zoals [appellant] veronderstelt,¹ dat de rechtbank of het hof al een 'voorlopig oordeel' geven over deze handelingen. Het betekent alleen dat het hof over de kwalificatie van deze handelingen nog geen oordeel geeft maar eerst nagaat of, *gesteld* dat de kwalificatie die [appellant] aan deze handelingen geeft juist is, [geïntimeerde 1] c.s. een beroep op immuniteit van jurisdictie toekomt.

3.2 De grieven zullen zoveel mogelijk gezamenlijk worden behandeld. Zij stellen in de kern de vraag aan de orde of aan [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] in deze civiele procedure immuniteit van jurisdictie toekomt op grond van hun voormalige functies als hoge functionarissen in het Israëli-sche leger. Het gaat dus over de zogenoemde *functionele immuniteit*. Het hof zal allereerst nagaan wat het internationale recht ten aanzien van dit onderwerp inhoudt.

3.3 Uitgangspunt voor het hof is het arrest van het Internationale Gerechtshof (IGH) van 3 februari 2012 inzake *Jurisdictional Immunities of the State*.² In die zaak ging het om de vraag of Italiaanse slachtoffers van in de Tweede Wereldoorlog door Duitse functionarissen gepleegde oorlogsmisdrijven voor de Italiaanse rechtbank schadevergoeding konden eisen van de Bondsrepubliek Duitsland (BRD). Dat

de schade toebrengende handelingen als oorlogsmisdrijven moesten worden gekwalificeerd was in die zaak niet in geschil en evenmin dat het daarbij ging om handelen *acta jure imperii* (handelen van de Staat ter uitoefening van zijn publieke functie) van de BRD. Het IGH overwoog, verwijzend naar zijn arrest inzake *Arrest Warrant*.³

"58. (...) the law of immunity is essentially procedural in nature (...). It regulates the exercise of jurisdiction in respect of particular conduct and is thus entirely distinct from the substantive law which determines whether that conduct is lawful or unlawful."

En voorts:

"61. (...) the Court must approach the question raised by the present proceedings, namely whether that immunity is applicable to acts committed by the armed forces of a State (...) in the course of conducting an armed conflict."

Italië had aangevoerd dat immuniteit van jurisdictie van de BRD moest worden verworpen omdat (i) de handelingen van de Duitse strijdkrachten oorlogsmisdaden en misdaden tegen de menselijkheid waren, (ii) de geschonden normen van internationaal recht *jus cogens* betroffen en (iii) de eisers geen ander rechtsmiddel ter beschikking stond zodat jurisdictie van de Italiaanse gerechten 'a matter of last resort' was (par. 80). Het IGH verwierp deze argumenten. Ten aanzien van argument (i) dat de handelingen van de Duitse strijdkrachten oorlogsmisdaden en misdaden tegen de menselijkheid waren overwoog het IGH:

"83. (...) the Court must nevertheless inquire whether customary international law has developed to the point where a state is not entitled to immunity in the case of serious violations of human rights law or the law of armed conflict. Apart from the decisions of the Italian courts which are the subject of the present proceedings, there is almost no State practice which might be considered to support the proposition that a State is deprived of its entitlement to immunity in such a case. (...)

84. In addition, there is a substantial body of State practice from other countries which demonstrates that customary international law does not treat a State's entitlement to immunity as dependent upon the gravity of the act of which it is accused or the peremptory nature of the rule which it is alleged to have violated.

(...)

91. The court concludes that, under customary international law as it presently stands, a State is not deprived of immunity by reason of the fact that it is accused of serious violations of international human rights law or the international law of armed conflict. In reaching that conclusion, the court must emphasize that it is addressing only the immunity of the State itself from the ju-

¹ Memorie van grieven nrs. 19-20.

² IGH 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities from the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99; door het EHRM in zijn arrest van 14 januari 2014, *Jones e.a. t. VK*, nrs. 34356/06 en 40528/06, par. 198 als 'authoritative as regards the content of customary international law' aangemerkt.

³ IGH, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2020, p. 3.

isdiction of the courts of other States; the question of whether, and if so to what extent, immunity might apply in criminal proceedings against an official of the State is not in issue in the present case.”

Met betrekking tot het *jus cogens* argument (ii) overwoog het IGH:

“93. This argument therefore depends upon the existence of a conflict between a rule, or rules, of *jus cogens*, and the rule of customary law which requires one State to accord immunity to another. In the opinion of the Court, however, no such conflict exists. Assuming for this purpose that the rules of the law of armed conflict which prohibit the murder of civilians in occupied territory, the deportation of civilian inhabitants to slave labour and the deportation of prisoners of war to slave labour are rules of *jus cogens*, there is no conflict between those rules and the rules on State immunity. The two sets of rules address different matters. The rules of State immunity are procedural in character and are confined to determining whether or not the courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State. They do not bear upon the question whether or not the conduct in respect of which the proceedings are brought was lawful or unlawful. (...)”

En met betrekking tot argument (iii) dat geen ander rechtsmiddel ter beschikking stond:

“101. (...) the Court cannot accept Italy’s contention that the alleged shortcomings in Germany’s provisions for reparation to Italian victims entitled the Italian courts to deprive Germany of jurisdictional immunity. The Court can find no basis in the State practice from which customary international law is derived that international law makes the entitlement of a State to immunity dependent upon the existence of effective alternative means of securing redress. Neither in the national legislation on the subject, nor in the jurisprudence of the national courts which have been faced with objections based on immunity, is there any evidence that entitlement to immunity is subjected to such a precondition. States also did not include any such condition in either the European Convention or the United Nations Convention. (...)”

3.4 In de *Jurisdictional Immunities*-zaak ging het om een civiele vordering tegen een vreemde Staat. Het oordeel van het IGH maakt duidelijk dat zelfs als vaststaat dat oorlogsmisdaden zijn gepleegd, er geen uitzondering geldt op de immuniteit van jurisdictie van de aangesproken Staat, en dat dit niet anders wordt door een beroep op *jus cogens* of op het ontbreken van een alternatieve rechtsgang. De vraag is of de in dit arrest gegeven regels ook van toepassing zijn op een civiele vordering tegen functionarissen van de vreemde Staat, zoals [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2]. Afgezien van het feit dat de vordering in het onderhavige geding zich richt tegen functionarissen van de Staat Israël in

persoon, zijn de zaken zeer vergelijkbaar. Ook in deze zaak gaat het om (gestelde) oorlogsmisdrijven (in de *Jurisdictional Immunities*-zaak erkend, in de onderhavige zaak betwist). Dat het optreden van het Israëlische leger handelingen *jure imperii* zijn is, evenmin als in de *Jurisdictional Immunities*-zaak, niet in geschil. Weliswaar overweegt het IGH in paragraaf 91 dat het geen uitspraak doet over de immuniteit van functionarissen van de Staat, maar die overweging is beperkt tot strafrechtelijke vervolging, die in de onderhavige zaak niet aan de orde is. 3.5 [geïntimeerde 1] c.s. voeren aan dat functionele immuniteit is afgeleid van de immuniteit van de Staat. De Staat kan alleen handelen door middel van natuurlijke personen. De immuniteit van een Staat strekt zich dus ook uit tot de handelingen van zijn ambtsdragers. Als het anders was zou de immuniteit van een Staat steeds omzeild kunnen worden door tegen zijn ambtsdragers te procederen. [appellant] stelt daar tegenover dat hij uitsluitend [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] aanspreekt, niet de Staat Israël, en dat hij een toewijzende rechterlijke uitspraak ook alleen tegen hen ten uitvoer zal leggen. Van omzeiling van staatsimmuniteit is volgens [appellant] dan ook geen sprake.

3.6 Het hof stelt voorop dat de immuniteit van functionarissen van de Staat voor handelingen die zij in de uitoefening van hun functie hebben verricht (functionele immuniteit, of immuniteit *ratione materiae*) als regel van internationaal gewoonterecht op zichzelf niet omstrede is.⁴ Art. 2 lid 1 onder (b) (iv) van de (nog niet in werking getreden, maar algemeen wel als gezaghebbend beschouwde) *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* (hierna: het VN-verdrag) bepaalt dan ook dat onder het begrip “State” ook vallen: “*representatives of the State acting in that capacity*”. Hoewel de verdragstekst niet expliciet vermeldt dat hetzelfde geldt voor voormalige functionarissen, is dat naar internationaal gewoonterecht in ieder geval wel zo.⁵ Immuniteit van jurisdictie van overheidsfunctionarissen is er niet ten behoeve van deze functionarissen, maar ten behoeve van de Staat die zij vertegenwoordigen; deze Staat kan dan ook afstand doen van de immuniteit van een dergelijke functionaris.⁶

4 X. Yang, *State Immunity in International Law*, Cambridge 2012, p. 433 e.v.; J. Crawford, *Brownlie’s principles of public international law*, Oxford 2019, p. 477; C. Wickremasinghe, in: *International Law* (M.D. Evans ed.), Oxford 2018 p. 366; EHRM 14 januari 2014, *Jones e.a. t. VK*, nrs. 34356/06 en 40528/06, par. 202 en 204; Lord Bingham in *Jones v. Ministry of Interior for the Kingdom of Saudi Arabia and others*, House of Lords 14 juni 2006, [2006] UKHL 26, par. 10 en 13.

5 R. O’Keefe and Christian Tams (eds.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, A Commentary, Oxford 2013, p. 52.

6 C. Wickremasinghe, in: *International Law* (M.D. Evans ed.), Oxford 2018 p. 372; EHRM 14 januari 2014, *Jones e.a. t. VK*, nrs. 34356/06 en 40528/06, par. 200.

3.7 Functionele immuniteit is dus een afgeleide van de immuniteit van de Staat zelf. Lord Millet⁷ bracht dit als volgt onder woorden:

“Immunity *ratione materiae* is very different [from immunity *ratione personae*, hof]. This is a subject-matter immunity. It operates to prevent the official and governmental acts of one state from being called into question in proceedings before the courts of another, and only incidentally confers immunity on the individual. (...) The immunity finds its rationale in the equality of sovereign states and the doctrine of non-interference in the internal affairs of other states (...).”

De ratio achter functionele immuniteit is dus dezelfde als de immuniteit van de Staat zelf, namelijk dat de rechter van de ene Staat niet behoort te oordelen over het optreden van een andere Staat (*par in parem non habet imperium*). Tegen deze achtergrond valt moeilijk in te zien waarom, nu er in civiele procedures voor de Staat zelf géén uitzondering op de immuniteit van jurisdictie geldt bij – kort gezegd – oorlogsmisdrijven (zie de hiervoor besproken *Jurisdictional Immunities*-zaak), zo'n uitzondering wél zou gelden voor de (voormalige) functionarissen van die Staat. In dit verband is van belang dat het VN-verdrag niet alleen in art. 2 lid 1 onder (b) (iv) de “*representatives of the State acting in that capacity*” onder de definitie van Staat brengt, maar ook in art. 6 lid 2 onder (b) bepaalt dat een procedure onder meer wordt geacht tegen een vreemde Staat te zijn ingesteld indien die Staat “*is not named as a party to the proceeding but the proceeding in effect seeks to affect the property, rights, interests or activities*” van die Staat. In ieder geval wat betreft de “*interests or activities*” is daarvan in het onderhavige geval sprake. Indien de stelling van [appellant] dat het bombardement op het huis van zijn familie een oorlogsmisdrijf was, juist zou worden bevonden, heeft dat niet alleen belangrijke juridische consequenties voor [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] maar ook voor de Staat Israël, aan wie de daden van [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] moeten worden toegerekend.⁸ Dat Israël mogelijk niet gehouden is [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] te schadeloos te stellen voor een toewijzende uitspraak en dat een dergelijke uitspraak niet tegen Israël ten uitvoer zal worden gelegd, doet daar niet aan af. De zojuist genoemde negatieve consequenties voor Israël zouden blijven bestaan. Vergelijk de uitspraak in de zaak *Kazemi* van het Canadian Supreme Court, waarin Justice LeBel overwoog⁹

“[89] The appellants argue that a civil suit against the two individual respondents – even if it were successful – would not necessarily lead to an award of damages against the state, and therefore Iran would not necessarily suffer any financial loss. In their view, the proceedings against Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi would have the effect of jeopardizing only the personal patrimony of those two individuals (...).”

[90] Even if the appellants were correct in their contention, a matter of which I am not convinced, their argument is premised on a misunderstanding of the purposes of state immunity. Avoiding both the enforcement of an award of damages against a state and the state's indemnification of its agents are but two of the many purposes served by state immunity. In practice, suing a government official in his or her personal capacity for acts done while in government has many of the same effects as suing the state, effects that the SJA seeks to avoid. Allowing civil claims against individual public officials would in effect require our courts to scrutinize other states' decision making as carried out by their public officials. The foreign state would suffer very similar reputational consequences (...).”

Het hof komt in de onderhavige zaak tot een vergelijkbare conclusie, waarbij het nog opmerkt dat de vreemde Staat, wiens (hoge) ambtsdragers in Nederland in een civiel geding worden betrokken, zich heel wel gedwongen kan voelen om deze functionarissen in hun verdediging bij te staan en de kosten daarvan voor zijn rekening te nemen. Ook dat zou in strijd zijn met het beginsel dat de Staat immuniteit van jurisdictie geniet. De conclusie is dat, hoewel de Staat Israël geen partij is in dit geding, zijn belangen indirect wel degelijk in het geding zijn. Ook in de omstandigheden van dit specifieke geschil ligt het dan ook niet voor de hand dat verschil zou moeten worden gemaakt tussen immuniteit van jurisdictie van de Staat Israël enerzijds en [geïntimeerde 1] c.s. anderzijds.

3.8 Nationale en internationale rechtspraak ondersteunt ook niet de stelling dat in civiele zaken op de immuniteit van jurisdictie van (voormalige) overheidsfunctionarissen een uitzondering moet worden gemaakt voor oorlogsmisdaden of misdrijven tegen de menselijkheid. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft in zijn arrest inzake *Jones t. Verenigd Koninkrijk*¹⁰ geconcludeerd dat (in de desbetreffende civiele zaak waarin werd aangevoerd dat de bewuste overheidsfunctionarissen de eiser zouden hebben gefolterd)

“(..) the grant of immunity to the State officials in this case reflected generally recognized rules of public international law.”

Het EHRM overwoog:

“213. Having regard to the foregoing, while there is in the Court's view some emerging support in

7 Speech Lord Millet in: *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others ex parte Pinochet and Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others ex parte Pinochet*, 24 maart 1999, [1999] UKHL 17.

8 Vgl. Lord Bingham in *Jones v. Ministry of Interior for the Kingdom of Saudi Arabia and others*, House of Lords 14 juni 2006, [2006] UKHL 26, par. 31; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, 10 oktober 2014, opinie Justice LeBel par. 90.

9 *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, 10 oktober 2014, opinie Justice LeBel par. 89-90.

10 EHRM 14 januari 2014, *Jones e.a. t. VK*, nrs. 34356/06 en 40528/06, par. 215.

favour of a special rule or exception in public international law in cases concerning civil claims for torture lodged against foreign State officials, the bulk of the authority is (...) to the effect that the State's right to immunity may not be circumvented by suing its servants or agents instead. (...)"

In zijn arrest van 12 oktober 2021, waarin slachtoffers van seksueel misbruik het Vaticaan aanspraken, heeft het EHRM overwogen dat geen argumenten zijn aangevoerd waaruit kan worden afgeleid dat de stand van het internationale recht inmiddels gewijzigd is ten opzichte van 2012, toen het arrest inzake *Jones t. Verenigd Koninkrijk* werd gewezen.¹¹

3.9 In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van het EHRM inzake *Jones t. Verenigd Koninkrijk* oordeelde het House of Lords dat de in een civiele zaak aangesproken overheidsfunctionarissen aanspraak konden maken op immuniteit.¹² Het overwoog dat er geen regel van internationaal gewoonterecht is die een uitzondering maakt op de in beginsel aan overheidsfunctionarissen toekomende immuniteit. Het High Court of New Zealand onderschreef de redenering en het resultaat waartoe het House of Lords was gekomen.¹³ Het Supreme Court of Canada¹⁴ oordeelde in gelijke zin in een zaak waarin, naast de Republiek Iran, ook een aantal overheidsfunctionarissen werden aangesproken op grond van foltering. Het Supreme Court overwoog (in zijn eigen samenvatting van de uitspraak):

"There continues to be very strong support for the conclusion that immunity from civil suits extends to public officials engaging in acts of torture, and it is not yet possible to conclude that either a consistent state practice or *opinio juris* to the contrary effect exists. (...)

While the prohibition of torture is certainly a *jus cogens* norm from which Canada cannot derogate and is also very likely a principle of fundamental justice, the peremptory norm prohibiting torture has not yet created an exception to state immunity from civil liability in cases of torture committed abroad. At this point in time, state practice and *opinio juris* do not suggest that Canada is obligated by the *jus cogens* prohibition on torture to open its courts so that its citizens may seek civil redress for torture committed abroad. Consequently, failing to grant such access would not be a breach of the principles of fundamental justice."

Deze uitspraak is in de eerste plaats gebaseerd op de Canadese *State Immunity Act*, maar dat verhindert niet dat deze uitspraak als een indicatie van het geldende internationale gewoonterecht kan worden

11 EHRM 12 oktober 2021, J.C. e.a. t. België (nr. 11625/17) par. 64.
12 *Jones v. Ministry of Interior for the Kingdom of Saudi Arabia and others*, House of Lords 14 juni 2006, [2006] UKHL 26.
13 High Court of New Zealand van 21 december 2006, *Sam Fang et al. v. Zemin Jiang et al.*, CIV 2004-404-5843.
14 *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, 10 oktober 2014 p. 180-182.

beschouwd. Het Supreme Court toetste overigens ook aan de *Canadian Bill of Rights* en de *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, waarin onder meer het recht op toegang tot de rechter is vastgelegd.

3.10 De jurisprudentie in de Verenigde Staten geeft grotendeels dezelfde lijn te zien. In de zaak *Doğan tegen Barak* ging het om een vordering tegen (voormalig) minister van Defensie van Israël, Ehud Barak. De ouders van Doğan stelden Barak aansprakelijk voor het feit dat hun zoon om het leven was gekomen bij een actie van het Israëlische leger voor de kust van de Gazastrook. Het United States Court of Appeals for the Ninth Circuit¹⁵ overwoog dat Barak, als voormalig minister van Defensie, in beginsel aanspraak kon maken op immuniteit van jurisdictie en dat daarop geen uitzondering kan worden gemaakt voor een schending van *jus cogens*. Daarbij verwees het Court of Appeals naar de uitspraak van het Court of Appeals for the Second Circuit in *Matar v. Dichter*.¹⁶ In zijn uitspraak onderscheidt het Ninth Circuit de zaak van de uitspraak van het Fourth Circuit inzake *Yousuf v. Samantar*,¹⁷ waarin wel een uitzondering op de immuniteit van een voormalige overheidsfunctionaris was aangenomen wegens schending van *jus cogens*. De zaak *Yousuf v. Samantar* lag volgens het Ninth Circuit anders, omdat er in die zaak geen door de Verenigde Staten erkende Staat was die zich had beroepen op immuniteit van Samantar. Het Ninth Circuit concludeert dan ook:

"As far as we can tell, no court has ever carved out an exception to foreign official immunity under the circumstances here. We also decline to do so."

3.11 In zijn uitspraak van 19 juli 2018 heeft het US District Court for the District of Columbia eveneens in een civiele zaak de immuniteit van Nigeriase overheidsfunctionarissen erkend en daarop geen uitzondering gemaakt in verband met *jus cogens*.¹⁸

3.12 In een zaak die claims van Koreaanse 'comfort women' tegen de Staat Japan betrof heeft het Seoul Central District Court op 8 januari 2021 een vonnis gewezen waarin een uitzondering op de immuniteit van Japan werd aanvaard omdat het ging

15 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, August 2, 2019, D.C. No. 2:15-cv-08130-ODW-GJS.

16 United States Court of Appeals for the Second Circuit, April 16, 2009, 07-2579-cv. In deze zaak oordeelde het Second Circuit dat zo Dichter (voormalig hoofd van de Israëlische Veiligheidsdienst) al niet immuniteit genoot op grond van de *Foreign Sovereign Immunities Act* (welke vraag niet beantwoord hoefde te worden naar het oordeel van de rechters), hem in elk geval immuniteit toekwam op grond van *common law*. Wel overwoog het Second Circuit dat *jus cogens* in ieder geval geen uitzondering op de *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) rechtvaardigt (regels 9-10 onder III).

17 United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, November 2, 2012, *Bashe Abdi Yousuf; John Doe 1 e.a. v. Mohamed Ali Samantar*, 699 F.3d 763, docket no. 11-1479.

18 *Doe 1 et. Al. v. Tukur Yusuf Buratai et al., Civil Action No. 17-1033 (DLF)*. In hogere beroep op een ander punt bevestigd (US Court of Appeals of the District of Columbia van 26 november 2019, No. 18-7170).

om misdaden tegen de menselijkheid.¹⁹ In een uitspraak van 21 april 2021 heeft diezelfde rechtbank een dergelijke uitzondering verworpen en de immuniteit van Japan gehandhaafd.²⁰ Daarbij overwoog de rechtbank dat de eisers niet geheel van de mogelijkheid tot verhaal van schade waren verstoken, omdat een in 2015 tussen Zuid-Korea en Japan gesloten overeenkomst een 'alternatieve remedy' bood.

3.13 [appellant] heeft op de volgende civielrechtelijke uitspraken gewezen ter ondersteuning van zijn standpunt dat een uitzondering op de functionele immuniteit van [geïntimeerde 1] c.s. moet worden gemaakt. Hij wijst in de eerste plaats op een uitspraak van de Rechtbank Den Haag inzake *El-Holoui*.²¹ Dit betrof een zaak tegen 12 Libische overheidsfunctionarissen die eiser zouden hebben gefolterd. De rechtbank wees de vordering toe bij verstek, nadat zij haar rechtsmacht op grond van art. 9 sub c Rv had onderzocht en aangenomen. Aan de functionele immuniteit van de gedaagden en een mogelijke uitzondering daarop wegens het verwijt van foltering wijdt het vonnis geen overwegingen. Ook als er van uit zou worden gegaan dat de rechtbank de functionele immuniteit had moeten toetsen, of dat dat gebruikelijk was, wil dat niet zeggen dat de rechtbank dat ook inderdaad heeft gedaan. Dat het vonnis op dit punt geen overwegingen bevat, maar wel over het onderwerp van haar rechtsmacht op grond van art. 9 sub c Rv, wijst erop dat de rechtbank dat punt niet onder ogen heeft gezien. Dit vonnis kan dan ook op het punt dat hier aan de orde is niet als gezaghebbend of als bewijs van statenpraktijk worden beschouwd.

3.14 Het vonnis van de Seoul District Court van 8 januari 2021 is hiervoor al kort besproken. Dit vonnis is gevolgd door een vonnis van dezelfde rechtbank met een tegengestelde uitkomst. Ook het gezag van de eerste uitspraak is derhalve beperkt.

3.15 [appellant] verwijst verder naar de uitspraak van het Italiaanse Constitutionele Hof van 22 oktober 2014.²² In deze uitspraak ging het om de vraag of, in een civielrechtelijke zaak, immuniteit van jurisdictie van de BRD voor in de Tweede Wereldoorlog gepleegde oorlogsmisdrijven in strijd is met de Italiaanse Grondwet. Het Constitutionele Hof besliste dat het toekennen van immuniteit inderdaad in strijd was met de in de Italiaanse Grondwet verankerde rechten op bescherming van fundamentele mensenrechten en toegang tot de rechter. Van belang is dat het Constitutionele Hof niet de interpretatie van het IGH (zoals tot uitdrukking gebracht in de *Jurisdictional Immunities*-zaak) van het

internationale gewoonterecht in twijfel trok, maar alleen heeft getoetst of de aldus geïnterpreteerde regel van internationaal gewoonterecht in strijd is met de Italiaanse Grondwet (3.1). Kort gezegd komt de uitspraak van het Constitutionele Hof erop neer dat het naleven van de uitspraak van het IGH in strijd is met specifieke bepalingen uit de Italiaanse Grondwet. Nu het Constitutionele Hof zich niet heeft uitgelaten over de interpretatie van het internationale gewoonterecht, maar zijn uitspraak vooral berust op het Italiaanse constitutionele recht, is de betekenis van deze uitspraak voor de onderhavige zaak beperkt.

3.16 [appellant] heeft zich verder nog beroepen op (nationale en internationale) uitspraken in strafzaken,²³ waaronder uitspraken van internationale tribunalen zoals het ICTY²⁴ (Joegoslavië tribunaal). Daarnaast wijst [appellant] op werk van de International Law Commission (ILC),²⁵ het standpunt van de Nederlandse overheid over de berechting van internationale misdrijven tegenover de ILC, alsmede op de praktijk van het OM om internationale oorlogsmisdrijven in Nederland te vervolgen. Het gaat hierbij om bronnen die betrekking hebben op het strafrecht. Art. 7 lid 1 van de Draft Articles on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction van de ILC heeft immers ook betrekking op strafzaken²⁶ en dat geldt dus ook voor het standpunt van de Nederlandse overheid ten aanzien van het ILC-ontwerp. Deze strafrechtelijke bronnen acht het hof niet bepalend voor de vraag die in deze procedure aan de orde is, namelijk of [geïntimeerde 1] c.s. in deze civielrechtelijke zaak aanspraak kunnen maken op immuniteit van jurisdictie.

