

Zaaknummer : 200.022.151/01

Roldatum : 7 april 2009

## MEMORIE VAN GRIEVEN

### Inzake:

1. de stichting **Stichting Mothers of Srebrenica**, met statutaire zetel te Amsterdam,
2. mevrouw **Sabaheta Fejzić**
3. mevrouw **Kadira Gabeljić**
4. mevrouw **Ramiza Gurdić**
5. mevrouw **Mila Hasanović**
6. mevrouw **Kada Hotić**
7. mevrouw **Šuhreta Mujić**
8. mevrouw **x**
9. mevrouw **Zumra Šehomerović**
10. mevrouw **Munira Subašić**
11. mevrouw **y**

### Appelanten

Advocaten: mr. M.R. Gerritsen (procesadvocaat)  
mr. dr. A. Hagedorn  
mr. J. Staab  
mr. S.A. van der Sluijs

### Tegen:

1. **De Staat der Nederlanden** (Ministerie van Algemene Zaken), zetelende te  
's-Gravenhage  
Geïntimeerde  
Advocaat: mr. G.J.H. Houtzagers
  
2. de rechtspersoonlijkheid bezittende organisatie **De Verenigde Naties**, zetelende te New  
York City (NY 10017), New York, Verenigde Staten van Amerika  
Geïntimeerde  
Niet verschenen en verstek verleend

## Inhoudsopgave

Titelbladen	pagina 1-2	
Inhoudsopgave	pagina 3	
Inleiding	pagina 3-6	nrs. 1 - 10
Grief 1	pagina 6-7	nrs. 11-13
Grief 2	pagina 7-8	nrs. 14-18
Grief 3	pagina 9-12	nrs. 19-25
Grief 4	pagina 12-15	nrs. 26-34
Grief 5	pagina 15-23	nrs. 35-56
Grief 6	pagina 23-24	nrs. 57-58
Grief 7	pagina 24-44	nrs. 59-101
Grief 8	pagina 44-47	nrs. 102-109
Grief 9	pagina 47-54	nrs. 110-123
Grief 10	pagina 54-55	nrs. 124-126
Grief 11	pagina 55-68	nrs. 127-159
Grief 12	pagina 68-75	nrs. 160-175
Grief 13	pagina 75	nrs. 176-177
Grief 14	pagina 75-97	nrs