3.17 Zoals hiervoor is besproken, erkent de rechtspraak in civielrechtelijke zaken in de overgrote meerderheid van de gevallen geen uitzondering op (functionele) immuniteit voor internationale misdrijven. Tegen die achtergrond is er onvoldoende aanleiding om voor de reikwijdte van deze regel in civielrechtelijke zaken te rade te gaan bij het strafrecht. In de (internationale) rechtspraktijk wordt de functionele immuniteit van jurisdictie in strafzaken ook veelal expliciet onderscheiden van functionele immuniteit in een civiel geding, op grond van de verschillen tussen beide vormen van rechtspleging (zie hierna nrs. 3.18-3.19). Dat een dergelijk onderscheid vanuit rechtssystematisch oogpunt wellicht niet in alle opzichten bevredigend wordt gevonden,

23 Onder meer Gerechtshof Amsterdam 20 november 2000, ECLI:NL:GHAMS:2000:AA8395 (Bouterse); Bundesgerichtshof 28 januari 2021 (prod. 75 [appellant]); Rechtbank Den Haag 15 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14782 (Alemu), waarbij ook schadevergoeding tegen de veroordeelde werd toegewezen.

24 International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.

25 Art. 7 lid 1 van de Draft Articles on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction.

26 Het ontwerp artikel luidt immers: 'Immunity *ratione materiae* from the exercise of foreign criminal jurisdiction shall not apply in respect of the following crimes under international law (c) war crimes'. Zie ook C. Ryngaert, NJB 2020, afl. 23 p. 1658 par. 5.

19 Seoul Central District Court 8 januari 2021, 2016 Gahap 505092 (producties 76a en 76b [appellant]).

20 Seoul Central District Court 21 april 2021, 2016 Gahap 580239 (producties I-15a en 15b [geïntimeerde 1] c.s.).

21 Rechtbank Den Haag 21 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV9748.

22 Uitspraak nr. 238; het hof heeft de door het Constitutionele Hof zelf gepubliceerd Engelse vertaling van deze uitspraak geraadpleegd op: (https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf).

bijvoorbeeld omdat bepaalde rechtsstelsels de mogelijkheid kennen om in een strafzaak ook een vordering tot schadevergoeding in te stellen, doet daar niet aan af. Voor de interpretatie van het internationaal gewoonterecht is in de eerste plaats van belang wat rechters in de praktijk beslissen. Dire Tladi, de Special Rapporteur voor de ILC inzake *jus cogens*,²⁷ stelt:

“Second, and more importantly, as agreed at the commencement of the consideration of the topic, what should guide the Commission should be State practice and not theoretical considerations. It is particularly important to observe, in this regard, that some cases upholding immunity in civil matters have noted that different rules may apply to criminal matters. [voetnoot niet geciteerd, hof] To the extent that State practice, in the form of national court cases, supports the distinction, the Commission should follow that practice.”

Zoals hiervoor is overwogen erkennen rechters in civiele zaken als regel geen uitzondering op functionele immuniteit bij internationale misdrijven.

3.18 Rechterlijke uitspraken over functionele immuniteit waarin expliciet een relevant verschil tussen strafrecht en civiel recht werd onderkend zijn de volgende. In *Al-Adsani* onderscheidt het EHRM de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een individu van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat.²⁸ Ook het IGH in *Jurisdictional Immunities* (par. 91, zie citaat hiervoor onder 3.3) in een civielrechtelijke zaak en het Bundesgerichtshof²⁹ in een strafzaak wijzen er in hun uitspraken nadrukkelijk op dat zij géén uitspraak doen over de situatie in een strafrechtelijk respectievelijk een civielrechtelijke zaak.

3.19 Ook naar het oordeel van het hof zijn er tussen het strafrecht en het civiele recht zodanige verschillen dat een verschil in de behandeling van functionele immuniteit tussen strafrecht en civielrecht gerechtvaardigd is omdat, in ieder geval in de onderhavige zaak, er voldoende aanleiding is om de immuniteit van de Staat Israël door te trekken naar [geïntimeerde 1] c.s. In deze zaak gaat het immers om een militaire operatie die een berustte officieel beleid van de Staat Israël en niet op, bijvoorbeeld, een individuele actie van een enkele overheidsfunctionaris. Lord Millet in *Pinochet* (nr.3)³⁰ overwoog in dit verband:

“I see nothing illogical or contrary to public policy in denying the victims of state sponsored torture the right to sue the offending state in a foreign court while at the same time permitting (and indeed requiring) other states to convict and punish the individuals responsible if the offending state declines to take action.”

Chief High Court Judge Randerson³¹ overwoog:

“I do not find there to be unjustified asymmetry between criminal and civil proceedings arising from the Torture Convention and *Pinochet* (No. 3). There are obvious grounds for distinction between criminal and civil proceedings in respect of alleged acts of torture. Criminal proceedings may only be brought against individuals responsible and are ordinarily brought by the state. In contrast, civil proceedings may be brought against both the state and the individuals and may be brought by private persons.”

Zie voorts het Canadian Supreme Court³² waarin Justice LeBel opmerkt dat een relevant verschil is dat bij een strafrechtelijke vervolging ‘*vexatious charges*’ kunnen worden uitgefilterd. Justice LeBel merkt daarnaast op:

“While an exception to immunity for *jus cogens* violations exists in the criminal context, no such exception has developed in the civil context. My colleague Justice Abella as well as Breyer J. of the United States Supreme Court take issue with this distinction, essentially arguing that the existence of universal criminal jurisdiction contemplates the existence of universal civil jurisdiction as well (...). In my view, principled grounds justify the distinction between the exception to immunity in the civil versus the criminal context. These include the ‘long pedigree’ of exceptions to immunity in criminal proceedings, and the ‘screening mechanisms’ that are available to governments in criminal suits as compared to civil suits (...).”³³

3.20 De stelling van [appellant] dat het vervolgen van oorlogsmisdrijven verplicht is ziet eraan voorbij dat de beoordeling of iets een (voor de strafrechter bewijsbaar) oorlogsmisdrijf is, en of de verdenking sterk genoeg is om de zaak voor de rechter te brengen, in het strafrecht in handen ligt van het Openbaar Ministerie, een van partijen onafhankelijke overheidsinstantie. In een civiel geding ligt dat onmiskenbaar anders.

3.21.1 [appellant] wijst nog op een aantal bronnen waarin volgens hem het civiele recht met het strafrecht op één lijn wordt gesteld. Zo wijst hij op een passage uit het Advies van de CAVV inzake de immuniteit van buitenlandse ambtsdragers’ uit 2011 (pag. 45),³⁴ dat als volgt luidt:

27 Third report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*) by Dire Tladi, Special Rapporteur par. 130, UN/GA, A/CN.4/714; zie ook C. Rynjaert, NJB 2020, afl. 23 p. 1658.

28 EHRM 21 november 2001, *Al-Adsani t. Verenigd Koninkrijk*, (nr. 35763/97) par. 61.

29 Bundesgerichtshof 28 januari 2021 (prod. 75 [appellant]) par. 2 onder a).

30 Speech Lord Millet in: *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others ex parte Pinochet and Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others ex parte Pinochet*, 24 maart 1999, [1999] UKHL 17.

31 High Court of New Zealand van 21 december 2006, *Sam Fang et al. v. Zemin Jiang et al.*, CIV 2004-404-5843, par. 63.

32 *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, 10 oktober 2014, opinion LeBel par. 105.

33 *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, 10 oktober 2014, opinion LeBel par. 103.

34 Productie 64 [appellant].

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

Gezien de context van deze passage is evenwel duidelijk dat het hier gaat om *persoonlijke* immuniteit.

3.21.2 [appellant] beroept zich voorts op de door het IDI aangenomen Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State (2009), waarvan art. III lid 1 luidt:

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

Het is op zichzelf juist dat deze bepaling in beginsel ook betrekking heeft op immuniteit in een civiel geding. Ingevolge art. I.2 van deze Resolution wordt ‘jurisdiction’ immers gedefinieerd als: “*the criminal, civil and administrative jurisdiction of national courts of one State as it relates to the immunity of another State or its agents*”. In het rapport van Lady Fox dat aan deze Resolutie voorafging is echter duidelijk gemaakt dat het geldende recht op dat moment anders was:³⁵

“As well as immunity from criminal jurisdiction of the national court, the question has arisen whether persons acting on behalf of the State should continue to enjoy immunity from civil jurisdiction when claims are brought for reparation for violation of human rights as a result of the commission of an international crime. Whilst the removal of immunity from criminal jurisdiction may be justified on the basis of the personal criminal intent of the individual which is a necessary element in the proof of an international crime, to allow the removal of immunity from civil jurisdiction from the individual who acts on the State’s behalf must indirectly result in the removal of immunity of the State from civil jurisdiction and consequently indirectly achieve a result which as explained above the current law relating the State immunity does not at present allow. The maintenance of a distinction between criminal and civil jurisdiction is also justified on the ground that unlike civil claims for reparation a criminal prosecution is instituted or under the control of the forum State.”

In hetzelfde rapport wordt dan ook opgemerkt dat de desbetreffende commissie verder wilde gaan dan alleen het geldende recht formuleren.³⁶

3.21.3 Daarnaast wijst [appellant] op de Resolution on the Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation for International Crimes (2015),³⁷ waarin onder meer wordt gesteld:

“Victims of international crimes have a right to appropriate and effective reparation from persons liable for the injury (art. 1 lid 1)”

“They have a right to an effective access to justice to claim reparation (art. 1 lid 2)”

“The immunity of States should not deprive victims of their right to reparation (art.5)”

Uit het rapport dat voorafging aan het aannemen van deze Resolutie in zijn uiteindelijke vorm, blijkt dat in het ontwerp voor deze Resolutie art. 5 als volgt was geformuleerd:

“State immunity shall not deprive of its effects the State’s obligation to repair the prejudice caused to victims of international crimes.”

De leden van het IDI vonden dit echter te ver gaan, omdat de bepaling in deze vorm niet correspondeerde met statenpraktijk. Het woord ‘shall’ werd daarom vervangen door ‘should’.³⁸ Het gaat dus niet om geldend recht maar om een aansporing aan de Staten. Dit alles betekent dat het werk van het IDI in dit geding onvoldoende gewicht in de schaal legt.

3.22 [appellant] voert verder (in grief 6) aan dat erkenning van functionele immuniteit van [geïntimeerde 1] c.s. een disproportionele beperking van zijn door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op effectieve toegang tot de rechter vormt. [appellant] voert aan dat de *margin of appreciation* die art. 6 aan de verdragsstaten laat, benut kan worden voor een belangenafweging, waarbij de ernst van de aan [geïntimeerde 1] c.s. verweten gedragingen en het gebrek aan een alternatieve rechtsgang worden meegewogen. Dit betoog faalt. Zoals hiervoor is overwogen is er een duidelijke regel van internationaal gewoonterecht dat [geïntimeerde 1] c.s. functionele immuniteit genieten in civiele procedures. Uit de zaak *Jones t. Verenigd Koninkrijk* (zie hiervoor nr. 3.8) blijkt dat het EHRM in een dergelijk geval geen ontoelaatbare beperking op art. 6 EVRM aanwezig acht en dat daarnaast geen afzonderlijke belangenafweging hoeft plaats te vinden. Zie met name par. 201 uit deze uitspraak, waarin het EHRM overwoog:

“Since measures which reflect generally recognized rules of public international law on State immunity cannot in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction on the right of access to a court, the sole [cursivering hof] matter for consideration in respect of the applicant’s complaint is whether the grant of immunity *ratione materiae* to the State officials reflected such rules.”

Uit het oordeel van het IGH in de *Jurisdictional Immunities*-zaak (zie hiervoor nr. 3.3) volgt dat de vraag of de eiser een alternatief rechtsmiddel ter be-

35 The Fundamental Rights of the Person and the Immunity from Jurisdiction in International Law, Rapporteur Lady Fox, p. 86 par. 32, te raadplegen op de website van het IDI (<https://www.idi-ii.org/app/uploads/2017/06/Lady-Fox.pdf>).

36 P. 87 par. 34 van het rapport.

37 Productie 69 [appellant].

38 Report Universal civil jurisdiction with regard to reparation for international crimes, Rapporteur Andreas Buchner, p. 136, 212, 216, 217, 219, 242, 253, (https://www.idi-ii.org/app/uploads/2017/06/01-Bucher-Competence_universel.pdf).

schikking staat geen rol speelt bij de vraag of een Staat immuniteit van jurisdictie geniet. Niet valt in te zien waarom dat voor de, van de immuniteit van de Staat afgeleide, functionele immuniteit van jurisdictie van zijn functionarissen anders zou zijn. Het EHRM³⁹ heeft evenmin belang toegekend aan de vraag of een alternatieve rechtsgang openstond, hoewel op het ontbreken daarvan wel een beroep was gedaan. Daarbij komt dat de stelling van [appellant] dat een alternatieve rechtsgang ontbreekt omdat hem, kort gezegd, in Israël geen eerlijk proces wacht, noodzakelijkerwijs een beoordeling zou vergen van het rechtssysteem van de Staat Israël. De strekking van de immuniteit van een vreemde Staat is echter dat het niet aan de rechter van het forum is daarover een oordeel te geven.

3.23 Concluderend is het hof van oordeel dat geen redelijke twijfel bestaat – en dat er in zoverre dus ook geen sprake is van een ‘grijs gebied’ – dat het internationale gewoonterecht naar de huidige stand van zaken inhoudt dat in een civielrechtelijke procedure tegen een overheidsfunctionaris geen uitzondering op de functionele immuniteit dient worden gemaakt vanwege de ernst van de aan de vordering ten grondslag gelegde feiten. Dit betekent dat de stelling van [appellant], dat jurisdictie uitgangspunt is en dat [geïntimeerde 1] c.s. de uitzondering daarop (immuniteit) moeten aantonen, niet besproken hoeft te worden. De immuniteit van [geïntimeerde 1] c.s. in het onderhavige geding staat voldoende vast.

3.24 Het hof is niet blind voor het leed van [appellant]. Noch is het hof blind voor de ontwikkelingen die in het strafrecht ten aanzien van de immuniteit van functionele jurisdictie plaatsvinden, zoals onder meer blijkende uit het arrest van het BGH van 28 januari 2021 over de immuniteit van een laaggeplaatste militair in het leger van een vreemde Staat.⁴⁰ Voor zover er al aanleiding zou zijn om deze ontwikkeling door te trekken naar het civiele recht, is dat bij de huidige stand van zaken toch in ieder geval niet aan de orde in een zaak als de onderhavige, waarin het gaat om zeer hooggeplaatste militairen die het officiële beleid van de Staat Israël hebben uitgevoerd, waardoor een oordeel over hun optreden noodzakelijkerwijs tevens een oordeel over het optreden van de Staat Israël zou zijn.

4 Conclusie

4.1 De conclusie is dat de grieven falen en dat het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd.

4.2 [appellant] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Den Haag van 29 januari 2020;
- veroordeelt [appellant] in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van [geïntimeerde 1] c.s. begroot op € 332 aan griffierecht en € 3.342 aan salaris van de advocaat en op € 163 aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 85 indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen 14 dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van € 85, na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van 14 dagen tot aan de dag van voldoening;
- verklaart dit arrest wat betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van het vormvereiste van een toereikende motivering doordat het hof heeft geoordeeld als hierna vermeld, zulks ten onrechte om de navolgende, mede in onderling verband en samenhang in aanmerking te nemen redenen:

Inleiding¹

In juli en augustus 2014 heeft het Israëlische leger in de Gazastrook een militaire operatie uitgevoerd. In het kader van die militaire operatie heeft de Israëlische luchtmacht op 20 juli 2014 een bombardement uitgevoerd. Bij dat bombardement zijn zes familieleden van [eiser] (*‘eiser’*) om het leven gekomen en is het huis van de familie van [eiser] verwoest.

Ten tijde van het bombardement was [verweerder 1] (*‘verweerder 1’*) bevelhebber over het Israëlische leger en [verweerder 2] (*‘verweerder 2’*, gezamenlijk hierna ook wel aangeduid als *‘verweerders’* c.s.²) bevelhebber van de Israëlische luchtmacht.

[eiser] heeft [verweerder 1] en [verweerder 2] in deze procedure persoonlijk aansprakelijk gesteld voor de door hem geleden schade als gevolg van de door [verweerder 1] en [verweerder 2] gepleegde misdaden tegen de menselijkheid en oorlogsmisdaden. Hij vordert een verklaring voor recht dat [ver-

¹ Ontleend aan rov. 2.1–2.7 van het bestreden arrest.

² In navolging van de aanduiding die het hof in zijn arrest toepast. N.B. het hof duidt [verweerders] c.s. in het proces-verbaal van de zitting aan als ‘Israëlische officials’. Die aanduiding acht [eiser] tendentieus en ook getuigen van een niet neutrale benadering. Het gaat erom dat [verweerders] c.s. in de onderhavige procedure uit hoofde van onrechtmatige daad persoonlijk worden aangesproken op de daden (internationale misdrijven) die zij hebben verricht. Dat zij Israëlische officials zijn, is juist, maar het hof lijkt daarmee voor te sorteren op zijn (in cassatie bestreden) beslissing over de functionele immuniteit.

³⁹ EHRM 14 januari 2014, *Jones e.a. t. VK*, nrs. 34356/06 en 40528/06, par. 199; zie ook EHRM 12 oktober 2021, *J.C. e.a. t. België* (nr. 11625/17) par. 71.

⁴⁰ Bundesgerichtshof 28 januari 2021 (prod. 75 [appellant]).

weerders] c.s. jegens hem onrechtmatig hebben gehandeld en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die hij heeft geleden en zal lijden door die onrechtmatige daad.

[verweerder 1] en [verweerder 2] hebben zich in een door hen opgeworpen incident met verwijzing naar art. 13a Wet algemene bepalingen beroepen op de onbevoegdheid van de Nederlandse rechter wegens immuniteit van jurisdictie.

Zowel de rechtbank als het hof hebben zichzelf onbevoegd verklaard van de vordering kennis te nemen wegens immuniteit van jurisdictie, omdat het bombardement is uitgevoerd in de uitoefening van de publieke taak van de Staat Israël. [verweerders] c.s. hebben volgens het hof uitsluitend gehandeld in hun officiële hoedanigheid als overheidsfunctionarissen van de Staat Israël. Volgens het hof geldt op grond van internationaal gewoonterecht dat [verweerders] c.s. als buitenlandse ambtsdragers (functionele) immuniteit van jurisdictie voor de Nederlandse rechter genieten.

[eiser] voert klachten aan tegen de oordeelsvorming van het hof omtrent de uitleg van internationaal recht en zijn conclusie dat [verweerders] c.s. zich in onderhavig geval op functionele immuniteit kunnen beroepen.

De klachten dienen zowel afzonderlijk als in onderlinge samenhang te worden beschouwd.

Klachten

In rov. 3.2-3.24 behandelt het hof de vraag of [verweerders] c.s. zich op functionele immuniteit kunnen beroepen, en de Nederlandse rechter daarom onbevoegd is over de zaak te oordelen. Het hof komt op basis van een uitleg van het internationaal gewoonterecht tot het oordeel dat in onderhavig geval een beroep kan worden gedaan op functionele immuniteit. Tegen deze oordeelsvorming van het hof richt [eiser] meerdere klachten.

Onderhavig geschil ziet volledig op toepassing van het (internationaal) recht. De klachten van [eiser] bestrijden weliswaar specifieke onderdelen van de oordeelsvorming van het hof, maar in wezen worden alle aan het oordeel van het hof ondersteunende overwegingen bestreden. [eiser] herhaalt niet al zijn in feitelijke aanleg ingenomen stellingen en verwijzingen naar rechtspraak en literatuur, maar meent dat daarmee wel rekening moet worden gehouden bij de beoordeling van zijn cassatieberoep. Met dit cassatiemiddel wil [eiser] de uitleg van het recht in volle breedte aan uw Raad voorleggen.

I Miskenning van de vorming van gewoonterecht Oordelen hof

In rov. 3.2 overweegt het hof ten aanzien van het beroep op functionele immuniteit dat het zal 'nagaan wat het internationale recht ten aanzien van dit onderwerp [functionele immuniteit, advocaten] inhoudt'. In rov. 3.8 overweegt het dat nationale en internationale rechtspraak niet de stelling ondersteunt

dat in civiele zaken op de immuniteit van jurisdictie van (voormalige) overheidsfunctionarissen een uitzondering moet worden gemaakt voor oorlogsmisdrijven of misdrijven tegen de menselijkheid en in rov. 3.17 dat de rechtspraak in civielrechtelijke zaken in de overgrote meerderheid van de gevallen geen uitzondering op (functionele) immuniteit voor internationale misdrijven erkent.

Klachten

1.1 Het hof heeft met bovengenoemde oordeelsvorming miskend hoe gewoonterecht wordt gevormd.³ Internationaal recht is niet statisch. Een wijziging van internationaal gewoonterecht begint bij de nationale rechtbanken. Eén begint, en andere rechtbanken zullen (uiteindelijk tot in hoogste instantie) volgen.⁴ Uit de oordeelsvorming van het hof volgt een miskenning van de vorming van (nieuw) recht en de eigen rechtsvormende taak van het hof. Het hof gaat er ten onrechte van uit dat slechts in geval van een praktijk waarin vrijwel alle rechtspraak dezelfde kant op wijst, sprake kan zijn van ontwikkeling. Voor het vaststellen van internationaal recht moet belang worden toegekend aan internationale commissies (zoals de Internationale Law Commission) en opvattingen van nationale regeringen. Het hof miskent bovendien in dat verband dat het zelf ook deel uitmaakt van de rechtsontwikkeling c.q. daaraan kan bijdragen en het hof blijft in dat verband teveel 'aan de zijlijn' staan, zonder in te gaan op de daadwerkelijke merites van de zaak. Op grond van de door het hof gehanteerde rechtsopvatting kan nooit nieuw gewoonterecht ontstaan.⁵ Het hof heeft in dat verband in het bijzonder miskend dat het slechts kijkt naar het verleden geen recht doet aan de vorming van gewoonterecht en ook dat rechtsmacht de hoofdregel is en immuniteit de uitzondering daarop vormt.

1.2 Een dergelijke rechtsopvatting miskent eveneens een holistische benadering voor de vinding en vorming van het recht en de vraag die werkelijk aan de rechter voorligt. In dit geval gaat het om oorlogsmisdrijven waarvoor [eiser] bij geen enkele instantie genoegdoening kan krijgen.⁶

II Onjuiste uitleg van het recht door aansluiting te zoeken bij regels inzake staatsimmuniteit Oordelen hof

In rov. 3.2-3.4 (en in alle daaropvolgende overwegingen) zoekt het hof voor de beantwoording van de in dit geschil voorliggende vraag over de aanwe-

³ Zie par. 3 pleitnota Hof Den Haag.

⁴ Zie ook de opmerking van Mr. L. Zegveld ter zitting van het hof in het proces-verbaal op p. 2 over rechtsvorming en de analogie met het verlaten van absolute staatsimmuniteit.

⁵ Zie ook het proces-verbaal van het hof p. 2 waarin het hof aan Mr. Th.O.M. Dieben vragen stelt over de vorming van een nieuwe regel van gewoonterecht.

⁶ Zie ook in zijn woorden het proces-verbaal ter zitting van het hof onder p. 2.

zigheid van functionele immuniteit, aansluiting bij de rechtspraak over *staatsimmuniteit*.

In rov. 3.3 zoekt het hof voor de beantwoording van de vraag of [verweerders] c.s. zich kunnen beroepen op functionele immuniteit, aansluiting bij het arrest van het Internationale Gerechtshof (IGH) van 3 februari 2012 inzake *Jurisdictional Immunities of State* ('het arrest van het IGH'). Die zaak behelst een geschil tussen Duitsland en Italië. Italiaanse slachtoffers van door Duitse functionarissen in de Tweede Wereldoorlog gepleegde oorlogsmisdrijven eisten schadevergoeding van de Bondsrepubliek Duitsland.

In rov. 3.4 overweegt het hof dat de in dat arrest gegeven regels ook van toepassing zijn op een civiele vordering tegen functionarissen van de vreemde Staat, zoals [verweerder 1] en [verweerder 2].

Vanaf rov. 3.5 beoordeelt het hof het verweer van [verweerders] c.s. slechts in het licht van functionele immuniteit als een afgeleide van staatsimmuniteit, om in rov. 3.23 tot het eindoordeel te komen dat het internationale gewoonterecht naar de huidige stand van zaken inhoudt dat geen uitzondering op de functionele immuniteit dient te worden gemaakt vanwege de ernst van de aan de vordering ten grondslag gelegde feiten.

Klachten

2.1 Voor de beantwoording van de vraag of [verweerders] c.s. zich kunnen beroepen op functionele immuniteit, heeft het hof ten onrechte louter de regels inzake *staatsimmuniteit* toegepast.⁷ Op grond van (de ontwikkeling van) het internationale gewoonterecht kunnen personen op grond van hun individuele aansprakelijkheid worden aangesproken voor internationale misdrijven, ongeacht of zij een Staat vertegenwoordigen. De schending door die persoon van internationale normen staat los van eventuele parallele aansprakelijkheid van de Staat voor die schending.⁸ Op basis van individuele aansprakelijkheid hebben personen die normaliter functionele immuniteit genieten, die immuniteit dus niet voor internationale misdrijven.⁹ [eiser] heeft in dit civielrechtelijke geding nadrukkelijk niet de Staat Israël aangesproken, maar [verweerder 1] en [verweerder 2] aansprakelijk gesteld voor hun persoonlijke en individuele handelen en [eiser] heeft daarbij aangegeven dat een toewijzende uitspraak alleen tegen [verweerders] c.s. ten uitvoer zal

worden gebracht.¹⁰ Het hof heeft weliswaar in rov. 3.1 veronderstellenderwijs tot uitgangspunt genomen dat sprake is van internationale misdrijven van [verweerders] c.s. — hetgeen ook in cassatie als vaststaand heeft te gelden —, maar mede in het licht van dat uitgangspunt heeft het ten onrechte zijn oordeel niet gebaseerd op het vertrekpunt van de ontwikkeling van individuele aansprakelijkheid en de door [eiser] ingestelde vordering tegen [verweerders] c.s. (en niet: tegen de Staat Israël), zodat zijn oordeelsvorming omtrent een uitzondering op de functionele immuniteit in geval van oorlogsmisdrijven niet in stand kan blijven. Het hof heeft immers ten onrechte in rov. 3.3 e.v. het arrest van het IGH tot uitgangspunt genomen bij diens beoordeling, nu het in die zaak — zoals het hof op zichzelf wel heeft onderkend in rov. 3.4 — ging om civiele vorderingen tegen een Staat. In die zaak stond derhalve niet de vraag centraal of in geval van internationale misdrijven *functionele* immuniteit aan de orde is of kan zijn, maar of een Staat een beroep kan doen op immuniteit indien hij wordt beschuldigd van oorlogsmisdrijven. Door de beoordeling in onderhavig geschil desalniettemin op dat arrest te baseren, althans dat arrest daarbij tot uitgangspunt te nemen, heeft het hof een te beperkt toetsingskader gehanteerd bij de beantwoording van de vraag of sprake is van functionele immuniteit (dat geldt voor individuen) en daardoor zijn ook diens (andere) overwegingen over de uitleg van internationaal gewoonterecht onjuist.

2.2 Vanuit de bestaande internationale consensus over doorbreking van immuniteit in individuele gevallen in geval van internationale misdrijven,¹¹ althans de ontwikkeling daarvan, had het hof een inhoudelijk — en niet alleen een 'veronderstellenderwijs' oordeel zoals het heeft gedaan in rov. 3.1 — oordeel moeten geven over de rechtmatigheid van de door [verweerder 1] en [verweerder 2] gepleegde handelingen en niet in rov. 3.3–3.24 tot immuniteit van [verweerder 1] en [verweerder 2] kunnen concluderen. Voor de beantwoording van de immuniteitsvraag in een zaak als de onderhavige, is de beantwoording van de vraag of sprake is van oorlogsmisdrijven immers de kernvraag in het kader van het beroep op immuniteit. De misvatting die niet alleen bij het hof, maar ook bij [verweerders] c.s. heerst¹², is (kennelijk) dat er al sprake zou zijn van een inhoudelijke beoordeling ('*trial*') als ook de betreffende handeling wordt betrokken bij de be-

7 Zie uitdrukkelijk randnr. 16 pleitnota Hof Den Haag.

8 Zie onder andere par. 2.4 conclusie van antwoord in incident; par. 2.1 pleitnota Rechtbank Den Haag; randnr. 70–71 en 114 en 152 memorie van grieven en par. 2 pleitnota Hof Den Haag.

9 Randnr. 40 conclusie van antwoord in incident; randnr. 45–57 memorie van grieven, met verwijzing naar voorbeelden en randnr. 70–77 memorie van grieven.

10 Dit volgt uit de processtukken van [eiser], die vertrekken vanuit het uitgangspunt dat (i) immuniteit de uitzondering is en rechtsmacht de regel (randnr. 5–6 en 126–131 pleitnota Hof Den Haag) en (ii) de uitzonderingen die zijn aangenomen voor individuele handelingen in het strafrecht, zouden moeten worden doorgetrokken naar het civiele aansprakelijkheidsrecht. Zie uitdrukkelijk randnr. 13 memorie van grieven.

11 Zie onder andere grief 3 en 5 van de memorie van grieven; randnr. 7–8 pleitnota Hof Den Haag.

12 Zie de opmerking ter zitting van het hof van Mr. Th.O.M. Dieben dat er niet zou kunnen worden gekeken naar de handeling, zoals opgenomen in het proces-verbaal van de zitting van het hof van 23 september 2021, p. 4.

antwoording van de vraag of sprake is van immuniteit. Terwijl het daarbij, zoals [eiser] ook heeft beoogd, (slechts) gaat om een voorlopig inhoudelijk oordeel, dat slechts van belang is voor de beantwoording van de immuniteitsvraag (en dus de vaststelling van de bevoegdheid van de Nederlandse rechter) zoals die in het onderhavige geval aan de orde is (en niet voor de inhoudelijke beoordeling).¹³

2.3 Voor zover het hof met diens overweging in rov. 3.4, dat niet in geschil is dat het optreden van het Israëlische leger *acta jure imperii* zijn, heeft bedoeld dat niet in geschil is dat het optreden van [verweerders] c.s. vanuit het oogpunt van immuniteit louter moet worden beschouwd als handelen van de Staat Israël, is die overweging onjuist dan wel onbegrijpelijk, nu [eiser] heeft beoogd dat individueel militair optreden moet worden onderscheiden van immuniteit die hoort bij publiek staatsoptreden en dat het handelen van [verweerders] c.s. dus niet oplost in staatshandelen.¹⁴ Sterker: het is op het terrein van militaire operaties dat de noodzaak is vastgesteld om onrechtmatig van rechtmatig militair optreden te onderscheiden en aan onrechtmatig handelen van individuele militairen individuele aansprakelijkheid te koppelen.¹⁵ [eiser] doet in deze zaak nadrukkelijk geen beroep op de aansprakelijkheid van de Staat Israël, noch op afgeleide aansprakelijkheid daarvan, maar op de individuele aansprakelijkheid van de (voormalig) ambtsdragers voor ernstige schendingen van het oorlogsrecht.¹⁶ Beide generaals hebben hun handelen zich ook toegeëigend en publiekelijk gepresenteerd als eigen handelen.¹⁷ Voor zover het hof diens constatering dat het optreden van het Israëlische leger *acta jure imperii* zijn mede ten grondslag heeft gelegd aan het aannemen van functionele immuniteit, heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting in het licht van de hiervoor in subonderdeel 2.1 opgenomen klacht.

2.4 Het onjuiste vertrekpunt van de blik op de Staat Israël in plaats van de aangesproken individuen, maakt ook het oordeel van het hof in rov. 3.7 dat aan diens beslissing niet afdoet dat Israël mogelijk niet gehouden is [verweerders] c.s. schadeloos te stellen voor een toewijzende uitspraak en dat een uitspraak niet tegen Israël ten uitvoer wordt gelegd, onjuist dan wel onbegrijpelijk. Het hof licht niet toe waarom zijn beslissing er 'niet aan afdoet' door slechts te wijzen op de mogelijk negatieve consequenties voor Israël. Eventuele schadevergoeding zal immers worden verhaald op gedaagden zelf en er bestaat onder internationaal recht geen plicht voor Staten om schade te vergoeden waarvoor hun

ambtenaren zijn veroordeeld.¹⁸ Zoals [eiser] heeft aangevoerd, worden bij veroordeling in deze zaak geen maatregelen tegen Israël genomen en wordt Israël op geen enkele manier in zijn handelen belemmerd.¹⁹ Ook in zoverre geeft 's hofs uitleg van het internationale gewoonterecht en in het bijzonder van de vraag wanneer sprake is van (een uitzondering op) functionele immuniteit, blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

III Onjuiste uitleg van het recht door te oordelen dat [verweerders] c.s. zich kunnen beroepen op immuniteit

Voor zover het hof terecht aansluiting heeft gezocht bij de rechtspraak en regels zoals ontwikkeld in het internationale gewoonterecht inzake staatsimmuniteit (en bij diens beoordeling het arrest van het IGH tot uitgangspunt mocht nemen), getuigt het oordeel van het hof in rov. 3.2–3.24 ook dan van een onjuiste rechtsopvatting omdat het hof in zijn oordeelsvorming uit is gegaan van een onjuiste uitleg van het internationaal gewoonterecht door in het onderhavige geval immuniteit aan te nemen en in het bijzonder door in dit verband aan de volgende omstandigheden geen of te weinig belang te hechten bij de beantwoording van de vraag of [verweerder 1] en [verweerder 2] zich met vrucht op immuniteit van jurisdictie kunnen beroepen.

3.1 Ten onrechte heeft het hof in rov. 3.8 onder verwijzing naar (onder meer) het EHRM arrest *Jones t. Verenigd Koninkrijk*²⁰ overwogen dat dit arrest niet de stelling ondersteunt dat in civiele zaken op de immuniteit van jurisdictie van (voormalige) overheidsfunctionarissen een uitzondering moet worden gemaakt voor oorlogsmisdrijven of misdrijven tegen de menselijkheid. Dit is onjuist, gelet op de datum van dat arrest en de datum van het in dat geval voorliggende geschil. Zoals [eiser] heeft aangevoerd, kan aan *Jones* geen doorslaggevende waarde worden gehecht voor de uitleg van het huidige recht, nu die zaak dateert uit 2014 en ging over de uitleg van het internationaal gewoonterecht in 2006 en sindsdien de nodige ontwikkelingen hebben plaatsgevonden.²¹ Bovendien moest het EHRM zich slechts buigen over de vraag of het toekennen van

13 Randnr. 19 memorie van grieven.

14 Randnr. 17–20 pleitnota Hof Den Haag; randnr. 18 pleitnota Rechtbank Den Haag en randnr. 63 memorie van grieven. In rov. 3.24 lijkt het hof dat opnieuw ten onrechte te impliceren dat handelingen namens de Staat nooit kunnen leiden tot individuele aansprakelijkheid.

15 Randnr. 17 pleitnota Hof Den Haag.

16 Randnr. 35 memorie van grieven.

17 Randnr. 6–8 pleitnota Rechtbank Den Haag.

18 Randnr. 100–101 conclusie van antwoord in incident; randnr. 156–164 memorie van grieven. [eiser] heeft erop gewezen dat zolang en voor zover de uitoefening van civiele jurisdictie de staatsimmuniteit niet daadwerkelijk raakt, uitoefening van civiele jurisdictie aanvaardbaar is. Zie voorts de opmerking ter zitting van het hof van Mr. L. Zegveld dat er geen plicht bestaat voor de Staat Israël om de schadevergoeding te betalen en dat er in deze procedure iets wordt gevraagd dat vele malen minder ver gaat, zoals opgenomen in het proces-verbaal van de zitting van het hof van 23 september 2021, p. 2.

19 Randnr. 160–164 memorie van grieven.

20 EHRM 14 januari 2014, *Jones e.a. t. VK*, nrs. 34356/06 en 40258/06. De verwijzing naar de zaak tegen het Vaticaan over seksueel misbruik aan het eind van rov. 3.8 gaat om dezelfde reden evenmin op.

21 Randnr. 25–33 conclusie van antwoord in incident; randnr. 22–40 memorie van grieven.

immunitie in strijd was met art. 6 EVRM²² en kennen *common law* jurisdicties (zoals het Verenigd Koninkrijk) minder dan *civil law* jurisdictions (zoals Nederland) de *action civile*, zodat ook om die reden het aansluiten bij dat EHRM-arrest getuigt van een onjuiste rechtsopvatting.²³ Het vereenzelvigen van individuele ambtsdragers met de Staat bij de beantwoording van de immunitetsvraag in geval van een internationaal misdrijf, is strijdig met kernbeginselen van internationaal recht betreffende de persoonlijke aansprakelijkheid van folteraars.²⁴

3.2 In rov. 3.7 concludeert het hof ten onrechte dat het feit dat het aannemen van civiele jurisdictie in onderhavige zaak, ook als [eiser] alleen [verweerders] c.s. aansprakelijk stelt, een inbreuk op de staatsimmunitie vormt. Het oordeel van het hof impliceert dat geen enkel overheidsoptreden van een vreemde Staat ter discussie kan staan bij de Nederlandse rechter omdat in geval van een aansprakelijkstelling van individuele functionarissen immers altijd een link met de Staat namens wie de functionarissen optreden, kan worden gemaakt. Het aannemen van civiele jurisdictie vormt in onderhavig geval echter geen inbreuk op de staatsimmunitie.²⁵ Het hof heeft bij diens beoordeling ten onrechte geen, althans onvoldoende, (expliciete) aandacht besteed aan de volgende (essentiële) stellingen van [eiser]:

- Het toewijzen van een civiele vordering heeft de Nederlandse rechter ook eerder gedaan.²⁶
- Het relevante criterium voor de uitoefening van civiele jurisdictie is of daarmee de immunitie van de Staat Israël daadwerkelijk wordt geraakt, maar dat is in onderhavig geschil — gelet op de vordering van [eiser] — niet het geval.²⁷
- Indien — zoals in onderhavig geval — geen sprake is van exclusieve aansprakelijkheid van de Staat, en een individu kan worden aangesproken op zijn persoonlijke, individuele aansprakelijkheid, komt de ratio van functionele immunitie niet in het geding. In deze zaak, waar sprake is van parallelle aansprakelijkheid, maakt het geen verschil of de persoon bij bepaald handelen ook een Staat vertegenwoordigt of niet, het gaat louter om de inhoudelijke kwalificatie van dat handelen.²⁸

3.3 Het hof heeft zijn uitleg van het internationaal gewoonterecht in rov. 3.9 en 3.10 ten onrechte (mede) gebaseerd op de in die overwegingen vermelde uitspraken. Het gaat (in ieder geval deels) om oudere uitspraken, zodat die uitspraken in ieder ge-

val niet van doorslaggevend belang kunnen zijn voor de huidige stand van het internationale gewoonterecht (zeker gezien de elkaar snel opvolgende ontwikkelingen in dat rechtsgebied). Het hof heeft in ieder geval niet afdoende duidelijk gemaakt wat precies het belang is van de uitspraken van het High Court of New Zealand, het Supreme Court of Canada, die worden belicht in rov. 3.9 en de jurisprudentie in de Verenigde Staten, zeker niet wanneer dat wordt afgezet tegen het betoog van [eiser] dat immunitie niet in beton is gegoten en dat staatsimmunitie is gerelativeerd in de afgelopen decennia.²⁹

3.4 Ten onrechte heeft het hof in rov. 3.16–3.21 geoordeeld dat de aard van de ter discussie staande handelingen de immunitie niet kan doorbreken³⁰ en de in het strafrecht ontwikkelde lijn van doorbreking van immunitie in geval van oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid niet doorgetrokken naar het civiele recht.³¹ Dit oordeel is onjuist dan wel onbegrijpelijk op grond van de volgende door [eiser] aangevoerde (essentiële) stellingen.

- Er is geen principieel onderscheid aan te brengen tussen straf- en civiele rechtsmacht en het daartussen gemaakte onderscheid is dus artificieel, zo blijkt uit diverse (door [eiser] naar voren gebrachte) gezaghebbende bronnen.³²
- Het onderscheid tussen civiel en strafrecht wordt vervaagd door de mogelijkheid die vele rechtssystemen bieden aan slachtoffers om zich in het strafproces te voegen en een vordering tot schadevergoeding in te stellen.³³ Wanneer de Nederlandse strafrechter rechtsmacht heeft, mag hij dus ook oordelen over een mogelijke civiele vordering tot schadevergoeding die voortvloeit uit het strafbare feit.³⁴ In Nederland is schadevergoeding voor internationale misdrijven bovendien bij wet geregeld in art. 21a WIM jo. art. 51f WvSv, op grond waarvan het voor benadeelde partijen van internationale misdrijven mogelijk is om schadevergoeding te vorderen.³⁵

22 Randnr. 94 pleitnota Rechtbank Den Haag; randnr. 30 memorie van grieven.

23 Randnr. 97–98 pleitnota Rechtbank Den Haag; randnr. 170 memorie van grieven.

24 Randnr. 152–155 memorie van grieven.

25 Randnr. 156–164 memorie van grieven.

26 Rb. Den Haag 15 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14782 (*Eshetu-Alemu*), zie randnr. 127 memorie van grieven en Rb. 's-Gravenhage 21 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV9748 (*naam 1*).

27 Randnr. 160 memorie van grieven.

28 Randnr. 43 conclusie van antwoord in incident; par. 4.4 pleitnota Hof Den Haag. Zie ook hierboven rechtsklacht 2.1.

29 Randnr. 24–39 pleitnota Hof Den Haag.

30 Zie onder andere randnr. 37–41 pleitnota Rechtbank Den Haag.

31 Zie onder andere par. 2.3 pleitnota Rechtbank Den Haag; grief 5 van de memorie van grieven; par. 5 pleitnota Hof Den Haag en de noot van B.R. Tromp, RAV 2020/36 bij de rechtbankuitspraak in onderhavige zaak.

32 Randnr. 68 en par. 2.6.1 conclusie van antwoord in incident; randnr. 117–149 memorie van grieven; par. 5.1 pleitnota Hof Den Haag. Zie voorts de opmerking ter zitting van het hof van Mr. L. Zegveld dat [verweerders] c.s. het verschil tussen het civiele en het strafrecht niet duidelijk hebben gemaakt (terwijl het aannemen van functionele immunitie, ook volgens [verweerders] c.s., wordt verlaten in het strafrecht), zoals opgenomen in het proces-verbaal van de zitting van het hof van 23 september 2021, p. 2.

33 Randnr. 119 memorie van grieven.

34 Randnr. 70 conclusie van antwoord in incident. In randnr. 71 heeft [eiser] in dat kader verwezen naar de *Eshetu-Alemu*-zaak, Rb. Den Haag 15 december 2017, ECLI:NL:RBDGA:2017:14782. Zie ook randnr. 106, 127–129 memorie van grieven.

35 Randnr. 128 memorie van grieven.

- De reden voor het niet toekennen van immuniteit door de strafrechter is gelegen in de aard van de handelingen waarvan een verdenking bestaat, namelijk internationale misdrijven. Diezelfde handelingen liggen ten grondslag in een civiele procedure (en in het onderhavige geval geldt veronderstellenderwijs dat daarvan sprake is, zoals blijkt uit rov. 3.1 van het arrest van het hof), zodat geen goede reden bestaat om in die civiele procedure wel immuniteit aan te nemen.³⁶ Dat in het strafrecht het OM beslist of tot vervolging wordt overgegaan, kan in dat geval geen relevant verschil maken, zodat het oordeel van het hof in rov. 3.20 onjuist dan wel onbegrijpelijk is. [eiser] heeft de plicht tot vervolging immers aangevoerd om duidelijk te maken dat het OM geen beslissingsruimte heeft, omdat er tot vervolging *moet* worden overgegaan in het geval van oorlogsmisdrijven en dat er dus geen reden bestaat waarom diezelfde oorlogsmisdrijven in het civiele recht niet ook tot aansprakelijk kunnen leiden.

- De mogelijkheid dat slachtoffers in het kader van het strafprocedures een civiele vordering tot schadevergoeding indienen, bestaat ook in het internationaal recht. Het Statuut van Internationaal Strafhof biedt die mogelijkheid in art. 75 (2).³⁷

- Vooraanstaande juristen hebben erop gewezen dat strafrechtsmacht tevens de mogelijkheid impliceert om civielrechtelijke schadevergoeding te vorderen.³⁸

- Bij de uitoefening van civiele rechtsmacht maakt individuele aansprakelijkheid van ambtsdragers voor internationale misdrijven (net als geldt voor de uitoefening van strafrechtsmacht), geen onaanvaardbare inbreuk op de staatsimmuniteit.³⁹

- In het internationaal recht bestaat parallelle aansprakelijkheid voor Staten en individuen. De Staat en het individu kunnen niet vereenzelvigd worden. Opnieuw is hier van belang dat [eiser] [verweerder 1] en [verweerder 2] heeft aangesproken, en niet de Staat Israël.⁴⁰

- Civiele jurisdictie raakt in onderhavig geval niet daadwerkelijk de staatsimmuniteit.⁴¹ Het gaat in onderhavige zaak om immuniteit die voortvloeit uit de *functie* en niet uit de *persoon* van [verweerder 1] en [verweerder 2].⁴² De Staat Israël wordt in deze

zaak op geen enkele manier in zijn handelen belemmerd.⁴³

- De Nederlandse rechter heeft eerder in de [naam 1]-zaak⁴⁴ civiele rechtsmacht over buitenlandse ambtsdragers aangenomen.⁴⁵ In die civiele zaak heeft de Rechtbank Den Haag gedaagden veroordeeld tot betaling van schadevergoeding van € 750.000 aan materiële schadevergoeding en een bedrag van € 250.000 aan immateriële schadevergoeding. Ten onrechte heeft het hof in rov. 3.13 geoordeeld dat dit vonnis 'niet als gezaghebbend of als bewijs van statenpraktijk' kan worden beschouwd.

3.5 Ten onrechte heeft het hof geen betekenis toegekend aan het feit dat individuele aansprakelijkheid, gelet op het recht op toegang tot de rechter, ook in civiele procedures kan worden aangenomen omdat het EHRM onder artikel 6 een beoordelingsmarge aan Staten laat om een eigen beleid op dit terrein te implementeren (in welk licht voorts van belang is dat, zoals [eiser] heeft gesteld, in 'common law' jurisdicties waarop veel van de rechtspraak betrekking heeft, slachtoffers zich niet kunnen voegen in het strafproces, anders dan in landen zoals Nederland en andere civiele jurisdicties, in welke landen wel een verdergaande convergentie tussen het civiele en strafrecht geldt).⁴⁶ Het Hof heeft voorts ten onrechte niet, althans onvoldoende meegewogen de stelling van [eiser] dat er geen alternatief forum beschikbaar is, waaraan [eiser] zijn vordering kan voorleggen.⁴⁷

Het hof heeft – mede in het licht van de gemotiveerde stellingname daaromtrent door [eiser] – ten onrechte geen proportionaliteitstoets uitgevoerd of in onderhavig geval de beperking van toegang tot de rechter door het aannemen van immuniteit, is gerechtvaardigd.⁴⁸ Uit de rechtspraak van art. 6 EVRM volgt onomstotelijk dat sprake moet zijn van 'limits

43 Randnr. 100 conclusie van antwoord in incident.

44 Rb. Den Haag 21 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV9748.

45 Randnr. 104–107 conclusie van antwoord in incident en par. 2.5 pleitnota Rechtbank Den Haag; randnr. 138–140 memorie van grieven. In randnr. 99–104 en 108–110 memorie van grieven verwijst [eiser] naar voorbeelden uit het strafrecht. Ten aanzien van de [naam 1]-zaak geldt het volgende. Op 14 december 2011 is – zoals blijkt uit rov. 1.1 van het eindvonnis van 21 maart 2012 – een tussenuitspraak gewezen. In die (nog niet gepubliceerde) tussenuitspraak is gevraagd aan partijen zich uit te laten over de vraag van immuniteit, onder 2 van het vonnis: 'Kragtens de op het volkenrecht gebaseerde regel van immuniteit zijn nationale gerechten niet bevoegd ten aanzien van rechtsvorderingen tegen een vreemde staat, zijn ambtsdragers en staatsdiensten. Eiser wordt verzocht zich uit te laten over deze regel in het kader van de onderhavige procedure.' Dit heeft eiser gedaan en vervolgens heeft de rechtbank blijkens haar eindvonnis van 21 maart 2012 op grond van art. 9 aanhef en onder c Rv rechtsmacht aangenomen. Hetgeen het hof heeft overwogen in rov. 3.13 ten aanzien van het belang van deze uitspraak is dan ook onjuist, nu het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat in de [naam 1]-zaak de civiele rechter zich niet heeft gebogen over de immuniteitsvraag op grond van het volkenrecht. [eiser] voegt een kopie van de mondelinge uitspraak aan deze procesinleiding (bijlage 1).

46 Par. 2.7 conclusie van antwoord in incident; randnr. 166–170 memorie van grieven.

47 Pleitnota Hof Den Haag, randnr. 114.

48 Pleitnota Hof Den Haag, randnr. 111–113.

36 Randnr. 84 conclusie van antwoord in incident; randnr. 37 en 41 en 49 pleitnota Rechtbank Den Haag; randnr. 136, 143–144 memorie van grieven. Zie ook de eerste klacht hierboven.

37 Randnr. 75 conclusie van antwoord in incident.

38 Randnr. 76–83 en 85–86 en 89 conclusie van antwoord in incident en randnr. 40 pleitnota Rechtbank Den Haag, waarin [eiser] verwijst naar Justice Beyer, rechter Kalaydjieva, het Instituut de droit International, the International Law Commission, de Nederlandse Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken en Alebeek. Zie ook randnr. 120–126 en 145–146 memorie van grieven.

39 Par. 2.6.2 conclusie van antwoord in incident; randnr. 150–164 memorie van grieven.

40 Randnr. 92 conclusie van antwoord in incident; randnr. 152 memorie van grieven.

41 Randnr. 95 conclusie van antwoord in incident.

42 Randnr. 97 conclusie van antwoord in incident.

to immunity' omdat 'it would not be consistent with the rule of law in a democratic society with the basic principle underlying Article 6 par. 1 — namely that civil claims must be capable of being submitted to a judge for adjudication — if a State could, without restraint or control by the Convention enforcement bodies, remove from the jurisdiction of the courts a whole range of civil claims or confer immunities from civil liability on large groups or categories of persons'.⁴⁹ [eiser] verwijst in dit kader ook naar klacht 3.9 hieronder. Het effect van de uitspraak van het hof is dat [eiser] als Palestijn nergens terecht kan. Zie ook klacht 1.2.

3.6 In rov. 3.19 overweegt het hof ten onrechte dat in onderhavige zaak onvoldoende reden is om de immuniteit door te trekken nu (i) het gaat om een militaire operatie die beruiste op officieel beleid van de Staat Israël en (ii) tussen het strafrecht en civiele recht verschillen bestaan, zoals dat in het strafrecht de Staat de aanklager is en in het civiele recht niet en dat de mogelijkheid bestaat van *vexatious charges* die in het strafrecht kunnen worden uitgefilterd. Deze overweging getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, nu het feit dat handelingen voortvloeien uit een militaire operatie, niet betekent dat niet ook sprake kan zijn van handelingen die strafrechtelijk laakbaar zijn.⁵⁰ [eiser] verwijst in dat kader voorts naar de hierboven geformuleerde klachten onder 2.1–2.3: het hof miskent het toetsingskader dat geldt bij de beantwoording van de vraag of er in het geval van internationale misdrijven sprake is van functionele immuniteit en ook dat er geen kunstmatig onderscheid tussen het strafrecht en het civiele recht moet worden gemaakt bij de beantwoording van de vraag of sprake is van (functionele) immuniteit. In ieder geval had het hof zijn beslissing nader dienen te motiveren dan het heeft gedaan in het licht van de bij de hiervoor vermelde subonderdelen vermelde stellingen van [eiser].

3.7 Het hof heeft met diens beslissing in rov. 3.20 dat de stelling van [eiser] dat het vervolgen van oorlogsmisdrijven is verplicht eraan voorbijziet dat de beoordeling of iets een oorlogsmisdrijf is en of de verdenking sterk genoeg is om de zaak voor de rechter te brengen, in handen ligt van het Openbaar Ministerie ('OM'), de strekking van de stelling van [eiser] miskend en aldus ervan blijkt gegeven ook in zoverre de parallellen tussen het civiele en het strafrecht waar het gaat om de immuniteitsvraag, niet te onderkennen althans niet op de juiste waarde te schatten, althans de stellingen van [eiser] op onbegrijpelijke wijze te interpreteren. [eiser] heeft erop gewezen dat het ook in het strafrecht aan de rechter is om de vraag te beantwoorden of er sprake is van immuniteit en heeft onder meer gesteld dat het OM altijd moet vervolgen als er sprake is van oorlogs-

misdrijven.⁵¹ Het hof heeft het accent bij diens beslissing ten onrechte verlegd naar de vervolgingsbeslissing van het OM en niet afdoende meegewogen dat art. 146 van de Geneefse Conventie bepaalt dat er vervolgd moet worden bij oorlogsmisdrijven (en dat bovendien art. 12 van het Wetboek van Strafvordering erin voorziet dat als het OM een daad niet als oorlogsmisdrijf beschouwt, de beslissing niet te vervolgen aan de rechter kan worden voorgelegd).

3.8 Het hof heeft onder andere in rov. 3.23 miskend dat indien geen duidelijk uitgekristalliseerde regel bestaat die immuniteit van jurisdictie voor ambtsdragers bepleit, het die ruimte kan en moet gebruiken om de nationale bevoegdheidsregels toe te passen, zowel in strafrechtelijke als civielrechtelijke procedures.⁵² Het hof had het grijze gebied over de inhoud van het internationale gewoonterecht — mede gelet op eerder geuite opvattingen van de Nederlandse regering⁵³ — kortom zelf kunnen en moeten invullen.⁵⁴ Het hof had in dat verband mede acht moeten slaan op het feit dat de door [eiser] aangehaalde en door het hof (in rov. 3.12, 3.14 en 3.15) besproken uitspraken van de Seoul District Court en het Italiaanse Constitutionele Hof erop duiden dat het grijze gebied in andere landen meer dan voorheen leidt tot het niet aannemen van (functionele) immuniteit, zeker bij oorlogsmisdrijven c.q. misdrijven tegen de misdaden tegen de menselijkheid.

51 Randnr. 130–134 memorie van grieven.

52 Randnr. 44–67 conclusie van antwoord in incident, waarin uitgebreid wordt verwezen naar art. 6 en 7 van het Handvest van de Internationale Militaire Rechtbank, de doorvoering van de Neurenberg-lijn dat immuniteit niet kan worden ingeroepen voor internationale misdrijven in het Statuut van het Joegoslavië Tribunaal, het Statuut van het Rwanda Tribunaal en het Statuut van het Internationaal Strafhof. Veel strafbaarstellingen zijn bovendien gericht tegen (ook hoge) ambtsdragers, zoals volgt uit art. 4 van het Genocide Verdrag, de Verdragen van Genève uit 1949, het Verdrag tegen Foltering, de Commissie van Advies Volkenrechtelijke Vraagstukken welke erop wijst dat functionele immuniteit voor verdragsrechtelijk verboden misdrijven niet kan worden aangenomen, nationale rechters die gewoonterechtelijke regel ook hebben geaccepteerd en toegepast op ambtsdragers die internationale misdrijven hebben begaan, militaire handelingen en dat er nationale wetgeving van verschillende Staten bestaat waarin is bepaald dat personen individueel verantwoordelijk zijn voor internationale misdrijven, ongeacht bijvoorbeeld de positie van legercommandant of een andere positie alsmede dat er Nederlandse rechtspraak bestaat waarin is bevestigd dat functionele immuniteit niet kan worden ingeroepen voor internationale misdrijven. Tevens heeft [eiser] gewezen op vooraanstaande internationale juristen zoals de International Law Commission, de Nederlandse Commissie van Advies van Volkenrechtelijke Vraagstukken. Zie ook grief 3 van de memorie van grieven, in het bijzonder randnr. 79–85. Zie randnr. 12, 118 en 21–40 memorie van grieven.

53 Randnr. 90–97 en 112, 193 memorie van grieven; randnr. 32–39 en 103–105 pleitnota Hof Den Haag.

54 Randnr. 112 en 118, 184–187, 191–193 memorie van grieven; par. 3 pleitnota Hof Den Haag. Zie voorts de opmerking ter zitting van het hof van Mr. L. Zegveld dat de absolute staatsimmuniteit is verlaten door rechtbanken en dat ditzelfde geldt voor de functionele immuniteit, zoals opgenomen in het proces-verbaal van de zitting van het hof van 23 september 2021, p. 2.

49 Zie 'Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights' van 31 augustus 2021, p. 37 met verwijzing naar relevante rechtspraak.

50 Zie bijv. randnr. 69–71 memorie van grieven, waarin wordt verwezen naar art. 58 Articles on State Responsibility.

3.9 Bij die beoordeling heeft het hof ten onrechte geen rekening gehouden met de afwezigheid van een alternatief forum.⁵⁵ De afwezigheid van een alternatief forum kan alleen in geval van staatsimmunititeit en de immuniteit van de VN geen rol spelen.⁵⁶ In onderhavig geval moet dus *wel* rekening worden gehouden met de afwezigheid van een alternatief forum. De uitspraak van het Italiaanse Constitutionele Hof bevestigt dat, nu het oordeelde dat de regel van immuniteit in strijd was met het in de Grondwet vastgelegde recht op toegang tot een rechter.

3.10 In rov. 3.24 gaat het hof opnieuw uit van een onjuiste rechtsopvatting door een te beperkte ontwikkeling in het strafrecht te ontwaren en te oordelen dat (kennelijk) slechts in geval van handelen door een laaggeplaatste militair sprake kan zijn van doorbreking van immuniteit. Het hof hanteert daar een onjuiste uitleg van de ontwikkeling in het strafrecht ten aanzien van de immuniteit van functionele jurisdictie (die, zoals [eiser] heeft aangevoerd in zijn processtukken, bepaald meer behelst dan enkele gevallen van strafbaarstelling van daden van laaggeplaatste⁵⁷ militairen⁵⁸) en kent ten onrechte doorslaggevend belang toe aan het gegeven dat het in de onderhavige zaak gaat om hooggeplaatste militairen die het officiële beleid van de Staat Israël hebben uitgevoerd. Het feit dat sprake is van militair optreden staat bij uitstek niet in de weg aan het aannemen van onrechtmatig handelen van individuele militairen⁵⁹ en de positie van de aangesproken personen is in het internationaalrechtelijke leerstuk van de functionele immuniteit, nadrukkelijk niet van belang.⁶⁰ Het hof heeft dit alles miskend.

55 Dat daarvan sprake is, heeft [eiser] betoogd in hoofdstuk 3 tot en met 6 conclusie van antwoord in incident; hoofdstuk 3 pleitnota Rechtbank Den Haag; randnr. 176–190 memorie van grieven en par. 5.3 pleitnota Hof Den Haag.

56 Randnr. 116 conclusie van antwoord in incident; randnr. 190 memorie van grieven; randnr. 117–118 pleitnota Hof Den Haag. Zie ook HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1956, rov. 3.2.2–3.2.4.

57 Zie uitdrukkelijk randnr. 84 memorie van grieven, randnr. 78 pleitnota Hof Den Haag; bij functionele immuniteit wordt geen onderscheid tussen hogere en lagere posities van ambtenaren van een Staat en zie voorts de opmerking ter zitting van het hof van Mr. L. Zegveld dat de Duitse rechter (zie randnr. 81 pleitnota Hof Den Haag) uitsluitend rechtspraak aanhaalt waarin het ging om hogere gezagsdragers, zoals opgenomen in het proces-verbaal van de zitting van het hof van 23 september 2021, p. 2, bovenaan.

58 Zie uitgebreid randnr. 44–67 conclusie van antwoord in incident; randnr. 1–4; 11–13 en par. 2.4 pleitnota Rechtbank Den Haag; par. 4 pleitnota Hof Den Haag.

59 Randnr. 17 pleitnota Hof Den Haag en randnr. 114, 136 en 191 memorie van grieven.

60 Randnr. 78–80 pleitnota Hof Den Haag, met verwijzing naar rechtspraak en randnr. 84 memorie van grieven. Zie tevens de opmerking van Mr. L. Zegveld ter zitting van het hof in het proces-verbaal op p. 2.

Conclusie A-G mr. P. Vlas:

1 Inleiding

1.1 In deze zaak zijn [verweerder 1] als (voormalige) bevelhebber van het Israëlische leger en [verweerder 2] als (voormalige) bevelhebber van de Israëlische luchtmacht persoonlijk aansprakelijk gesteld voor de gevolgen van een in juli en augustus 2014 uitgevoerde militaire operatie in de Gazastrook, waarbij tijdens een bombardement zes familieleden van [eiser] om het leven zijn gekomen. [eiser], die in Nederland woonachtig is, heeft zich tot de Nederlandse rechter gewend en een verklaring voor recht gevorderd dat [verweerder 1] en [verweerder 2] jegens hem onrechtmatig hebben gehandeld en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade. In de procedure hebben [verweerder 1] en [verweerder 2] een beroep gedaan op immuniteit van jurisdictie, omdat zij hebben gehandeld in hun officiële hoedanigheid van overheidsfunctionarissen van de Staat Israël. In navolging van de rechtbank heeft het hof zich onbevoegd verklaard, omdat [verweerder 1] en [verweerder 2] functionele immuniteit van jurisdictie toekomt op grond van het internationaal gewoonterecht. Hiertegen richt zich het cassatiemiddel met onder meer het betoog dat het hof op onjuiste wijze heeft geoordeeld over de vorming van het internationaal gewoonterecht en ten onrechte aansluiting heeft gezocht bij de regels inzake staatsimmunititeit. Ook betoogt het middel dat in civiele zaken op het aannemen van immuniteit van jurisdictie voor (voormalige) overheidsfunctionarissen een uitzondering moet worden gemaakt voor oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid.

2 Feiten en procesverloop

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.¹ [eiser] komt oorspronkelijk uit de Palestijnse gebieden. Zijn familie woont in de Gazastrook. [eiser] zelf woont sinds 2005 in [plaats] met zijn gezin. Hij heeft de Nederlandse nationaliteit. In juli en augustus 2014 heeft het Israëlische leger (Israeli Defense Forces) in de Gazastrook een militaire operatie uitgevoerd, Operation Protective Edge. In het kader van deze militaire operatie heeft de Israëlische luchtmacht op 20 juli 2014 een bombardement in de Gazastrook uitgevoerd waarbij het huis van de familie van [eiser] is verwoest. Als gevolg daarvan zijn zes familieleden van [eiser] om het leven gekomen, onder wie zijn moeder en drie broers.

2.2 [verweerder 1] en [verweerder 2] waren ten tijde van het bombardement bevelhebber over het Israëlische leger (General Chief of Staff) respectievelijk bevelhebber over de Israëlische luchtmacht (Air Force Commander). Deze functies bekleeden zij thans niet meer.

2.3 [eiser] heeft op 14 maart 2018 tegen [verweerd] een vordering aangehangen gemaakt bij de

1 Zie rov. 2.1–2.6 van het bestreden arrest van het hof Den Haag van 7 december 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2374.

rechtbank Den Haag. Volgens [eiser] hebben [verweerders] door het huis van zijn familie te bombarderen het internationale oorlogsrecht geschonden. [eiser] vordert een verklaring voor recht dat [verweerders] jegens hem onrechtmatig hebben gehandeld en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die hij daardoor heeft geleden en zal lijden. Daarnaast vordert [eiser] dat de door [verweerders] aan hem te betalen schadevergoeding wordt vastgesteld op € 536.603, vermeerderd met de wettelijke rente.

2.4 [verweerders] hebben vóór alle wesen een beroep gedaan op de onbevoegdheid van de Nederlandse rechter. Volgens [verweerders] genieten zij immuniteit van jurisdictie, omdat het bombardement is uitgevoerd in de uitoefening van de publieke taak van de Staat Israël en zij uitsluitend hebben gehandeld in hun officiële hoedanigheid als overheidsfunctionarissen van de Staat Israël. De lucht-aanval in het kader waarvan het bombardement werd uitgevoerd was een soevereine daad van de Staat Israël. Op grond van internationaal gewoonterecht genieten [verweerders] als buitenlandse ambtsdragers (functionele) immuniteit van jurisdictie voor de Nederlandse rechter. [verweerders] betwisten dat zij een internationaal misdrijf hebben gepleegd, maar voeren tevens aan dat een schending van het internationale oorlogsrecht niet een uitzondering op het beginsel van (functionele) immuniteit van jurisdictie rechtvaardigt.

2.5 In een diplomatieke nota aan het ministerie van Buitenlandse Zaken van 18 oktober 2020 heeft de Staat Israël zich beroepen op de immuniteit van jurisdictie van [verweerder 1] en [verweerder 2] en daarbij in het bijzonder het volgende geschreven:

'It is the State of Israel's position that actions undertaken by [verweerder 1] en [verweerder 2] during these hostilities were performed exclusively in their official capacity as General Chief of Staff and Israeli Air Force Commander respectively and in accordance with their authority under Israeli law. The State of Israel unequivocally asserts the immunity of [verweerder 1] and [verweerder 2] with regards to these official acts. (...)

Although brought against [verweerder 1] and [verweerder 2] personally, the lawsuit challenges the legality of alleged actions and policies of the Government of the State of Israel as carried out by its agents in the exercise of government authority, and is in essence a suit filed against the State of Israel itself. As such, the State of Israel views the writ as a direct challenge of Israel's immunity from judicial proceedings in foreign nations in an attempt to bypass Israel's sovereign immunity under international and Dutch law. Allowing this case to proceed despite the assertion of immunity under international law by the State of Israel would be unprecedented.

In light of the above, the Government of Israel wishes to make known its position with regard to the application of foreign sovereign immunity

in this case, and the consequential immunity of its officials for their official acts.'

2.6 Bij vonnis van 29 januari 2020² heeft de rechtbank zich onbevoegd verklaard om van de vorderingen van [eiser] kennis te nemen op de grond dat [verweerder 1] en [verweerder 2] functionele immuniteit van jurisdictie genieten.

2.7 [eiser] is van dit vonnis in hoger beroep gekomen. Bij arrest van 7 december 2021 heeft het hof Den Haag het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Daartoe heeft het hof, kort weergegeven, het volgende overwogen. De vraag is of aan [verweerder 1] en [verweerder 2] in deze civiele procedure immuniteit van jurisdictie toekomt op grond van hun voormalige functies als hoge functionarissen in het Israëlische leger (rov. 3.2). Het arrest van het Internationaal Gerechtshof (IGH) van 3 februari 2012 inzake *Jurisdictional Immunities of the State*,³ waarin het ging om een civiele vordering tegen een vreemde staat, maakt duidelijk dat zelfs als vaststaat dat oorlogsmisdaden zijn gepleegd, er geen uitzondering geldt op de immuniteit van jurisdictie van de aangesproken staat, en dat dit niet anders wordt door een beroep op *jus cogens* of op het ontbreken van een alternatieve rechtsgang. Net als in het arrest inzake *Jurisdictional Immunities* gaat het in deze zaak om (gestelde) oorlogsmisdrijven en is niet in geschil dat sprake is van handelingen *jure imperii*. De vraag is of de regels die het IGH in zijn arrest heeft gegeven, van toepassing zijn op een civiele vordering tegen functionarissen van de vreemde staat (rov. 3.4).

2.8 Het hof heeft overwogen dat de immuniteit van functionarissen van de staat voor handelingen die zij in de uitoefening van hun functie hebben verricht (functionele immuniteit of immuniteit *ratione materiae*) als regel van internationaal gewoonrecht op zichzelf niet omstreden is. Deze immuniteit is er niet ten behoeve van deze functionarissen, maar ten behoeve van de staat die zij vertegenwoordigen en is dus een afgeleide van de immuniteit van de staat zelf (rov. 3.6). De ratio achter functionele immuniteit is dezelfde als achter de immuniteit van de staat zelf, namelijk dat de rechter van de ene staat niet behoort te oordelen over het optreden van een andere staat. Tegen deze achtergrond valt moeilijk in te zien waarom voor functionarissen wél een uitzondering op de immuniteit bij jurisdictie zou gelden bij oorlogsmisdrijven, terwijl zo'n uitzondering voor de staat niet geldt. Het hof heeft overwogen dat, hoewel de Staat Israël geen partij is in dit geding, zijn belangen indirect wel degelijk in het geding zijn en dat het dan ook niet voor de hand ligt dat verschil zou moeten worden gemaakt tussen immuniteit van jurisdictie van de Staat Israël enerzijds en van [verweerders] anderzijds (rov. 3.7). Het hof heeft erop gewezen dat zo'n verschil ook niet wordt ondersteund door nationale en internationale rechtspraak, waaronder de rechtspraak van het

² ECLI:NL:RBDHA:2020:559.

³ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, I.C.J. Reports 2012, p. 99.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) (rov. 3.8). Deze lijn is ook te zien in de rechtspraak van het Verenigd Koninkrijk, Nieuw-Zeeland, Canada en de Verenigde Staten (rov. 3.9-3.11).

2.9 Het hof heeft overwogen dat het gezag van de civielrechtelijke uitspraken waarop [eiser] heeft gewezen ter ondersteuning van zijn standpunt dat een uitzondering op de functionele immuniteit van [verweerders] moet worden gemaakt, beperkt is (rov. 3.13-3.16). Nu de rechtspraak in civielrechtelijke zaken in overgrote meerderheid van de gevallen geen uitzondering erkent op functionele immuniteit voor internationale misdrijven, is er onvoldoende aanleiding om voor de reikwijdte van de regel in civielrechtelijke zaken te rade te gaan bij het strafrecht. In de internationale rechtspraktijk wordt de functionele immuniteit van jurisdictie in strafzaken ook veelal expliciet onderscheiden van functionele immuniteit in een civiel geding, op grond van de verschillen tussen beide vormen van rechtspleging (rov. 3.17-3.20). De twee Resoluties van het Instituut de Droit International (IDI) waarop [eiser] zich beroept, geven niet het geldende recht weer (rov. 3.21.2-3.21.3). Gezien de rechtspraak van het EHRM is, anders dan [eiser] aanvoert, geen sprake van een ontoelaatbare beperking van zijn door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op effectieve toegang tot de rechter en hoeft geen afzonderlijke belangenafweging plaats te vinden. Op grond van de uitspraak van het IGH inzake *Jurisdictional Immunities* speelt de vraag of de eiser een alternatief rechtsmiddel ter beschikking staat geen rol bij de vraag of een staat immuniteit van jurisdictie geniet en niet valt in te zien waarom dat voor functionele immuniteit anders zou moeten zijn. Het EHRM heeft evenmin belang toegekend aan de vraag of een alternatieve rechtsgang openstond. Daarbij komt dat de stelling van [eiser] dat een alternatieve rechtsgang ontbreekt omdat hem in Israël geen eerlijk proces wacht, noodzakelijkerwijs een beoordeling zou vergen van het rechtssysteem van de Staat Israël. De strekking van de immuniteit van een vreemde staat is echter dat het niet aan de rechter van het forum is daarover een oordeel te geven (rov. 3.22).

2.10 Vervolgens heeft het hof overwogen:

'3.23 Concluderend is het hof van oordeel dat geen redelijke twijfel bestaat – en dat er in zoverre dus ook geen sprake is van een 'grijs gebied' – dat het internationale gewoonterecht naar de huidige stand van zaken inhoudt dat in een civielrechtelijke procedure tegen een overheidsfunctionaris geen uitzondering op de functionele immuniteit dient worden gemaakt vanwege de ernst van de aan de vordering ten grondslag gelegde feiten. Dit betekent dat de stelling van [eiser], dat jurisdictie uitgangspunt is en dat [verweerders] de uitzondering daarop (immuniteit) moeten aantonen, niet besproken hoeft te worden. De immuniteit van [verweerders] in het onderhavige geding staat voldoende vast.'

2.11 [eiser] heeft tegen het arrest van het hof (tijdig) beroep in cassatie ingesteld. [verweerders] hebben geconcludeerd tot verwerping. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht, gevolgd door re- en dupliek.

3 Bespreking van het cassatiemiddel

3.1 In de kern genomen stelt het cassatiemiddel de vraag aan de orde of [verweerders] in de onderhavige procedure, waarin tegen hen civielrechtelijke vorderingen zijn ingesteld wegens het schenden van het internationaal oorlogsrecht, op grond van het internationaal gewoonterecht een beroep kunnen doen op functionele immuniteit van jurisdictie.

3.2 Alvorens het middel te bespreken, stel ik het volgende voorop. Art. 13a Wet Algemene Bepalingen bepaalt dat de rechtsmacht van de Nederlandse rechter wordt beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend. Tot zodanige uitzonderingen behoort het recht op immuniteit van jurisdictie dat in beginsel toekomt aan vreemde staten, aan personen die aan de vreemde staat zijn gerelateerd en aan internationale organisaties. Bij immuniteit van aan de vreemde staat gerelateerde personen wordt onderscheid gemaakt tussen functionele immuniteit en persoonlijke immuniteit. Onder functionele immuniteit, ook aangeduid als immuniteit *ratione materiae*, wordt verstaan de immuniteit die overheidsfunctionarissen genieten in verband met de gedragingen die zij in een officiële hoedanigheid verrichten. Functionele immuniteit heeft dus alleen betrekking op overheidshandelingen en onderscheidt zich daarin van persoonlijke immuniteit (immuniteit *ratione personae*), die verbonden is met de positie van de ambtsdrager, zoals een regeringsleider of een staatshoofd, en die geldt voor alle handelingen, inclusief privégedragingen.

3.3 Deze zaak heeft betrekking op de functionele immuniteit, namelijk op de vraag of [verweerder 1] en [verweerder 2] zich kunnen beroepen op immuniteit van jurisdictie met betrekking tot de handelingen die zij hebben verricht in hun officiële hoedanigheid als bevelhebber over respectievelijk het Israëliëse leger en de Israëliëse luchtmacht. Functionele immuniteit ligt in het verlengde van staatsimmuniteit. Beide vinden hun grondslag in het beginsel *par in parem non habet imperium*, op grond waarvan het handelen van een staat in beginsel niet aan de rechtsmacht van een andere staat kan worden onderworpen. De Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken heeft in haar Advies inzake de immuniteit van buitenlandse ambtsdragers dat in 2011 is uitgebracht (hierna: CA-VV-advies 2011), het volgende opgemerkt:

'Functionele immuniteit is een instrument om de verantwoordelijkheid voor het handelen van een overheidsfunctionaris bij de staat te leggen. Zou dit niet zo zijn, dan zou, door het aanspreken van staatsfunctionarissen op hun handelen

namens de staat, het beginsel van staatsimmunititeit worden omzeild.⁴

3.4 [eiser] heeft gesteld dat [verweerders] zich schuldig hebben gemaakt aan schendingen van internationaal oorlogsrecht. Daarmee rijst de vraag of immunititeit van jurisdictie zich in een civiele procedure ook uitstrekt tot schendingen van internationaal recht en zelfs tot de dwingende normen van algemeen volkenrecht (*jus cogens*). Zowel het IGH als het EHRM hebben zich over deze vraag uitgelaten.

3.5 Het in 2012 door het IGH gewezen arrest inzake *Jurisdictional Immunities* heeft betrekking op de reikwijdte van *staatsimmunititeit* in verband met internationale misdrijven. In deze zaak ging het onder meer om de vraag of Italiaanse rechters de immunititeit van Duitsland hadden moeten respecteren in de bij hen aanhangig gemaakte civiele procedures, waarin van Duitsland vergoeding werd gevorderd van schade als gevolg van schendingen van het internationale humanitaire recht door Duitse troepen in de Tweede Wereldoorlog. Het IGH heeft overwogen:

'91. The Court concludes that, under customary international law as it presently stands, a State is not deprived of immunity by reason of the fact that it is accused of serious violations of international human rights law or the international law of armed conflict. In reaching that conclusion, the Court must emphasize that it is addressing only the immunity of the State itself from the jurisdiction of the courts of other States; the question of whether, and if so to what extent, immunity might apply in criminal proceedings against an official of the State is not in issue in the present case.'

3.6 Volgens het IGH is er geen sprake van conflict tussen de regels van *jus cogens* en de regels betreffende staatsimmunititeit:

'93. (...)The two sets of rules address different matters. The rules of State immunity are procedural in character and are confined to determining whether or not the Courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State. They do not bear upon the question whether or not the conduct in respect of which the proceedings are brought was lawful or unlawful.'

3.7 Het IGH heeft ook gewezen op nationale rechterlijke uitspraken uit het Verenigd Koninkrijk, Canada, Polen, Slovenië, Nieuw-Zeeland en Griekenland waarin het argument is verworpen dat de regels met betrekking tot staatsimmunititeit plaats moeten maken voor de gevolgen van *jus cogens*.⁵

4 Advies Nr. 20 van de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken over de immunititeit van buitenlandse ambtsdragers 2011, te raadplegen op <https://www.advies-commissievolkenrecht.nl/publicaties/adviezen/2011/05/02/de-immunititeit-van-buitenlandse-ambtsdragers>, p. 11. Zie in dezelfde zin P.D. Mora, 'The immunities of state officials in civil proceedings involving allegations of torture', *Australian International Law Journal* 2017, p. 27-28.

5 *Jurisdictional immunities*, reeds aangehaald, punt 96.

3.8 Het EHRM heeft zich meermaals uitgesproken over immunititeit van jurisdictie in relatie tot schendingen van *jus cogens*. In het door het EHRM in 2001 gewezen arrest inzake *Al-Adsani/Verenigd Koninkrijk*,⁶ dat ook door het IGH is aangehaald in het arrest inzake *Jurisdictional Immunities*,⁷ was de vraag aan de orde of het Verenigd Koninkrijk het recht op toegang tot de rechter, zoals gewaarborgd door art. 6 EVRM, had geschonden door de immunititeit van de Staat Saudi-Arabië te respecteren waar het daden van foltering betrof. Het recht op toegang tot de rechter is niet absoluut, maar een beperking van dit recht moet strekken tot een legitiem doel en moet proportioneel zijn ten opzichte van dat doel (de proportionaliteitstoets). Volgens het EHRM strekt het toekennen van staatsimmunititeit van jurisdictie tot een legitiem doel:

'54. The Court must first examine whether the limitation pursued a legitimate aim. It notes in this connection that sovereign immunity is a concept of international law, developed out of the principle *par in parem non habet imperium*, by virtue of which one State shall not be subject to the jurisdiction of another State. The Court considers that the grant of sovereign immunity to a State in civil proceedings pursues the legitimate aim of complying with international law to promote comity and good relations between States through the respect of another State's sovereignty.'

3.9 Bij de proportionaliteitstoets heeft het EHRM vooropgesteld dat er in beginsel geen sprake is van een disproporzionele beperking van het recht op toegang tot de rechter zoals gewaarborgd door art. 6 EVRM, indien de maatregelen die de verdragsstaat heeft getroffen in overeenstemming zijn met de algemeen aanvaarde volkenrechtelijke regels inzake de immunititeit van staten.⁸

3.10 Het EHRM heeft vervolgens onderzocht of staten op basis van het internationaal gewoonterecht geen recht hebben op immunititeit in een civiele procedure in het geval van gestelde daden van foltering en heeft geconcludeerd:

'61. (...)Notwithstanding the special character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged.

(...)
66. The Court, while noting the growing recognition of the overriding importance of the prohibition of torture, does not accordingly find it established that there is yet acceptance in

6 EHRM 21 november 2001, nr. 35763/97, ECLI:CE:ECHR:2001:1121JUD003576397.

7 *Jurisdictional immunities*, reeds aangehaald, punten 90 en 96.

8 *Al-Adsani/Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald, punt 56.

international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages for alleged torture committed outside the forum State. (...).'

3.11 In het arrest inzake *Stichting Mothers of Srebrenica e.a./Nederland*⁹ heeft het EHRM de vraag beantwoord of de Verenigde Naties (VN) een beroep kunnen doen op immuniteit van jurisdictie in geval van een gestelde schending van een norm van *jus cogens*. In de zaak die aan dit arrest ten grondslag heeft gelegen, heeft de Hoge Raad beslist dat de VN immuniteit toekomt, onder verwijzing naar de overwegingen van het IGH in *Jurisdictional Immunities* ten aanzien van staatsimmuniteit:

'4.3.14 Hoewel de VN-Immunititeit te onderscheiden valt van staatsimmuniteit, is niet sprake van een verschil dat rechtvaardigt met betrekking tot de verhouding tussen eerstgenoemde immuniteit en het recht op toegang tot de rechter anders te oordelen dan het IGH heeft beslist ten aanzien van de verhouding tussen staatsimmuniteit en het recht op toegang tot de rechter. Die immuniteit komt de VN toe ongeacht de buitengewone ernst van de verwijten die de Stichting c.s. aan hun vorderingen ten grondslag leggen.'¹⁰

3.12 Het EHRM heeft zich bij het oordeel van de Hoge Raad aangesloten en heeft daartoe overwogen:

'158. (...) International law does not support the position that a civil claim should override immunity from suit for the sole reason that it is based on an allegation of a particularly grave violation of a norm of international law, even a norm of *jus cogens*. In respect of the sovereign immunity of foreign States this has been clearly stated by the ICJ in *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, judgment of 3 February 2012, §§ 81–97. In the Court's opinion this also holds true as regards the immunity enjoyed by the United Nations.'¹¹

3.13 De vraag of, naast staatsimmuniteit en VN-immuniteit, ook de functionele immuniteit van rechtsmacht zich uitstrekt tot gestelde schendingen van *jus cogens*, was aan de orde in de zaak die heeft geleid tot het arrest *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk*.¹² In dit arrest uit 2014 bouwt het EHRM voort op *Al-Adsani/Verenigd Koninkrijk*. In de civiele procedure die ten grondslag lag aan het arrest inzake *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk* waren vorderingen ingediend tegen zowel de Staat Saudi-Arabië als Saudi-sche overheidsfunctionarissen. Saudi-Arabië heeft een beroep gedaan op staatsimmuniteit en op func-

tionele immuniteit. Over het beroep op staatsimmuniteit heeft het EHRM overwogen dat geen sprake was van schending van art. 6 lid 1 EVRM en dat het, gezien het arrest van het IGH inzake *Jurisdictional Immunities*, waarin het IGH de stand van het internationaal gewoonterecht betreffende staatsimmuniteit in 2012 heeft beschreven, niet nodig is om in het kader van de proportionaliteitstoets te onderzoeken of zich ontwikkelingen hebben voorgedaan in het internationaal gewoonterecht.¹³

3.14 Bij de beoordeling van het beroep op functionele immuniteit van jurisdictie heeft het EHRM in *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk* vooropgesteld dat de immuniteit die wordt toegekend aan de functionarissen van een staat ook staatsimmuniteit betreft en een legitiem doel heeft.¹⁴ In het kader van de proportionaliteitstoets heeft het EHRM onderzocht of sprake is van (i) een algemene regel van internationaal gewoonterecht waaruit volgt dat de nationale rechter het beroep van een staat op immuniteit in relatie tot diens overheidsfunctionarissen moet honoreren en (ii) een bijzondere regel of uitzondering op voornoemde algemene regel met betrekking tot foltering. De eerste vraag heeft het EHRM bevestigend beantwoord. Volgens het EHRM is het uitgangspunt dat voor de gedragingen van overheidsfunctionarissen functionele immuniteit geldt. Zou dat anders zijn, dan zou staatsimmuniteit steeds kunnen worden omzeild door de desbetreffende functionarissen te dagen. Het EHRM heeft in dit verband ook gewezen op het Verdrag van de Verenigde Naties van 2 december 2004 inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen¹⁵ (hierna: VN-Verdrag), dat nog niet in werking is getreden, maar dat in de Nederlandse rechtspraak grotendeels wordt beschouwd als een weergave van het internationaal gewoonterecht.¹⁶ In art. 2 lid 1, aanhef en onder b, VN-Verdrag wordt het begrip 'State' als volgt gedefinieerd:

- (i) the State and its various organs of government;
- (ii) constituent units of a federal State or political subdivisions of the State, which are entitled to perform acts in the exercise of sovereign authority, and are acting in that capacity;
- (iii) agencies or instrumentalities of the State or other entities, to the extent that they are entitled to perform and are actually performing acts in the exercise of sovereign authority of the State;

¹³ *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald, punt 198.

¹⁴ *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald, punt 200.

¹⁵ Zie *Trb.* 2010, 272 (Engelse en Franse authentieke teksten; Nederlandse vertaling).

¹⁶ Zie HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, NJ 2014/453, m.nt. Th.M. de Boer, rov. 3.6.2. Zie ook *Kamerstukken II 2021–2022*, 36027 (R2160), nr. 3 (MvT), p. 2–3: 'Ook in de Nederlandse rechtspraktijk blijkt een groot deel van de verdragsrechtelijke regels inzake staatsimmuniteit al te worden toegepast vanwege het bestaan van gewoonterecht op dit terrein. (...) Nu gebleken is dat ook de Nederlandse rechters de bepalingen van het Verdrag grotendeels zien als een weergave van het gewoonterecht, is de ratificatie van het Verdrag dat deze regels vastlegt een voor de hand liggende stap.'

⁹ EHRM 11 juni 2013, nr. 65542/12, NJ 2014/263, m.nt. N.J. Schrijver.

¹⁰ HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1999, NJ 2014/262, m.nt. N.J. Schrijver onder NJ 2014/263.

¹¹ *Stichting Mothers of Srebrenica e.a./Nederland*, reeds aangehaald.

¹² EHRM 14 januari 2014, nrs. 34356/06 en 40528/06, ECLI:CE:ECHR:2014:0114JUD003435606, NJ 2015/364 m.nt. E.A. Alkema, EHRM 2015/246 m.nt. P.B.C.D.F. van Sasse van Yssel, AA 2014/299, m.nt. L.J. van den Herik.

(iv) representatives of the State acting in that capacity;

3.15 Het VN-Verdrag is nog niet door Nederland geratificeerd. Bij de Tweede Kamer is op het moment van het nemen van deze conclusie aanhangig het wetsvoorstel tot goedkeuring van dit verdrag.¹⁷ Ten aanzien van de definitie van het begrip 'staat' wordt in de memorie van toelichting opgemerkt:

'Immunititeit geldt voor de «staat» in de ruimste zin van het woord. Dat wil zeggen alle staatkundige onderdelen ervan, ook instanties als agent-schappen of andere entiteiten. Hieronder vallen ook vertegenwoordigers van de staat die bevoegd zijn handelingen te verrichten ten behoeve van soevereine bevoegdheden en in die hoedanigheid op te treden (eerste lid, onderdeel b).¹⁸

3.16 Het EHRM heeft in het arrest inzake *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk* verwezen naar een reeks van rechterlijke uitspraken uit verschillende landen en hieruit geconcludeerd dat de zienswijze die handelingen van overheidsambtenaren in de uitoefening van hun functie in het kader van staatsimmunititeit moeten worden toegerekend aan de staat namens welke zij handelen, ook breed gedragen wordt in de nationale en internationale rechtspraak.¹⁹

3.17 Bij de bespreking van de vraag of op de regel van functionele immunititeit een uitzondering geldt voor schendingen van *jus cogens*, heeft het EHRM vooropgesteld dat functionele immunititeit slechts betrekking heeft op handelingen ter uitoefening van soevereine bevoegdheden van de staat. De omstandigheid dat er geen algemene *jus cogens*-uitzondering is aanvaard voor staatsimmunititeit, is volgens het EHRM daarom niet beslissend in relatie tot een vordering tegen de desbetreffende overheidsfunctionaris.²⁰ Het EHRM doelt hier op de kwestie of het plegen van een internationaal misdrijf (in casu foltering) kan worden beschouwd als handelen in de uitoefening van een officiële functie.

3.18 Op basis van een analyse van de nationale rechtspraak, van verdragen en andere documenten, waaronder de *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* van de *International Law Commission*, heeft het EHRM geconcludeerd dat uit het merendeel van de bronnen volgt dat het recht van een staat op immunititeit niet omzeild mag worden door een civiele procedure te beginnen tegen de functionarissen van die staat, ook waar de vorderingen betrekking hebben op daden van foltering:

'213. Having regard to the foregoing, while there is in the Court's view some emerging support in

favour of a special rule or exception in public international law in cases concerning civil claims for torture lodged against foreign State officials, the bulk of the authority is (...) to the effect that State's right to immunity may not be circumvented by suing its servants or agents instead.²¹

3.19 Hoewel het EHRM heeft overwogen dat de statenpraktijk met betrekking tot dit vraagstuk in beweging is, heeft het in *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk* gekozen voor een terughoudende opstelling, waarbij het de verdragsstaten heeft opgedragen om de kwestie, gezien de verwachte ontwikkelingen, nauwlettend in de gaten houden.²² In zijn annotatie onder het arrest heeft Alkema gesteld dat de behoudende lijn die door het EHRM is gekozen, verdedigbaar is gezien de taakverdeling tussen rechters van verschillende staten. Alkema schrijft:

'Het is voor de burgerlijke rechter buitengewoon moeilijk om feitelijke gebeurtenissen die buiten de landsgrenzen hebben plaats gehad en waar een andere staat bij betrokken is te beoordelen en een slachtoffer zo nodig adequate schadevergoeding of genoegdoening toe te kennen. Daar komt nog bij dat executie van dergelijke vonnissen op grote praktische en internationalepolitieke bezwaren kan stuiten en lang niet altijd gewaarborgd zal zijn: immunititeit van jurisdictie en van executie zijn niet geheel identiek.²³

3.20 Volgens Alkema was in 2015 de gedachte van een *human rights exception*, waarbij geen immunititeit wordt aangenomen in geval van een schending van *jus cogens*, 'sympathiek maar nog lang niet rijp'. Ik ben van mening dat er onvoldoende grond is om aan te nemen dat dit anders is naar de huidige stand van het internationaal gewoonterecht.²⁴ Uit de analyse die het hof in het bestreden arrest heeft gemaakt van nationale en internationale rechtspraak over dit onderwerp (rov. 3.8-3.15) volgt dat in het merendeel van de uitspraken immunititeit van jurisdictie in een civiele procedure wordt toegekend ook in het geval van een gestelde schending van *jus cogens*. Ik wijs ook op het arrest inzake *J.C. e.a./België* van 12 oktober 2021,²⁵ waarin het EHRM heeft overwogen dat de verzoekers in die zaak geen bewijs hebben aangevoerd waaruit blijkt dat het internationale recht zich sinds 2012 (het jaar waarin het IGH het arrest inzake *Jurisdictional Immunities* heeft gegeven) zodanig heeft ontwikkeld

21 *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald, punt 213.

22 *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald, punt 215.

23 Noot bij *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk*, NJ 2015/364.

24 Zie ook Cecily Rose e.a., *An Introduction to Public International Law*, Cambridge University Press, 2022, p. 134, waar in verband met de vraag of voor oorlogsmisdaden en misdaden tegen de menselijkheid een uitzondering moet worden gemaakt op functionele immunititeit wordt opgemerkt: 'It remains to be seen how state practice will evolve on this issue, and whether sufficient body of domestic court decisions and domestic legislation will develop to provide robust support for the existence of an exception with respect to international crimes'.

25 EHRM 12 oktober 2021, nr. 11625/17, ECLI:CE:ECHR:2021:1012JUD001162517, EHRC 2021-0262, m.nt. C. Ryngaert.

17 *Kamerstukken II 2021-2022*, 36027 (R2160), nr. 2. Behandeling van het wetsvoorstel is voorzien eind maart 2023, zie p. 9 van de volgende digitale vindplaats: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/behandeldossier/ag-tk-2023-02-10.pdf>.

18 *Kamerstukken II 2021-2022*, 36027 (R2160), nr. 3 (MVT), p. 5.

19 *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald, punt 203-204.

20 *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald, punt 205.

dat de vaststellingen van het EHRM over het internationaal gewoonterecht in onder andere het arrest inzake *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk* niet langer zouden gelden.²⁶

3.21 Na deze inleidende opmerkingen kom ik toe aan de bespreking van het cassatiemiddel. Het middel bestaat na een inleiding uit drie onderdelen, die in verschillende subonderdelen uiteen vallen.

3.22 *Onderdeel I* is gericht tegen rov. 3.2, 3.8 en 3.17 van het bestreden arrest. In rov. 3.2 heeft het hof overwogen dat het zal nagaan wat het internationale recht ten aanzien van functionele immuniteit inhoudt. In rov. 3.8 heeft het hof overwogen dat nationale en internationale rechtspraak niet de stelling ondersteunt dat in civiele zaken op de immuniteit van jurisdictie van (voormalige) overheidsfunctionarissen een uitzondering moet worden gemaakt voor oorlogsmisdrijven of misdrijven tegen de menselijkheid. In rov. 3.17 heeft het hof overwogen dat de rechtspraak in civielrechtelijke zaken in de overgrote meerderheid van de gevallen geen uitzondering op (functionele) immuniteit voor internationale misdrijven erkent. Het onderdeel valt uiteen in twee subonderdelen.

3.23 *Onderdeel 1.1* stelt dat het hof met bovengenoemde oordeelsvorming heeft miskend hoe gewoonterecht wordt gevormd. Internationaal recht is niet statisch. Geklaagd wordt dat het hof de vorming van (nieuw) recht en de eigen rechtsvormende taak van het hof heeft miskend, omdat het hof er ten onrechte vanuit gaat dat slechts in het geval van een praktijk waarin vrijwel alle rechtspraak dezelfde kant op wijst, sprake kan zijn van ontwikkeling. Voor het vaststellen van internationaal recht moet volgens het onderdeel belang worden toegekend aan internationale commissies en opvattingen van nationale regeringen. Het hof miskent bovendien dat het zelf ook deel uitmaakt van de rechtsontwikkeling c.q. daaraan kan bijdragen. Volgens het onderdeel blijft het hof teveel 'aan de zijlijn' staan, zonder in te gaan op de daadwerkelijke merites van de zaak en kan op grond van de door het hof gehanteerde rechtsopvatting nooit nieuw gewoonterecht ontstaan. Het hof heeft miskend dat slechts kijken naar het verleden geen recht doet aan de vorming van gewoonterecht en ook dat rechtsmacht de hoofdregel is en immuniteit de uitzondering daarop vormt, aldus het onderdeel. *Onderdeel 1.2* bouwt op het voorgaande voort met het betoog dat het hof met zijn rechtsopvatting eveneens een holistische benadering heeft miskend voor de vinding en vorming van het recht en voor de vraag die werkelijk aan de rechter voorligt. In dit geval gaat het om oorlogsmisdrijven waarvoor [eiser] bij geen enkele instantie genoegdoening kan krijgen, aldus het onderdeel.

3.24 De beide onderdelen kunnen gezamenlijk worden besproken. Art. 38 lid 1 van het Statuut van

het IGH²⁷ bevat een (niet-limitatieve) opsomming van bronnen van het internationale recht, waaronder (onder b) 'international custom, as evidence of a general practice accepted as law'. Voor de identificatie van internationaal gewoonterecht wordt gebruik gemaakt van een zogenaemde 'two-elements approach', waarbij aan twee voorwaarden wordt getoetst: algemene statenpraktijk en rechtsovertuiging (*opinio juris*).²⁸

3.25 Met de term 'statenpraktijk' wordt bedoeld op de handelingen van alle staatsorganen (wetgever, rechter, regering).²⁹ Van 'algemene statenpraktijk' is volgens het IGH sprake indien de statenpraktijk zowel omvangrijk ('*extensive*') als vrijwel uniform ('*virtually uniform*') is.³⁰ In zijn arrest inzake *Nicaragua v. United States of America*³¹ heeft het IGH overwogen:

'186. (...) The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of States conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule. If a State acts in a way prima facie incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule.'

3.26 In het bestreden arrest heeft het hof de vraag centraal gesteld of het internationaal gewoonterecht naar de huidige stand van zaken inhoudt dat in een civielrechtelijke procedure tegen een overheidsfunctionaris een uitzondering dient te worden gemaakt op de functionele immuniteit van jurisdictie vanwege de ernst van de aan de vordering ten grondslag gelegde feiten. Vervolgens heeft het hof een uitvoerige analyse gemaakt van de nationale en internationale statenpraktijk, van de rechtspraak van het IGH en het EHRM, en van gezaghebbende documenten over staatsimmuniteit en functionele immuniteit van jurisdictie, waaronder die van de In-

27 Statuut van het Internationaal Gerechtshof, San Francisco, 26 juni 1945, *Trb.* 1951, 90.

28 Zie ook conclusie 3 van *Draft conclusions on identification of customary international law*, zoals bij de tweede lezing in 2018 aangenomen door de International Law Commission van de Verenigde Naties (A/73/10, para. 65) (hierna: *ILC Draft conclusions*), te raadplegen op https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_13_2018.pdf.

29 Conclusie 5 van de *ILC Draft Conclusions*, reeds aangehaald; A. Nollkaemper, Kern van het internationaal publiekrecht 2022/150.

30 IGH, *North Sea Continental Shelf (Germany v. Denmark; Germany v. The Netherlands)*, I.C.J. Reports 1969, par. 42.

31 IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, I.C.J. Reports 1986.

26 *J.C. e.a./België*, reeds aangehaald, punt 64.

ternational Law Commission. Het hof is op basis van zijn analyse tot de conclusie gekomen dat naar de huidige stand van het internationaal gewoonterecht zo'n uitzondering niet kan worden aangenomen (rov. 2.23).

3.27 Niet valt in te zien dat het hof, zoals het onderdeel stelt, met zijn overwegingen over de actuele stand van het internationaal gewoonterecht de wijze waarop het internationaal gewoonterecht ontstaat heeft miskend. Uit de overwegingen van het hof volgt immers dat het hof met behulp van de relevante bronnen de statenpraktijk en de *opinio juris* in kaart heeft gebracht met het doel zich van de actuele stand van het internationaal gewoonterecht te vergewissen.³² Het hof heeft op basis van deze bronnen geconcludeerd dat sprake is van een van duidelijke regel van internationaal gewoonterecht op grond waarvan [verweerders] functionele immuniteit van jurisdictie genieten in civiele procedures (rov. 3.22) en dat hierop geen uitzondering dient te worden gemaakt vanwege de ernst van de aan de vordering ten grondslag gelegde feiten (rov. 3.23). De stelling dat het hof zijn eigen rol in de vorming van het internationaal gewoonterecht heeft miskend, is daarmee ook onjuist. Een regel van internationaal gewoonterecht is bindend voor *alle* staten en hun organen (waaronder de gerechten), tenzij de staat gedurende de consolidatie van de gewoonte hiertegen aanhoudend bezwaar heeft gemaakt. In dit verband kan worden gewezen op het antwoord dat de regering heeft gegeven op een vraag van de CDA-fractie in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel tot goedkeuring van het VN-Verdrag. De CDA-fractie heeft gevraagd in hoeverre het VN-Verdrag het gewoonterecht weergeeft, waarop de regering heeft geantwoord:

'Daar waar het Verdrag een weergave betreft van het gewoonterecht, is dit gebaseerd op een wijdverspreide en uniforme statenpraktijk in combinatie met de overtuiging dat men rechtens gebonden is aan deze praktijk. Ook staten die geen partij zijn bij het Verdrag, zijn aan dit gewoonterecht gebonden tenzij zij hier stelselmatig bezwaar tegen hebben gemaakt. De Nederlandse rechtspraktijk heeft daar geen invloed op.'³³

3.28 Het onderdeel klaagt ook dat het hof heeft miskend dat rechtsmacht de hoofdregel is en functionele immuniteit de uitzondering hierop. Het hof heeft in rov. 3.23 geoordeeld dat geen redelijke twijfel bestaat dat het internationaal gewoonterecht naar de huidige stand van zaken inhoudt dat in een civielrechtelijke procedure tegen een overheidsfunctionaris geen uitzondering op de functionele immuniteit dient worden gemaakt vanwege de ernst van de aan de vordering ten grondslag gelegde feiten. Dit betekent volgens het hof dat de stelling van [eiser], dat jurisdictie uitgangspunt is en dat

[verweerders] de uitzondering daarop (immuniteit) moeten aantonen, niet besproken hoeft te worden. Uit deze rechtsoverweging volgt dat ook indien rechtsmacht als hoofdregel heeft te gelden, naar het oordeel van het hof voldoende is aangetoond dat de uitzondering van functionele immuniteit in het onderhavige geval van toepassing is (en zich dus ook uitstrekt tot (gestelde) oorlogsmisdrijven). De klacht dat het hof dit heeft miskend, berust op een verkeerde lezing van het arrest.

3.29 Uit het voorgaande volgt dat onderdeel 1.1 in zijn geheel faalt. Onderdeel 1.2 bouwt voort op onderdeel 1.1 en deelt het lot daarvan, omdat het in de kern genomen ook klaagt dat het hof de totstandkoming van internationaal gewoonterecht heeft miskend.

3.30 *Onderdeel II* is gericht tegen rov. 3.2-3.4 (en alle daarop volgende overwegingen), waarin het hof voor de beantwoording van de in dit geschil voorliggende vraag over de aanwezigheid van functionele immuniteit aansluiting zoekt bij de rechtspraak over staatsimmuniteit, in het bijzonder bij het arrest van het IGH inzake *Jurisdictional Immunities*. Het onderdeel valt uiteen in vier subonderdelen (2.1 t/m 2.4).

3.31 *Onderdeel 2.1* betoogt dat op basis van (de ontwikkeling van) het internationaal gewoonterecht personen op grond van hun individuele aansprakelijkheid kunnen worden aangesproken voor internationale misdrijven, ongeacht of zij een staat vertegenwoordigen. De schending door die persoon van internationale normen staat los van eventuele parallele aansprakelijkheid van de staat voor die schending. Op basis van individuele aansprakelijkheid hebben personen die normaliter functionele immuniteit genieten, die immuniteit dus niet voor internationale misdrijven. Het hof heeft ten onrechte zijn oordeel niet gebaseerd op het vertrekpunt van de ontwikkeling van individuele aansprakelijkheid, zodat zijn oordeelsvorming omtrent een uitzondering op de functionele immuniteit in het geval van oorlogsmisdrijven niet in stand kan blijven. Het hof heeft ten onrechte het arrest van het IGH inzake *Jurisdictional Immunities*, waarin het ging om civiele vorderingen tegen een staat, tot uitgangspunt genomen en daarmee een te beperkt toetsingskader gehanteerd bij de beantwoording van de vraag of sprake is van functionele immuniteit (geldend voor individuen). Daardoor zijn ook diens (andere) overwegingen over de uitleg van het internationaal gewoonterecht onjuist, aldus het onderdeel.

3.32 Vooropgesteld kan worden dat geen klacht is gericht tegen de kwalificatie van het hof in rov. 3.2 dat het in dit geval gaat over de functionele immuniteit. Begrijp ik de klacht goed, dan betoogt het onderdeel dat [verweerders] op grond van hun individuele/persoonlijke aansprakelijkheid kunnen worden aangesproken en dat op die grond sprake is van een uitzondering op hun functionele immuniteit. Deze door het onderdeel bepleite opvatting wordt ook verdedigd in het reeds aangehaalde CAVV-advies 2011. In haar advies gaat de CAVV in op drie benade-

32 Vgl. Alkema in zijn noot bij *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk*, NJ 2015/364.

33 *Kamerstukken II 2022-2023*, 36027 (R2160), nr. 6 (nota naar aanleiding van het verslag), p. 8.

ringen ter beargumentering van een beperking van de functionele immuniteit in verband met internationale misdrijven.³⁴ De eerste benadering gaat ervan uit dat het plegen van een internationaal misdrijf geen officiële taak van een staat kan zijn en dat de pleger daarom geen functionele immuniteit kan inroepen. De CAVV acht deze benadering niet overtuigend vanwege de vaak feitelijk aantoonbare verwevenheid van veel internationale misdrijven met het staatsapparaat. De tweede benadering huldigt het standpunt dat het begaan van internationale misdrijven een schending van het *jus cogens* inhoudt en dat deze normen voorrang hebben op andere normen van internationaal recht, inclusief de regels over immuniteit. De CAVV wijst deze benadering af, omdat hierin het verschil tussen het materiële karakter van *jus cogens* en het procedurele karakter van regels van immuniteit wordt veronachtzaamd. De CAVV kiest voor de derde benadering die inhoudt dat een beroep op functionele immuniteit faalt, omdat het een beschuldiging betreft van het plegen van internationale misdrijven. De CAVV stelt:

'Deze benadering gaat uit van individuele aansprakelijkheid van personen voor internationale misdrijven, ongeacht of zij een staat vertegenwoordigen. Internationale misdrijven worden gepleegd door personen, ook al maken zij daarbij gebruik van de middelen van een staat, of geven zij daarmee uitvoering aan statelijk beleid. De persoon schendt internationale normen. Dit staat los van eventuele parallelle aansprakelijkheid van de staat hiervoor. Terwijl in het klassieke internationaal recht handelingen van ambtsdragers in de uitoefening van hun taak alleen aan de staat konden worden toegerekend, heeft de ontwikkeling betreffende internationale misdrijven binnen het internationaal recht tot gevolg dat ook de persoon die het misdrijf pleegt hiervoor verantwoordelijk kan worden gehouden.³⁵

3.33 De CAVV heeft in haar advies benadrukt dat de keuze voor deze benadering een rechtspolitieke keuze is, aangezien het hier gaat om een ontwikkeling die in het internationaal recht nog niet is uitgekristalliseerd:

'Deze benadering aanvaardt de individuele strafrechtelijke verantwoordelijkheid van personen voor internationale misdrijven als zelfstandig rechtsbeginsel en is niet afhankelijk van een meer indirecte redenering zoals in de voorgaande twee benaderingen. De CAVV benadrukt, dat de keuze voor de hier geschetste benadering tevens een rechtspolitieke keuze is, aangezien het hier gaat om een ontwikkeling die in het internationaal recht nog niet is uitgekristalliseerd. Het gaat uiteindelijk ook om een afweging tussen enerzijds het belang van de ongestoorde internationale betrekkingen en anderzijds het belang van de bestrijding van de straffeloosheid van 20

internationale misdrijven. Zo lang hoge ambtsdragers in functie zijn, kan het eerste belang zwaarder wegen. Maar als de ambtsdragers niet langer in functie zijn, moet groter gewicht worden toegekend aan het tweede belang. Nederland kan, door te kiezen voor de hier verdedigde benadering, een nuttige bijdrage leveren aan de vorming van internationaal gewoonterecht, dat immers afhankelijk is van de statenpraktijk.³⁶

3.34 Het advies van de CAVV richt zich vooral op de vraag of de functionele immuniteit moet worden beperkt ten faveure van de *bestrafing* van internationale misdrijven. De bronnen waarin de CAVV steun vindt voor de door haar gekozen benadering zijn voor het overgrote deel strafrechtelijk van aard. Wat betreft civiele vorderingen van schadevergoeding verwijst de CAVV naar een zeer beperkt aantal bronnen. In art. 14 van het Verdrag tegen foltering³⁷ staat dat staten die partij zijn bij dat verdrag moeten waarborgen dat een slachtoffer van foltering genoegdoening krijgt en een rechtens afdwingbaar recht heeft op schadevergoeding. De CAVV wijst erop dat deze verplichting alleen betrekking heeft op de staat op wiens grondgebied foltering heeft plaatsgevonden. Voorts noemt de CAVV het Verdrag inzake bescherming tegen gedwongen verdwijningen,³⁸ waarin wordt voorzien in de waarborg van schadeloosstelling voor slachtoffers van gedwongen verdwijningen.³⁹

3.35 De CAVV gaat er in haar advies vanuit dat Nederland de mogelijkheid heeft om te kiezen voor de door haar verdedigde benadering. In haar reactie op het advies is de Nederlandse regering gereserveerder:

'De regering onderschrijft hetgeen de CAVV schrijft over de ontwikkelingen op het gebied van functionele immuniteit, al is zij wat terughoudender wat betreft de mogelijkheden tot vorming van internationaal gewoonterecht op dit punt. Anderzijds laat de CAVV zien dat ook in de huidige internationale rechtsorde buitenlandse ambtsdragers aanspraak kunnen blijven maken op immuniteit, indien zij geconfronteerd worden met juridische procedures voor een buitenlandse rechter. Het belang van ongestoorde bilaterale betrekkingen wordt daarmee onderstreept.⁴⁰

3.36 Het advies van de CAVV is gepubliceerd in 2011, dus vóór het arrest van het IGH inzake *Jurisdictional Immunities* en vóór het arrest van het EHRM inzake *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk*. Naar mijn mening heeft Nederland naar de huidige stand van het internationaal gewoonterecht in civiele procedures

36 CAVV-advies 2011, reeds aangehaald, p. 20.

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

38 Internationaal Verdrag inzake de bescherming van alle personen tegen gedwongen verdwijningen, New York, 20 december 2006, *Trb.* 2008, 173.

39 CAVV-advies 2011, reeds aangehaald, p. 25-26.

40 *Kamerstukken II 2011-2012, 33000 V*, nr. 9, p. 5-6.

34 CAVV-advies 2011, reeds aangehaald, p. 18-21.

35 CAVV-advies 2011, reeds aangehaald, p. 20.

geen ruimte om te kiezen voor de door de CAVV voorgestelde benadering. Zoals hierboven is opgemerkt, zijn de statenpraktijk en de *opinio juris* voldoende consistent om aan te nemen dat het internationaal gewoonterecht géén uitzondering toestaat op de functionele immuniteit van jurisdictie in civiele procedures in geval van (gestelde) schendingen van *jus cogens*. Nederland is hieraan gebonden.

3.37 In het bestreden arrest heeft het hof onderzocht of in civiele procedures op basis van het internationaal gewoonterecht een uitzondering dient te worden gemaakt op de functionele immuniteit van jurisdictie vanwege de ernst van de aan de vordering ten grondslag gelegde feiten. Weliswaar vangt de analyse van het hof aan met een bespreking van het arrest inzake *Jurisdictional Immunities*, waarin het IGH inzake staatsimmuniteit geen uitzondering heeft erkend voor schendingen van *jus cogens*, maar vervolgens heeft het hof onderzocht of datzelfde geldt voor functionele immuniteit. Het hof heeft na bestudering van nationale en internationale rechtspraak en andere gezaghebbende bronnen geconcludeerd dat het internationaal gewoonterecht inhoudt dat zo'n uitzondering ook niet geldt voor functionele immuniteit in het kader van een civiele procedure. In het oordeel van het hof ligt besloten dat het internationaal gewoonterecht ook geen beperking van de functionele immuniteit in civiele procedures toestaat op grond van de individuele aansprakelijkheid van de gezagsdrager. Dit oordeel getuigt, gelet op het voorgaande, niet van een onjuiste rechtsopvatting over het internationaal gewoonterecht, zodat het onderdeel faalt.

3.38 *Onderdeel 2.2* klaagt kort gezegd dat het hof een inhoudelijk oordeel had moeten geven over de door [verweerders] gepleegde handelingen en niet alleen een 'veronderstellenderwijs'-oordeel in rov. 3.1. Het onderdeel betoogt dat het antwoord op de vraag of sprake is van oorlogsmisdrijven de kernvraag is in het kader van het beroep op immuniteit, waarbij het, anders dan het hof en [verweerders] menen, gaat om een voorlopig inhoudelijk oordeel dat slechts van belang is voor de beantwoording van de immuniteitsvraag.

3.39 Het hof heeft, in navolging van de rechtbank,⁴¹ overwogen:

'3.1 Bij het bespreken van de grieven zal het hof er, net als de rechtbank, veronderstellenderwijs van uitgaan dat [verweerder 1] en [verweerder 2] bij het uitvoeren van het bombardement op 20 juli 2014 internationale misdrijven hebben gepleegd. Dit betekent niet, zoals [eiser] veronderstelt, dat de rechtbank of het hof al een 'voorlopig oordeel' geven over deze handelingen. Het betekent alleen dat het hof over de kwalificatie van deze handelingen nog geen oordeel geeft maar eerst nagaat of, *gesteld* dat de kwalificatie die [eiser] aan deze handelingen geeft juist is,

[verweerders] een beroep op immuniteit van jurisdictie toekomt.' [voetnoot weggelaten, A-G]

3.40 Het hof heeft vervolgens geconcludeerd dat het internationaal gewoonterecht inhoudt dat géén uitzondering dient te worden gemaakt op de functionele immuniteit vanwege de ernst van de aan de vordering ten grondslag gelegde feiten. Niet valt in te zien dat dit oordeel anders was geweest wanneer het hof niet slechts een 'veronderstellenderwijs'-oordeel had geveld, maar een 'voorlopig inhoudelijk oordeel' over de vraag of sprake was van oorlogsmisdrijven. Het onderdeel faalt hiermee wegens gebrek aan belang.

3.41 Ten overvloede wijs ik erop dat de rechter ook bij het vellen van een 'voorlopig inhoudelijk oordeel' onderzoek naar de zaak ten gronde zou moeten verrichten. In het arrest *Jurisdictional Immunities* heeft het IGH hierop ook gewezen:

'82. At the outset, however, the Court must observe that the proposition that the availability of immunity will be to some extent dependent upon the gravity of the unlawful act presents a logical problem. Immunity from jurisdiction is an immunity not merely from being subjected to an adverse judgment but from being subjected to the trial process. It is, therefore, necessarily preliminary in nature. Consequently, a national court is required to determine whether or not a foreign State is entitled to immunity as a matter of international law before it can hear the merits of the case brought before it and before the facts have been established. If immunity were to be dependent upon the State actually having committed a serious violation of international human rights law or the law of armed conflict, then it would become necessary for the national court to hold an enquiry into the merits in order to determine whether it had jurisdiction. If, on the other hand, the mere allegation that the State had committed such wrongful acts were to be sufficient to deprive the State of its entitlement to immunity, immunity could, in effect be negated simply by skilful construction of the claim.'

3.42 *Onderdeel 2.3* klaagt dat voor zover het hof met diens overweging in rov. 3.4 dat niet in geschil is dat het optreden van het Israëlische leger *acta jure imperii* zijn, heeft bedoeld dat niet in geschil is dat het optreden van [verweerders] vanuit het oogpunt van immuniteit louter moet worden beschouwd als handelen van de Staat Israël, die overweging onjuist dan wel onbegrijpelijk is, nu [eiser] heeft betoogd dat individueel militair optreden moet worden onderscheiden van immuniteit die hoort bij publiek staatsoptreden en dat het handelen van [verweerder 1] dus niet oplost in staatshandelen. Volgens het onderdeel is het op het terrein van militaire operaties dat de noodzaak is vastgesteld om onrechtmatig van rechtmatig optreden te onderscheiden en aan onrechtmatig handelen van individuele militairen individuele aansprakelijkheid te koppelen. Het onderdeel betoogt verder dat voor zover het hof diens constatering dat het optreden van het Israëlische le-

41 Zie rov. 4.20 van het vonnis van de rechtbank Den Haag van 29 januari 2020.

ger *acta jure imperii* zijn mede ten grondslag heeft gelegd aan het aannemen van functionele immuniteit, het hof blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting in het licht van onderdeel 2.1.

3.43 *Onderdeel 2.4* stelt dat het onjuiste vertrekpunt van de blik op de Staat Israël in plaats van op de aangesproken individuen, meebrengt dat ook het oordeel van het hof in rov. 3.7 onjuist of onbegrijpelijk is. In rov. 3.7 heeft het hof overwogen dat aan diens beslissing niet afdoet dat Israël mogelijk niet gehouden is [verweerders] schadeloos te stellen voor een toewijzende uitspraak en dat een uitspraak niet tegen Israël ten uitvoer zal worden gelegd. Het onderdeel betoogt dat bij veroordeling in deze zaak geen maatregelen tegen Israël worden genomen en Israël op geen enkele manier in zijn handelen wordt belemmerd. De uitleg die het hof heeft gegeven van het internationale gewoonterecht en in het bijzonder van de vraag wanneer sprake is van (een uitzondering op) functionele immuniteit, geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting, aldus het onderdeel.

3.44 De onderdelen 2.3 en 2.4 bouwen in de kern genomen voort op onderdeel 2.1 en behoeven geen afzonderlijke bespreking. De onderdelen falen op dezelfde gronden.

3.45 *Onderdeel III* is eveneens gericht tegen rov. 3.2-3.24 en stelt, in de kern genomen, dat voor zover het hof terecht aansluiting heeft gezocht bij het internationaal gewoonterecht inzake staatsimmuniteit, zijn oordeel dat in dit geval immuniteit moet worden aangenomen, ook dan getuigt van een onjuiste rechtsopvatting omdat het hof is uitgegaan van een onjuiste uitleg van het internationaal gewoonterecht en in het bijzonder door in dit verband geen of te weinig belang te hechten aan verschillende omstandigheden. Het onderdeel valt uiteen in 10 subonderdelen (3.1 t/m 3.10).

3.46 *Onderdeel 3.1* betoogt dat het hof in rov. 3.8 ten onrechte onder verwijzing naar het arrest van het EHRM inzake *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk* heeft overwogen dat dit arrest de stelling niet ondersteunt dat in civiele zaken op de immuniteit van jurisdictie van (voormalige) overheidsfunctionarissen een uitzondering moet worden gemaakt voor ologs misdrijven of misdrijven tegen de menselijkheid. Volgens het onderdeel kan aan deze uitspraak geen doorslaggevende waarde worden gehecht voor de uitleg van het huidige recht, nu deze zaak dateert uit 2014, betrekking had op de uitleg van het internationaal gewoonterecht in 2006 en sindsdien de nodige ontwikkelingen hebben plaatsgevonden.

3.47 Zoals hierboven reeds is vermeld, is er – anders dan het onderdeel betoogt – onvoldoende aanleiding om aan te nemen dat het arrest *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk* niet de huidige stand van het internationaal gewoonterecht weergeeft. De klacht faalt derhalve.

3.48 Het onderdeel klaagt verder dat het EHRM zich in *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk* slechts moest buigen over de vraag of het toekennen van immuniteit in strijd was met art. 6 EVRM. Het onderdeel

stelt ook dat *common law* jurisdicties, zoals het Verenigd Koninkrijk, minder dan *civil law* jurisdicties, zoals Nederland, de *action civile* (het indienen van een civiele vordering in het strafproces) kennen, zodat ook om die reden het aansluiten bij het EHRM-arrest getuigt van een onjuiste rechtsopvatting.

3.49 Deze klachten falen, omdat zij eraan voorbijgaan dat het EHRM zich in *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk* in het kader van de proportionaliteitstoets van art. 6 EVRM wel degelijk heeft uitgelaten over de stand van het internationaal gewoonterecht en heeft geconcludeerd dat 'the bulk of the authority is (...) to the effect that State's right to immunity may not be circumvented by suing its servants or agents instead'.⁴² Het feit dat het EHRM zich heeft uitgesproken over de stand van het internationaal gewoonterecht, maakt dat deze uitspraak relevant is voor alle jurisdicties, ongeacht of zij behoren tot de *civil law* of tot de *common law*. Dat hetgeen het EHRM in *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk* heeft overwogen over de stand van het internationaal gewoonterecht inzake immuniteit van jurisdictie niet relevant zou zijn voor *civil law*-jurisdicties als Nederland, zoals het middel suggereert, valt ook niet te rijmen met het reeds aangehaalde arrest inzake *J.C./België*, waarin het EHRM, in een zaak tegen België – een *civil law*-jurisdictie die de mogelijkheid van de *action civile* kent – heeft overwogen dat de verzoekers onvoldoende bewijs naar voren hebben gebracht waaruit zou blijken dat het internationaal gewoonterecht zich inmiddels zodanig heeft ontwikkeld dat de vaststellingen hieromtrent in het arrest *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk* niet langer zouden gelden.⁴³

3.50 Aan het slot van onderdeel 3.1 betoogt het middel dat het vereenzelvigen van individuele ambtsdragers met de staat bij beantwoording van de immuniteitsvraag in het geval van een internationaal misdrijf strijdig is met kernbeginselen van internationaal recht betreffende de persoonlijke aansprakelijkheid van folteraars.

3.51 Deze klacht bouwt voort op onderdeel 2.1 en deelt het lot daarvan.

3.52 *Onderdeel 3.2* betoogt dat het hof in rov. 3.7 ten onrechte heeft geconcludeerd dat het aannemen van civiele jurisdictie in deze zaak, ook als [eiser] alleen [verweerders] aansprakelijk stelt, een inbreuk op de staatsimmuniteit vormt. Het oordeel van het hof impliceert dat geen enkel overheidsoptreden van een vreemde staat ter discussie kan staan bij de Nederlandse rechter omdat in het geval van een aansprakelijkstelling van individuele functionarissen immers altijd een link met de staat namens wie de functionarissen optreden, kan worden gemaakt. Het aannemen van civiele jurisdictie in dit geval vormt echter geen inbreuk op de staatsimmuniteit, aldus het onderdeel.

3.53 Ook deze klacht bouwt voort op onderdeel 2.1, waarin werd betoogd dat het hof de individuele

⁴² *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald, punt 213.

⁴³ *J.C./België*, reeds aangehaald, punt 64.

aansprakelijkheid van [verweerders] als vertrekpunt had moeten nemen. Het faalt om dezelfde redenen.

3.54 Het onderdeel betoogt tevens dat het hof ten onrechte geen, althans onvoldoende, (expliciete) aandacht heeft besteed aan verschillende (essentiële) stellingen van [eiser], te weten:

i) Het toewijzen van een civiele vordering heeft de Nederlandse rechter ook eerder gedaan, onder verwijzing naar de processtukken waarin [eiser] heeft verwezen naar Rb. Den Haag 15 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14782 en Rb. Den Haag 21 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV9748.

ii) Het relevante criterium voor de uitoefening van civiele jurisdictie is of daarmee de immuniteit van de Staat Israël daadwerkelijk wordt geraakt, maar dat is in dit geschil – gelet op de vordering van [eiser] – niet het geval.

iii) Indien – zoals in dit geval – geen sprake is van exclusieve aansprakelijkheid van de Staat, en een individu kan worden aangesproken op zijn persoonlijke, individuele aansprakelijkheid, komt de ratio van functionele immuniteit niet in het geding. In deze zaak, waar sprake is van parallelle aansprakelijkheid, maakt het geen verschil of de persoon bij bepaald handelen ook een Staat vertegenwoordigt of niet, het gaat louter om de inhoudelijke kwalificatie van dat handelen.

3.55 Het hof heeft in rov. 3.13 overwogen dat [eiser] heeft gewezen op een uitspraak van de rechtbank Den Haag van 21 maart 2012. Het hof heeft hierbij opgemerkt dat het feit dat het vonnis geen overwegingen bevat over functionele immuniteit, erop wijst dat de rechtbank dit punt niet onder ogen heeft gezien en dat dit vonnis dan ook op het punt dat hier aan de orde is, niet als gezaghebbend of als bewijs van statenpraktijk kan worden beschouwd. De klacht dat het hof aan de stelling van [eiser] geen, althans onvoldoende (expliciete) aandacht heeft besteed, mist dus feitelijke grondslag en faalt.

3.56 Ook faalt de klacht dat het hof geen aandacht heeft besteed aan het vonnis van de rechtbank Den Haag van 15 december 2017. Dit vonnis betreft een strafrechtelijk vonnis. Het hof heeft in rov. 3.17-3.21 uiteengezet waarom het strafrechtelijke bronnen niet bepalend acht voor de vraag of [verweerders] in de onderhavige civielrechtelijke zaak aanspraak kunnen maken op immuniteit van jurisdictie. Deze kwestie komt hieronder aan de orde bij de bespreking van onderdeel 3.4.

3.57 De hierboven vermelde stellingen onder ii) en iii) bouwen voort op de door [eiser] naar voren gebrachte zienswijze dat [verweerders] individueel aansprakelijk kunnen worden gesteld voor internationale misdrijven en dat deze individuele aansprakelijkheid op grond van het internationaal gewoonterecht een uitzondering vormt op de functionele immuniteit van jurisdictie in civiele zaken. In zoverre bouwt het onderdeel voort op onderdeel 2.1 en faalt het in het voetspoor daarvan. Daarbij komt dat het onderdeel het (impliciete) rechtsoordeel van het hof dat het internationaal gewoonterecht een der-

gelijke uitzondering niet toelaat, lijkt te bestrijden met een motiveringsklacht, hetgeen niet mogelijk is. Het onderdeel faalt ook daarom.

3.58 *Onderdeel 3.3* stelt dat het hof zijn uitleg van het internationaal gewoonterecht in rov. 3.9 en 3.10 ten onrechte (mede) heeft gebaseerd op de in die overwegingen vermelde uitspraken, die volgens het middel (in ieder geval deels) oudere uitspraken betreffen, zodat die uitspraken in ieder geval niet van doorslaggevend belang kunnen zijn voor de huidige stand van het internationaal gewoonterecht. Het hof heeft in ieder geval niet afdoende duidelijk gemaakt wat precies het belang is van de uitspraken van de High Court of New Zealand, de Supreme Court of Canada en de jurisprudentie in de Verenigde Staten, zeker niet wanneer dat wordt afgezet tegen het betoog van [eiser] dat immuniteit niet in beton is gegoten en dat staatsimmuniteit is relativerend in de afgelopen decennia, aldus het onderdeel.

3.59 Het hof heeft onderzoek gedaan of in nationale en internationale rechtspraak een uitzondering wordt gemaakt op de functionele immuniteit van jurisdictie in het geval van een schending van *jus cogens*. De uitspraken die het hof in rov. 3.9 en 3.10 heeft aangehaald, hebben alle op dit onderwerp betrekking. Daarmee valt niet in te zien dat het hof niet afdoende duidelijk heeft gemaakt wat precies het belang is van deze uitspraken. Op de vindplaats waar volgens de procesinleiding het betoog van [eiser] staat dat staatsimmuniteit in de afgelopen decennia is gerelativeerd,⁴⁴ staan met name verwijzingen naar strafrechtelijke documenten, die – naar het oordeel van het hof – niet relevant zijn voor deze zaak. Ik merk nog op dat een regel van internationaal gewoonterecht binnen zeer korte tijd kan ontstaan, maar dat is vooral het geval als het een handeling betreft op een terrein waarop tevoren geen regel of praktijk bestond.⁴⁵ Uit de aangehaalde uitspraken blijkt juist dat er ten aanzien van functionele immuniteit in verband met schendingen van *jus cogens* wél al langere tijd sprake is van een vrij consistente statenpraktijk. Tegen deze achtergrond faalt het onderdeel.

3.60 *Onderdeel 3.4* stelt dat het hof ten onrechte in rov. 3.16-3.21 heeft geoordeeld dat de aard van de ter discussie staande handelingen de immuniteit niet kan doorbreken en dat het hof de in het strafrecht ontwikkelde lijn van doorbreking van immuniteit in geval van oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid niet heeft doorgetrokken naar het civiele recht. Volgens het onderdeel is dit oordeel onjuist dan wel onbegrijpelijk op grond van de volgende door [eiser] aangevoerde (essentiële) stellingen: (i) er is geen principieel onderscheid aan te brengen tussen straf- en civiele rechtsmacht en het daartussen gemaakte onderscheid is dus artificieel, zo blijkt uit diverse (door [eiser] naar voren ge-

⁴⁴ Dit betoog is te vinden in nr. 24-39 van productie 15 zijdens [eiser] (pleitnota hoger beroep).

⁴⁵ Nollkaemper, a.w., 2022/153.

bracht) gezaghebbende bronnen, en (ii) bij de uitoefening van civiele rechtsmacht maakt individuele aansprakelijkheid van ambtsdragers voor internationale misdrijven (net als geldt voor de uitoefening van strafrechtsmacht) geen onaanvaardbare inbreuk op de staatsimmunititeit.

3.61 Stelling (i) en de argumenten die in het kader daarvan in het onderdeel naar voren worden gebracht, zien in de kern genomen op de vraag of het hof in zijn oordeel over de vraag of functionele immunititeit van jurisdictie in civiele procedures zich uitstrekt tot (gestelde) internationale misdrijven, aansluiting had moeten zoeken bij de ontwikkelingen van functionele immunititeit in het strafrecht. Het hof heeft overwogen:

'3.17 Zoals hiervoor is besproken, erkent de rechtspraak in civielrechtelijke zaken in de overgrote meerderheid van de gevallen geen uitzondering op (functionele) immunititeit voor internationale misdrijven. Tegen die achtergrond is er onvoldoende aanleiding om voor de reikwijdte van deze regel in civielrechtelijke zaken te rade te gaan bij het strafrecht. In de (internationale) rechtspraktijk wordt de functionele immunititeit van jurisdictie in strafzaken ook veelal expliciet onderscheiden van functionele immunititeit in een civiel geding, op grond van de verschillen tussen beide vormen van rechtspleging (...). Dat een dergelijk onderscheid vanuit rechtssystematisch oogpunt wellicht niet in alle opzichten bevredigend wordt gevonden, bijvoorbeeld omdat bepaalde rechtsstelsels de mogelijkheid kennen om in een strafzaak ook een vordering tot schadevergoeding in te stellen, doet daar niet aan af. Voor de interpretatie van het internationaal gewoonterecht is in de eerste plaats van belang wat rechters in de praktijk beslissen. (...).'

3.62 Het oordeel van het hof dat strafrechtelijke bronnen niet bepalend zijn voor de vraag of een overheidsfunctionaris in een civiele procedure aanspraak kan maken op immunititeit van jurisdictie, vindt steun in een groot aantal bronnen. Het hof heeft zelf gewezen op het rapport van de ILC, waarin Dire Tladi, de *Special Rapporteur* inzake *jus cogens*, schrijft:

'Second, and more importantly, as agreed at the commencement of the consideration of the topic, what should guide the Commission should be State practice and not theoretical considerations. It is particularly important to observe, in this regard, that some cases upholding immunity in civil matters have noted that different rules may apply to criminal matters. To the extent that State practice, in the form of national court cases, supports the distinction, the Commission should follow that practice.'⁴⁶ [voetnoot weggelaten, A-G]

⁴⁶ Third report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*), 70th session of the ILC (2018), UN/GA, A/CN.4/714, par. 130, te raadplegen op: https://legal.un.org/ilc/guide/1_14.shtml.

3.63 Het hof heeft er ook op gewezen dat het IGH en het EHRM in hun rechtspraak over immunititeit van jurisdictie expliciet een relevant verschil tussen civiele en strafrechtelijke procedures hebben onderkend.

3.64 Anders dan het hof, is de rechtbank in haar vonnis van 29 januari 2020 wél ingegaan op de vraag of er een regel van internationaal gewoonterecht is die inhoudt dat functionele immunititeit van jurisdictie in een *strafrechtelijke procedure* wordt beperkt in het geval van berechting van internationale misdrijven door nationale gerechten (rov. 4.36-4.48). De rechtbank heeft overwogen dat een dergelijke regel van internationaal gewoonterecht ontbreekt en dat daarom ook geen sprake kan zijn van enig doortrekken of naar analogie toepassen van die regel in civiele procedures (rov. 4.51). Hierover heeft Ryngaert opgemerkt dat de rechtbank zich had kunnen onthouden van een oordeel over het internationaal gewoonterecht inzake functionele immunititeit in strafrechtelijke zaken, nu het gaat om een civiele zaak en het EHRM in *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk* heeft beslist dat art. 6 EVRM niet is geschonden indien een nationale rechtbank in een civiele procedure over foltering, functionele immunititeit toekent aan een vreemde gezagsdrager. Ryngaert stelt dat het onvermijdelijk is dat enige fragmentatie blijft bestaan tussen verschillende vormen van immunititeit, zoals immunititeit in civiele versus strafrechtelijke zaken.⁴⁷

3.65 Het hof heeft, mijns inziens met juistheid, geconcludeerd dat het internationaal gewoonterecht inhoudt dat in civiele procedures geen uitzondering geldt op de functionele immunititeit van jurisdictie in het geval van oorlogsmisdrijven. Anders dan het onderdeel betoogt, was het hof niet verplicht om aansluiting te zoeken bij eventuele ontwikkelingen in het strafrecht. Dat het onderscheid tussen civiele en strafrechtelijke procedures enigszins artificieel kan zijn, met name wanneer het slachtoffer in een strafrechtelijke procedure een civiele vordering kan indienen, doet hieraan niet af. Zulke rechtssystematische overwegingen zijn bij de vaststelling van het internationaal gewoonterecht van ondergeschikt belang. De klacht stuit hierop af.

3.66 De in het onderdeel genoemde stelling (ii) en de argumenten die daarbij worden gegeven, bouwen voort op onderdeel 2.1 en 3.2. De klacht deelt het lot van die onderdelen. Voor zover het onderdeel nog klaagt dat het oordeel van het hof in het licht van de stellingen die betrekking hebben op de uitleg van het internationaal gewoonterecht, onbegrijpelijk is, gaat het eraan voorbij dat een rechtsoordeel niet met een motiveringsklacht kan worden bestreden en faalt het eveneens.

3.67 *Onderdeel* 3.5 klaagt dat het hof ten onrechte geen betekenis heeft toegekend aan het feit dat

⁴⁷ C. Ryngaert, 'Functionele immunititeit van vreemde gezagsdragers in de context van internationale misdrijven. Een uitdaging voor Nederlandse rechtbanken', *NJB* 2020-23, p. 1658, onder verwijzing naar P. Webb, 'How far does the systematic approach to immunities take us?', *AJIL Unbound* 2018, p. 21.

individuele aansprakelijkheid, gelet op het recht op toegang tot de rechter, ook in civiele procedures kan worden aangenomen, omdat het EHRM onder art. 6 EVRM een beoordelingsmarge aan staten laat om een eigen beleid op dit terrein te implementeren.

3.68 Ook deze klacht bouwt voort op onderdeel 2.1 en faalt in het voetspoor daarvan. Bovendien gaat de klacht eraan voorbij dat het hof heeft geoordeeld dat het internationaal gewoonterecht géén uitzondering toestaat op de functionele immuniteit van [verweerders] De 'margin of appreciation' in het kader van art. 6 EVRM is voor het hof daarmee niet relevant (zie ook rov. 3.22).

3.69 Het onderdeel klaagt verder dat het hof ten onrechte niet, althans onvoldoende heeft meegewogen dat [eiser] heeft gesteld dat er geen alternatief forum beschikbaar is, waaraan hij zijn vordering kan voorleggen. Het hof heeft ten onrechte geen proportionaliteitstoets uitgevoerd of in dit geval de beperking van toegang tot de rechter door het aannemen van immuniteit, is gerechtvaardigd. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt, zo stelt het onderdeel, dat sprake moet zijn van 'limits to immunity', omdat 'it would not be consistent with the rule of law in a democratic society with the basic principle underlying Article 6 par. 1 – namely that civil claims must be capable of being submitted to a judge for adjudication – if a State could, without restraint or control by the Convention enforcement bodies, remove from the jurisdiction of the courts a whole range of civil claims or confer immunities from civil liability on large groups or categories of persons'.

3.70 Ik merk over deze klacht het volgende op. Het hof heeft in rov. 3.22 het volgende overwogen:

'(...) Uit het oordeel van het IGH in de *Jurisdictional Immunities*-zaak (...) volgt dat de vraag of de eiser een alternatief rechtsmiddel ter beschikking staat geen rol speelt bij de vraag of een Staat immuniteit van jurisdictie geniet. Niet valt in te zien waarom dat voor de, van de immuniteit van de Staat afgeleide, functionele immuniteit van jurisdictie van zijn functionarissen anders zou zijn. Het EHRM heeft evenmin belang toegekend aan de vraag of een alternatieve rechtsgang openstond, hoewel op het ontbreken daarvan wel een beroep was gedaan. Daarbij komt dat de stelling van [eiser] dat een alternatieve rechtsgang ontbreekt omdat hem, kort gezegd, in Israël geen eerlijk proces wacht, noodzakelijkerwijs een beoordeling zou vergen van het rechtssysteem van de Staat Israël. De strekking van de immuniteit van een vreemde Staat is echter dat het niet aan de rechter van het forum is daarover een oordeel te geven.' [voetnoot weggelaten, A-G]

3.71 Het hof heeft in rov. 3.22 verwezen naar de arresten van het EHRM in de zaken *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk* en *J.C. e.a./België*. In eerstgenoemde zaak hadden de verzoekers betoogd dat het EHRM moest afwijken van zijn benadering uit *Al-Adsani/Verenigd Koninkrijk* door in het kader van de proportionaliteitstoets (onder meer) mee te wegen of er al-

ternatieve middelen bestaan. Het EHRM heeft niet specifiek op dit punt gereageerd, maar heeft wel overwogen dat de benadering uit *Al-Adsani* moest worden gevolgd.⁴⁸ De zaak *J.C. e.a./België* had betrekking op seksueel misbruik binnen de Katholieke Kerk in België en op de vraag of het toekennen van staatsimmunitie aan de Heilige Stoel in strijd met art. 6 EVRM was. Het EHRM overwoog ten overvloed dat de slachtoffers wel beschikken over alternatieve middelen, omdat zij de kerkelijke functionarissen in België konden aanspreken in een civiele procedure, die zich dan uiteraard niet op functionele immuniteit kunnen beroepen.⁴⁹

3.72 In een recent arrest van 5 februari 2019 heeft het EHRM, onder verwijzing naar het arrest van het IGH inzake *Jurisdictional Immunities*, in het kader van staatsimmunitie uitdrukkelijk overwogen dat de vraag of verlening van immuniteit van jurisdictie aan een staat verenigbaar is met art. 6 lid 1 EVRM niet afhangt van het bestaan van redelijke alternatieven voor de oplossing van het geschil.⁵⁰

3.73 Met het hof ben ik het eens dat er geen reden is om aan te nemen dat de verlening van functionele immuniteit van jurisdictie bij gebrek aan redelijke alternatieve middelen voor de rechtzoekende wél een schending van art. 6 lid 1 EVRM zou betekenen. Dat Nederland door in de gegeven omstandigheden immuniteit te aanvaarden een hele reeks civiele vorderingen aan de bevoegdheid van de rechter zou onttrekken of grote groepen of categorieën personen zou vrijwaren van civiele aansprakelijkheid, is onvoldoende gesteld. Uit het voorgaande volgt dat het hof, anders dan het onderdeel stelt, niet verplicht was om de beschikbaarheid van een alternatief forum in zijn oordeel mee te wegen, zodat het onderdeel faalt.

3.74 *Onderdeel 3.6* is gericht tegen rov. 3.19 van het bestreden arrest. Daarin heeft het hof overwo-

⁴⁸ *Jones e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald, punt 195.

⁴⁹ *J.C./België*, reeds aangehaald, punt 71.

⁵⁰ EHRM 5 februari 2019, *Ndayegamiye-Mporamazina/Zwitserland*, nr. 16874/12, punt 64: 'Quant à l'argument de la requérante selon lequel, en raison de l'octroi de l'immunité de juridiction à la République du Burundi, le Tribunal fédéral l'a privée de la possibilité de faire valoir des prétentions devant un tribunal digne de ce nom, la Cour rappelle que la compatibilité de l'octroi de l'immunité de juridiction à un État avec l'article 6 § 1 de la Convention ne dépend pas de l'existence d'alternatives raisonnables pour la résolution du litige (Stichting Mothers of Srebrenica et autres c. Pays-Bas (déc.), no 65542/12, § 164, CEDH 2013 (extraits), avec référence à la jurisprudence de la Cour internationale de justice, qui avait explicitement réfuté l'existence d'une règle selon laquelle, en l'absence d'autre recours, la reconnaissance de l'immunité entraînerait ipso facto une violation du droit d'accès à un tribunal; voir l'arrêt Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenants)) du 3 février 2012, CIJ, Recueil 2012, § 101)'. Zie ook *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a fair trial (civil limb)* van 31 augustus 2022, te raadplegen op https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_eng.pdf, p. 40, waar in het kader van staatsimmunitie wordt opgemerkt: 'In the absence of an alternative remedy, there is not ipso facto a violation of the right of access to a court [...]'

gen dat in deze zaak voldoende⁵¹ redenen is om de immuniteit van de Staat Israël door te trekken naar [verweerders], nu (i) het gaat om een militaire operatie die beruiste op officieel beleid van de Staat Israël en niet op, bijvoorbeeld, een individuele actie van een enkele overheidsfunctionaris, en (ii) tussen het strafrecht en civiele recht verschillen bestaan, zoals dat in het strafrecht de staat de aanklager is en in het civiele recht niet en dat de mogelijkheid bestaat van *vexatious charges* die in het strafrecht kunnen worden uitgefilterd. Het onderdeel betoogt dat deze overweging getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, nu het feit dat handelingen voortvloeien uit een militaire operatie, niet betekent dat niet ook sprake kan zijn van handelingen die strafrechtelijk laakbaar zijn. Het onderdeel verwijst naar de klachten van de onderdelen 2.1-2.3. Volgens het onderdeel heeft het hof het toetsingskader miskend dat geldt bij de beantwoording van de vraag of er in het geval van internationale misdrijven sprake is van functionele immuniteit en ook dat er geen kunstmatig onderscheid tussen het strafrecht en het civiele recht moet worden gemaakt bij de beantwoording van de vraag of sprake is van (functionele) immuniteit. In ieder geval had het hof zijn beslissing nader dienen te motiveren, aldus het onderdeel.

3.75 Het onderdeel bouwt deels voort op eerdere onderdelen en deelt in zoverre het lot daarvan. Voor zover het onderdeel betoogt dat het hof in rov. 3.20 heeft overwogen dat handelingen die voortvloeien uit een militaire operatie niet strafrechtelijk laakbaar kunnen zijn, gaat het uit van een verkeerde lezing van het arrest en faalt het om die reden. Dat handelingen worden verricht in het kader van een militaire operatie die berust op officieel beleid van de staat, is relevant om na te gaan of sprake is van handelingen die zijn verricht in het kader van de officiële functieuitoefening, waartoe functionele immuniteit zich beperkt. Daarmee is niet gezegd dat deze handelingen niet strafrechtelijk laakbaar kunnen zijn.

3.76 *Onderdeel 3.7* is gericht tegen rov. 3.20, waarin het hof heeft overwogen dat de stelling van [eiser] dat het vervolgen van oorlogsmisdrijven verplicht is, eraan voorbijziet dat de beoordeling of iets een oorlogsmisdrijf is en of de verdenking sterk genoeg is om de zaak voor de rechter te brengen, in handen ligt van het Openbaar Ministerie. Volgens het onderdeel heeft het hof de strekking van de stelling van [eiser] miskend en aldus ervan blijk gegeven de parallellen tussen het civiele recht en het strafrecht waar het gaat om de immuniteitsvraag, niet te onderkennen althans niet op de juiste waarde te schatten, althans de stellingen van [eiser] op onbegrijpelijke wijze te interpreteren. Volgens het onderdeel heeft [eiser] erop gewezen dat het ook in het strafrecht aan de rechter is om de vraag te beantwoorden of sprake is van immuniteit en dat het OM altijd moet vervolgen in het geval van oorlogsmisdrijven. Het onderdeel klaagt dat het hof het ac-

cent ten onrechte heeft verlegd naar de vervolgingsbeslissing van het OM en niet afdoende heeft meegewogen dat art. 146 van de Geneefse Conventie bepaalt dat er vervolgd moet worden bij oorlogsmisdrijven (en dat bovendien art. 12 van het Wetboek van Strafvordering erin voorziet dat als het OM een daad niet als oorlogsmisdrijf beschouwt, de beslissing om niet te vervolgen aan de rechter kan worden voorgelegd).

3.77 Het hof heeft in rov. 3.20 overwogen dat de stelling van [eiser] dat het vervolgen van oorlogsmisdrijven verplicht is, eraan voorbij ziet dat de beoordeling of iets een (voor de strafrechter bewijsbaar) oorlogsmisdrijf is, en of de verdenking sterk genoeg is om de zaak voor de rechter te brengen, in het strafrecht in handen ligt van het Openbaar Ministerie en dat dit in een civiel geding onmiskenbaar anders ligt. Deze overweging moet worden gezien in het licht van het slot van rov. 3.19, waarin het hof verwijst naar de opmerking van Justice LeBel van de Canadian Supreme Court dat een relevant verschil tussen strafrechtelijke en civiele procedures is dat bij een strafrechtelijke vervolging 'vexatious charges' kunnen worden uitgefilterd. Anders dan bij een strafrechtelijke procedure, vindt in een civiele procedure geen selectie aan de poort plaats door een van partijen onafhankelijke instantie.⁵² Indien een uitzondering op de immuniteit zou gelden voor gestelde schendingen van *ius cogens*, zou de civiele rechter zich moeten buigen over het handelen van (de functionarissen namens) een andere staat, ook indien uit de feiten of omstandigheden geen redelijk vermoeden van schuld aan een schending van *ius cogens* zou voortvloeien. Het belang van ongestoorde bilaterale betrekkingen zou daarmee ernstig onder druk kunnen komen te staan. Tegen deze achtergrond faalt het onderdeel.

3.78 *Onderdeel 3.8* betoogt dat het hof onder andere in rov. 3.23 heeft miskend dat indien geen duidelijk uitgekristalliseerde regel bestaat die immuniteit van jurisdictie voor ambtsdragers pleit, het die ruimte kan en moet gebruiken om de nationale bevoegdheidsregels toe te passen, zowel in strafrechtelijke als civielrechtelijke procedures. Het hof had het grijze gebied over de inhoud van het internationaal gewoonterecht – mede gelet op eerder geuite opvattingen van de Nederlandse regering – zelf kunnen en moeten invullen. Het hof had mede acht moeten slaan op het feit dat de door [eiser] aangehaalde en door het hof (in rov. 3.12, 3.14 en 3.15) besproken uitspraken van de Seoul District Court en het Italiaanse Constitutionele Hof erop duiden dat het grijze gebied in andere landen meer dan voorheen leidt tot het niet aannemen van (functionele) immuniteit, zeker bij oorlogsmisdrijven c.q. misdrijven tegen de misdaden tegen de menselijkheid, aldus het onderdeel.

52 Selectie aan de poort vindt in essentie ook plaats bij een klagprocedure op grond van art. 12 Sv, waarbij het gerechtshof de klacht tegen de beslissing om een strafbaar feit niet te vervolgen, ook kan afwijzen, hetgeen tot gevolg heeft dat de zaak niet aan de (straf)rechter wordt voorgelegd.

51 Abusievelijk spreekt het onderdeel van 'onvoldoende' redenen.

3.79 Het hof heeft in rov. 3.23 op basis van zijn analyse van de statenpraktijk en de *opinio juris* geconcludeerd dat het internationaal gewoonterecht inhoudt dat in civiele procedures géén uitzondering dient te worden gemaakt op de functionele immuniteit van jurisdictie vanwege de ernst van de aan de vordering ten grondslag gelegde feiten. Zoals ik hierboven reeds heb opgemerkt, is deze conclusie van het hof naar mijn mening juist. Ten aanzien van het beroep dat [eiser] heeft gedaan op de uitspraak van de Seoul District Court van 8 januari 2021 en de uitspraak van het Italiaanse Constitutionele Hof van 22 oktober 2014 ter ondersteuning van diens betoog dat sprake is van ten minste een grijs gebied, merk ik het volgende op. In de literatuur is naar aanleiding van deze uitspraken betoogd dat, voor zover hieruit al (de ontwikkeling van) een uitzondering op immuniteit van jurisdictie in civiele procedures kan worden afgeleid, sprake is van een nauwgedefinieerde exceptie, die alleen betrekking heeft op schendingen van *jus cogens* die hebben plaatsgevonden op het grondgebied van de forumstaat.⁵³ De zaak die in cassatie aan de orde is, gaat over (gestelde) oorlogsmisdrijven die buiten Nederland zijn begaan en zou daarom buiten de exceptie vallen. Het onderdeel gaat uit van een onjuiste rechtsopvatting en faalt dus.

3.80 *Onderdeel 3.9* klaagt dat het hof ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de afwezigheid van een alternatief forum. Het onderdeel betoogt dat de afwezigheid van een alternatief forum alleen in het geval van staatsimmuniteit en van de immuniteit van de VN geen rol kan spelen. In dit geval moet dus wel rekening worden gehouden met de afwezigheid van een alternatief forum. De uitspraak van het Italiaanse Constitutionele Hof bevestigt dat, nu het oordeelde dat de regel van immuniteit in strijd was met het in de Italiaanse Grondwet vastgelegde recht op toegang tot de rechter, aldus het onderdeel.

3.81 Het onderdeel bouwt voort op onderdeel 3.5 en deelt het lot daarvan. Overigens zie ik niet in dat uit de uitspraak van het Italiaanse Constitutione-

le Hof zou volgen dat bij functionele immuniteit rekening moet worden gehouden met de afwezigheid van een alternatief forum, zoals het onderdeel suggereert. Deze uitspraak heeft immers betrekking op staatsimmuniteit.

3.82 *Onderdeel 3.10* is gericht tegen rov. 3.24. Het onderdeel stelt dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door een te beperkte ontwikkeling in het strafrecht te ontwaren en te oordelen dat (kennelijk) slechts in het geval van handelen door een laaggeplaatste militair sprake kan zijn van doorbreking van immuniteit.

3.83 Overweging 3.24, die direct volgt op de conclusie van het hof dat de immuniteit van [verweerd] in het onderhavige geding voldoende vaststaat, is een overweging ten overvloede die de beslissing niet draagt. Het onderdeel faalt derhalve bij gebrek aan belang.

4 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad:

1 Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. het vonnis in de zaak C/09/554385 / HA ZA 18/647 van de rechtbank Den Haag van 29 januari 2020;

b. het arrest in de zaak 200.278.760/01 van het gerechtshof Den Haag van 7 december 2021.

[eiser] heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

[verweerd] hebben een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal P. Vlas strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaat van [eiser] heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2 Uitgangspunten en feiten

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [eiser] is afkomstig uit de Palestijnse gebieden. Hij heeft de Nederlandse nationaliteit en woont sinds 2005 met zijn gezin in Nederland. Zijn familie woont in de Gazastrook.

(ii) In de zomer van 2014 heeft het Israëliëse leger in de Gazastrook een militaire operatie uitgevoerd, de zogeheten Operation Protective Edge. In dit kader heeft de Israëliëse luchtmacht een bombardement uitgevoerd (hierna: het bombardement), waarbij het huis van familie van [eiser] is verwoest. Als gevolg daarvan zijn zes familieleden van [eiser] om het leven gekomen, onder wie zijn moeder en drie broers.

(iii) [verweerd] waren ten tijde van het bombardement bevelhebber over het Israëliëse leger

53 Zie V. Terzieva, 'State Immunity and Victims' Rights to Access to Court, Reparation, and the Truth', *International Criminal Law Journal* 2022, p. 787-788. In dit verband kan ook worden gewezen op art. 12 VN-Verdrag, dat in de Nederlandse vertaling als volgt luidt: 'Tenzij anders overeengekomen tussen de betrokken staten, kan een staat geen beroep doen op immuniteit van rechtsmacht ten overstaan van de rechter van een andere staat die voor het overige bevoegd is ter zake van een geding dat betrekking heeft op financiële schadevergoeding wegens overlijden of persoonlijk letsel, of schade aan of verlies van materiële eigendommen, veroorzaakt door handelen of nalaten waarvan gesteld wordt dat dat toe te schrijven is aan de staat, indien het handelen of nalaten geheel of gedeeltelijk plaatsvond op het grondgebied van die andere staat en degene die heeft gehandeld of heeft nagelaten te handelen zich op dat grondgebied bevond op het tijdstip van dat handelen of nalaten.' Het IGH heeft overwogen dat deze bepaling niet het internationaal gewoonterecht weergeeft voor zover sprake is van onrechtmatige daden die op het grondgebied van de forumstaat zijn gepleegd door strijdkrachten van een andere staat in het kader van een gewapend conflict, zie *Jurisdictional Immunities*, reeds aangehaald, punt 69.

respectievelijk bevelhebber over de Israëlsche luchtmacht. Deze functies bekleden zij thans niet meer.

2.2 In dit geding vordert [eiser] een verklaring voor recht dat [verweerders] jegens hem onrechtmatig hebben gehandeld en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die hij als gevolg daarvan heeft geleden en zal lijden, en veroordeling van [verweerders] tot betaling van schadevergoeding.

2.3 [verweerders] hebben vóór alle weren een beroep gedaan op onbevoegdheid van de Nederlandse rechter. Volgens [verweerders] genieten zij op grond van internationaal gewoonterecht functionele immuniteit van jurisdictie, omdat het bombardement is uitgevoerd in de uitoefening van de publieke taak van de staat Israël en zij uitsluitend hebben gehandeld in hun officiële hoedanigheid van overheidsfunctionaris van de staat Israël. [verweerders] betwisten dat zij een internationaal misdrijf hebben gepleegd, maar voeren tevens aan dat een schending van het internationale oorlogsrecht niet een uitzondering op functionele immuniteit van jurisdictie rechtvaardigt.

2.4 De rechtbank heeft het beroep op immuniteit van jurisdictie gegrond geacht en zich onbevoegd verklaard om kennis te nemen van de vordering van [eiser].¹

2.5 Het hof heeft het vonnis bekrachtigd.² Daartoe heeft het hof als volgt overwogen. Uitgangspunt is dat een staat immuniteit van jurisdictie geniet wanneer tegen hem bij de rechter van een andere staat een civiele vordering wordt ingesteld en sprake is van handelen van eerstgenoemde staat ter uitoefening van zijn publieke functie (zogeheten *acta iure imperii*). Daarop wordt geen uitzondering aanvaard als vaststaat dat oorlogsmisdrijven zijn begaan of als een beroep wordt gedaan op strijd met dwingende normen van algemeen volkenrecht (het zogeheten *ius cogens*) of op het ontbreken van een alternatieve rechtsgang. (rov. 3.3-3.4) Niet omstreden is dat functionarissen van een vreemde staat functionele immuniteit toekomt voor handelingen die zij in de uitoefening van hun functie hebben verricht. (rov. 3.6) Daarop wordt in civielrechtelijke zaken evenmin een uitzondering erkend indien sprake is van oorlogsmisdrijven. (rov. 3.7-3.16) Gelet op deze in het civiele recht bestaande regel is er onvoldoende aanleiding om anders te oordelen op grond van een vergelijking met het strafrecht. (rov. 3.17-3.21.3) De functionele immuniteit van overheidsfunctionarissen vormt geen disproportionele beperking van het door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op toegang tot de rechter. In dit verband is niet van belang of de eiser een alternatieve rechtsgang ter beschikking staat. (rov. 3.22) Er bestaat daarom geen redelijke twijfel dat het internationaal gewoonterecht naar de huidige stand van zaken inhoudt dat

in een civielrechtelijke procedure tegen een overheidsfunctionaris geen uitzondering op de functionele immuniteit dient worden gemaakt vanwege de ernst van de aan de vordering ten grondslag gelegde feiten. (rov. 3.23)

3 Beoordeling van het middel

3.1 Het middel klaagt, in de kern genomen, dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat [verweerders] functionele immuniteit van jurisdictie toekomt, ongeacht de aard en de ernst van de hun verweten gedragingen.

3.2.1 Op grond van art. 13a Wet AB wordt de rechtsmacht van de Nederlandse rechter beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend. Tot de bronnen van het volkenrecht behoort het internationaal gewoonterecht.³

3.2.2 Een regel van internationaal gewoonterecht bestaat als sprake is van een algemene statenpraktijk en van een daarmee overeenstemmende rechtsovertuiging (zogeheten *opinio iuris*).

3.2.3 Het middel werpt de vraag op of het internationaal gewoonterecht een regel kent die inhoudt dat overheidsfunctionarissen voor handelingen die zij hebben verricht in de uitoefening van hun publieke functie, in een civiele zaak voor de rechter van een andere staat een beroep op immuniteit van jurisdictie toekomt, ongeacht de aard en de ernst van de hun verweten gedragingen.

3.3.1 Bij de beantwoording van de hiervoor in 3.2.3 bedoelde vraag dient tot uitgangspunt dat een staat zelf immuniteit van jurisdictie geniet voor typische overheidshandelingen (zogeheten *acta iure imperii*) en dat die immuniteit zich ook uitstrekt tot functionarissen van die staat voor handelingen die zij hebben verricht in de uitoefening van hun publieke functie (zogeheten functionele immuniteit of immuniteit *ratione materiae*).⁴

3.3.2 Niet ter discussie staat dat [verweerders] bij het bombardement betrokken waren in de uitoefening van hun publieke functie.

3.4.1 Naar de huidige stand van het internationaal gewoonterecht geldt op het hiervoor in 3.3.1 genoemde uitgangspunt van immuniteit van jurisdictie van een staat geen uitzondering op grond van de aard of de ernst van de aan die staat verweten gedragingen. In dit verband is dus niet van belang of die gedragingen mogelijk als oorlogsmisdrijven kunnen worden aangemerkt.

3.4.2 Dat op dit punt sprake is van een regel van internationaal gewoonterecht is onder meer in 2012 vastgesteld door het Internationaal Gerechtshof⁵ in zijn uitspraak inzake Jurisdictional Immunities of the State, op basis van een analyse van rechtspraak

1 Rechtbank Den Haag 29 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:559.

2 Gerechtshof Den Haag 7 december 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2374.

3 Vgl. art. 38 lid 1, aanhef en onder b, Statuut van het Internationaal Gerechtshof, San Francisco, 26 juni 1945, Stb. 1945, F 321.

4 Zie EHRM 14 januari 2014, nrs. 34356/06 en 40528/06 (*Jones e.a./Verenigd Koninkrijk*), punt 202-204 (NJ 2015/364, m.nt. E.A. Alkema; red.).

5 IGH 3 februari 2012, Jurisdictional Immunities of the State (*Germany v. Italy; Greece intervening*), I.C.J. Reports 2012, p. 99.

van internationale en nationale rechten en andere rechtsbronnen:

“91. The Court concludes that, under customary international law as it presently stands, a State is not deprived of immunity by reason of the fact that it is accused of serious violations of international human rights law or the international law of armed conflict. In reaching that conclusion, the Court must emphasize that it is addressing only the immunity of the State itself from the jurisdiction of the courts of other States; the question of whether, and if so to what extent, immunity might apply in criminal proceedings against an official of the State is not in issue in the present case.”

3.4.3 Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens⁶ (hierna: EHRM) heeft in 2001 in zijn uitspraak in de zaak *Al-Adsani/Verenigd Koninkrijk*, eveneens op basis van internationale rechtsbronnen, in vergelijkbare zin geoordeeld:

“61. (...) Notwithstanding the special character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged.

(...)

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

3.5.1 De hiervoor in 3.4.2-3.4.3 vermelde rechtspraak ziet op de immuniteit van jurisdictie van de staat zelf. Dat het internationaal gewoonterecht in het kader van de functionele immuniteit van overheidsfunctionarissen evenmin een uitzondering op het uitgangspunt van immuniteit van jurisdictie aanvaardt op grond van de aard of de ernst van de hun verweten gedragingen, heeft het EHRM in 2014 beslist in zijn uitspraak inzake *Jones e.a./Verenigd Koninkrijk*.⁷ Het EHRM heeft daarbij benadrukt dat moet worden voorkomen dat de immuniteit van jurisdictie van de staat zelf wordt omzeild door zijn functionarissen aan te spreken.⁸

3.5.2 Voorts heeft het EHRM geoordeeld dat (functionele) immuniteit van jurisdictie weliswaar een beperking vormt van het door art. 6 EVRM ge-waarborgde recht op toegang tot de rechter, maar dat die beperking geen schending van art. 6 EVRM oplevert.⁹ Volgens het EHRM is in dit verband niet van belang of de rechtzoekende een alternatief forum ter beschikking staat.¹⁰

3.6 Aldus kan uit de hiervoor in 3.4.2-3.4.3 en 3.5.1-3.5.2 vermelde rechtspraak een regel van internationaal gewoonterecht worden afgeleid die inhoudt dat overheidsfunctionarissen voor handelingen die zij hebben verricht in de uitoefening van hun publieke functie, in een civiele zaak voor de rechter van een andere staat een beroep op immuniteit van jurisdictie toekomt, ongeacht de aard en de ernst van de hun verweten gedragingen.

Er zijn geen aanwijzingen dat zich inmiddels een algemene statenpraktijk en een daarmee overeenstemmende rechtsovertuiging hebben ontwikkeld die meebrengen dat het internationaal gewoonterecht thans een andere regel kent of een voor deze zaak relevante uitzondering op de hiervoor bedoelde regel aanvaardt.¹¹

3.7 Op het vorenstaande stuiten alle klachten van het middel af.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

- verwierpt het beroep;
- veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerders] begroot op € 355 aan verschotten en € 2.200 voor salaris.

Noot

1. Eiser is een man die afkomstig is uit de Palestijnse gebieden, maar de Nederlandse nationaliteit heeft en in Nederland woont. Zijn familie woont in de Gazastrook. Als gevolg van een door de Israëlische luchtmacht in 2014 uitgevoerd bombardement in Gaza kwamen zes van zijn familieleden om het leven. Eiser vordert voor de Nederlandse rechtbanken een verklaring voor recht dat twee bevelhebbers over het Israëlische leger en de Israëlische luchtmacht jegens hem onrechtmatig hebben gehandeld, alsook veroordeling tot betaling van een schadevergoeding.

2. De Rechtbank Den Haag verklaart zich in 2020 onbevoegd om kennis te nemen van de vorde-

6 EHRM 21 november 2001, nr. 35763/97 (*Al-Adsani/Verenigd Koninkrijk*). Zie tevens EHRM 11 juni 2013, nr. 65542/12 (*Stichting Mothers of Srebrenica e.a./Nederland*), punt 158 (NJ 2014/263, m.nt. N.J. Schrijver; red.), en HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1999, rov. 4.3.14 (NJ 2014/262, m.nt. N.J. Schrijver onder NJ 2014/263; red.).

7 EHRM 14 januari 2014, nrs. 34356/06 en 40528/06 (*Jones e.a./Verenigd Koninkrijk*), punt 200 e.v. (NJ 2015/364, m.nt. E.A. Alkema; red.).

8 EHRM 14 januari 2014, nrs. 34356/06 en 40528/06 (*Jones e.a./Verenigd Koninkrijk*), punt 202 en 213 (NJ 2015/364, m.nt. E.A. Alkema; red.).

9 EHRM 14 januari 2014, nrs. 34356/06 en 40528/06 (*Jones e.a./Verenigd Koninkrijk*), punt 198 (NJ 2015/364, m.nt. E.A. Alkema; red.), onder verwijzing naar IGH 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervention)*, I.C.J. Reports 2012, p. 99; EHRM 21 november 2001, nr. 35763/97 (*Al-Adsani/Verenigd Koninkrijk*), punt 56.

10 EHRM 11 juni 2013, nr. 65542/12 (*Stichting Mothers of Srebrenica e.a./Nederland*), punt 164 (NJ 2014/263, m.nt. N.J. Schrijver; red.); EHRM 5 februari 2019, nr. 16874/12 (*Ndayegamiye-Mporamazinga/Zwitserland*), punt 64.

11 Vgl. EHRM 12 oktober 2021, nr. 11625/17 (*J.C. e.a./België*), punt 64.

ring op grond van de overweging dat aan de Israëlische bevelhebbers functionele immuniteit van jurisdictie toekomt. Het Hof Den Haag heeft dit vonnis in 2021 bekrachtigd. In cassatie klaagt eiser dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat aan de bevelhebbers immuniteit van jurisdictie toekomt.

3. De conclusie van A-G Vlas strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

4. De HR verwerpt het beroep. Hij overweegt dat, op basis van het internationaal gewoonterecht, aan overheidsfunctionarissen, zoals de Israëlische bevelhebbers, in een civiele zaak immuniteit van jurisdictie toekomt, voor zover zij handelingen hebben verricht in de uitoefening van hun publieke functie (rov. 3.6). Voor de HR staat niet ter discussie dat de bevelhebbers bij het bombardement betrokken waren in de uitoefening van hun publieke functie (rov. 3.3.2).

5. In wezen stuurde eiser aan op de vorming van nieuw gewoonterecht door de Nederlandse rechters, waarbij functionele immuniteit van buitenlandse overheidsfunctionarissen niet zou gelden in geval van beschuldigingen van internationale misdrijven. De HR hield het echter bij de klassieke methode om gewoonterecht te identificeren, op basis van (reeds bestaande) statenpraktijk en de daarmee overeenstemmende rechtsovertuiging (rov. 3.2.2). Daarbij geldt dat er sprake moet zijn van een aan *algemene* statenpraktijk, wat betekent dat de relevante praktijk, in de woorden van de VN-Commissie voor Internationaal Recht, 'sufficiently widespread and representative, as well as consistent' dient te zijn (International Law Commission, draft conclusion 8 on the identification of customary international law, UN Doc. A/73/10, 2018). Aan de vereisten van dergelijke algemene staatspraktijk met betrekking tot een uitzondering om de immuniteit in civiele zaken lijkt niet te zijn voldaan. Dit werd in het relatief recente verleden al beslist door gezagvolle internationale hoven en rechtbanken, waarop de HR dan ook leunt in zijn arrest.

6. De HR verwijst met name naar een uitspraak van het Internationaal Gerechtshof (IGH) waarin, op basis van het internationaal gewoonterecht, de staat ook immuniteit blijft genieten als hij wordt beschuldigd van ernstige schendingen van de mensenrechten en het humanitair recht (rov. 3.4.2, met verwijzing naar IGH 3 februari 2012, Jurisdictional Immunities of the State (*Germany v. Italy; Greece intervening*), I.C.J. Reports 2012, p. 99). Hoewel deze uitspraak over de staat als zodanig ging, is zij, althans in civiele zaken, ook relevant voor overheidsfunctionarissen: art. 2 lid 1 (iv) van het VN-Verdrag inzake Jurisdictionele Immunititeiten van staten (2004, een verdrag dat grotendeels het internationaal gewoonterecht weerspiegelt en waarnaar het IGH verwijst) stelt vertegenwoordigers van de staat die optreden in een officiële hoedanigheid gelijk met de staat zelf. De HR verwijst verder ook naar twee uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), te weten *Al-Adsani/Verenigd Koninkrijk* en *Jones/Verenigd Koninkrijk*. In

Al-Adsani oordeelde het EHRM, net als het IGH in de hogergenoemde zaak, dat er geen uitzondering is op de staatsimmuniteit in geval van beschuldigingen van ernstige mensenrechtenschendingen (EHRM 21 november 2001, nr. 35763/97 (*Al-Adsani/Verenigd Koninkrijk*), punten 6.1, 6.6). In *Jones*, de zaak die wellicht het meest relevante precedent is, oordeelde het EHRM expliciet dat aan overheidsfunctionarissen op basis van het internationaal gewoonterecht functionele immuniteit van jurisdictie toekomt, dat er geen uitzondering voor foltering (of andere schendingen van het *jus cogens*) voorhanden was, en dat de toekenning van immuniteit geen onrechtmatige beperking van het recht op toegang tot de rechter in overeenstemming met art. 6 EVRM oplevert (EHRM 14 januari 2014, nrs. 34356/06 en 40528/06 (*Jones e.a./Verenigd Koninkrijk*), punt 200 e.v. (NJ 2015/364, m.nt. E.A. Alkema).

7. Het is vooral die laatste uitspraak die de HR één-op-één lijkt toe te passen op de onderhavige zaak. Dat is begrijpelijk aangezien de feiten vergelijkbaar zijn en de rechtsvraag dezelfde. Hierbij valt wel op te merken dat het EHRM in *Jones* de deur openliet voor nieuwe ontwikkelingen in het internationaal publiekrecht (punten 2.13 en 2.15). Dergelijke ontwikkelingen hebben ten dele plaatsgevonden, in die zin dat er intussen bijeenkomende rechtspraak voorhanden is die een uitzondering op de staatsimmuniteit in civiele zaken aanneemt. Deze rechtspraak is echter beperkt en bovendien niet gezagvol wat betreft de ontwikkeling van het internationaal gewoonterecht. Klager verwees onder meer naar een Zuid-Koreaans en een Italiaans vonnis, maar deze vonnissen werden eerder door het Hof Den Haag om begrijpelijke redenen niet relevant geacht: het eerste vonnis werd *overruled* door een later vonnis, en het tweede vonnis betrof grondwettelijk recht in plaats van internationaal recht (hof, rov. 3.12-3.15).

8. De HR ontwaarde dan ook geen nieuwe rechtsontwikkeling en paste de traditionele regel toe, op basis waarvan buitenlandse overheidsfunctionarissen immuniteit van jurisdictie genieten, ook in geval van beschuldigingen van ernstige mensenrechtenschendingen. Men kan het de HR niet kwalijk nemen dat hij niet bereid was de vorming van een nieuwe rechtsnorm te initiëren, zonder duidelijke aanwijzingen van de uitvoerende of wetgevende macht. De Nederlandse regering had weliswaar eerder haar steun uitgesproken voor een uitzondering op de functionele immuniteit in *strafzaken* (met betrekking tot beschuldigingen van internationale misdrijven; zie Statement by Dr. René Lefeber (Legal Adviser of Foreign Affairs, Kingdom of the Netherlands), United Nations General Assembly 72nd Session, Sixth Committee, Agenda item 82, Report of the International Law Commission; ILC (13 February 2019), *Comments and observations by the Kingdom of the Netherlands*), maar bewaarde daarbij het stilzwijgen over de draagwijdte van de immuniteit in civiele zaken.

9. Dat buitenlandse overheidsfunctionarissen in strafzaken immuniteit van jurisdictie genieten, indien ze worden beschuldigd van ernstige mensenrechtenschendingen, betekent inderdaad niet per se dat zij ook in civiele zaken immuniteit genieten. Het gaat immers om onderscheiden rechtsdomeinen waarop onderscheiden regels van internationaal gewoonterecht van toepassing kunnen zijn. Ik heb dit eerder beargumenteerd in C. Ryngaert, 'Functionele immuniteit van vreemde gezagsdragers in de context van internationale misdrijven. Een uitdaging voor Nederlandse rechtbanken', *NJB* 2020/1446, p. 1658, waarin ik de Rechtbank Den Haag bekritiseer voor het niet-maken van het onderscheid tussen civiele en strafzaken (zie in vergelijkbare zin Conclusie A-G Vlas, 3.62-3.65). Ook de Commissie Advies Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV) heeft in haar recente advies nr. 43 (2023) inzake de ontwerpartikelen van de International Law Commission over immuniteit van staatsfunctionarissen ten aanzien van buitenlandse strafrechtsmacht gesteld dat een uitzondering op functionele immuniteit in strafzaken niet belet 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' (CAVV, p. 17, oorspronkelijke cursivering). Dat functionele immuniteit in strafzaken niet van toepassing is op misdrijven onder internationaal recht heeft ermee te maken dat voor deze misdrijven individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid en universele rechtsmacht onder internationaal gewoonterecht aanvaard zijn; dit is dan ook niet zomaar een 'gewenste ontwikkelrichting' (CAVV, p. 18-19). Er geldt daarentegen geen individuele civielrechtelijke aansprakelijkheid noch universele civiele rechtsmacht met betrekking tot internationale misdrijven of ernstige mensenrechtenschendingen. De rationale voor een uitzondering op functionele immuniteit in strafzaken geldt als zodanig dan ook niet in civiele zaken. Het *Institut de Droit International* (IDI) heeft weliswaar eerder gepleit voor het doortrekken van de uitzondering naar civiele zaken op grond van de toegang tot de rechter (zie IDI, Resolution on the Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation for International Crimes, 2015, art. 5), maar dit lijkt vooral een voorstel *de lege ferenda* te zijn, dat vooralsnog onvoldoende wordt ondersteund door de statenpraktijk (zie ook hof, rov. 3.21.3).

10. Voor slachtoffers van door buitenlandse overheidsfunctionarissen, in het buitenland begane ernstige mensenrechtenschendingen is de Nederlandse civielrechtelijke weg geen optie meer na dit arrest van de HR. De strafrechtelijke weg is nog open, zij het dat hiervoor restrictieve rechtsmachtsvereisten gelden, met name het vereiste dat de verdachte zich in Nederland bevindt (art. 2 lid 1 onder a Wet Internationale Misdrijven).

C.J.M. Ryngaert

NJ 2023/283

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

8 september 2023, nr. 22/01646

(Mrs. C.H. Sieburgh, F.J.P. Lock, F.R. Salomons, G.C. Makkink, K. Teuben; A-G mr. T. Hartlief) met redactionele aantekening

Art. 15 lid 1 WAM

RvdW 2023/876

NJB 2023/2131

ECLI:NL:HR:2023:1164

ECLI:NL:PHR:2023:90

Verzekeringsrecht. Verhaalsrecht verzekeraar (art. 15 lid 1 WAM); goede trouw.

Volgens art. 15 lid 1 WAM heeft de verzekeraar die in gevolge deze wet de schade van een benadeelde geheel of ten dele vergoedt, ofschoon de aansprakelijkheid voor die schade niet door een met hem gesloten verzekering was gedekt, voor het bedrag der schadevergoeding verhaal op de aansprakelijke persoon. Dit geldt niet ten aanzien van de aansprakelijke persoon, die niet is de verzekeringnemer, tenzij hij niet te goeder trouw mocht aannemen dat zijn aansprakelijkheid door een verzekering was gedekt. Bij beantwoording van de vraag of de aansprakelijke persoon, die niet is de verzekeringnemer, niet te goeder trouw mocht aannemen dat zijn aansprakelijkheid door een verzekering was gedekt, is het begrip goede trouw te begrijpen op dezelfde wijze als in art. 3:11 BW. Goede trouw ontbreekt derhalve niet alleen indien de aansprakelijke persoon wist dat zijn aansprakelijkheid niet door een verzekering was gedekt, maar ook indien hij dat in de gegeven omstandigheden behoorde te weten. Van dat laatste is ook sprake als de aansprakelijke persoon dienaangaande goede reden had tot twijfel.

N.V. Univé Schade, te Assen, eiseres tot cassatie, hierna: Univé, adv.: mrs. B.T.M. van der Wiel en T. van Tatenhove, tegen [verweerder], verweerder in cassatie, niet verschenen.

Hof:

4. Beoordeling

4.1. Met deze procedure wil Univé de schadevergoeding die zij aan [A] heeft betaald verhalen op [geïntimeerde]. Univé heeft bij [geïntimeerde] aanspraak gemaakt op betaling van € 68.250 in hoofdsom, omdat zij uitgaat van 35% eigen schuld aan de zijde van [A]. Haar vordering heeft Univé in deze procedure nog verder beperkt, namelijk tot € 25.000 zodat de kantonrechter op grond van artikel 93 Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (Rv) in eerste aanleg bevoegd was van het geschil kennis te nemen.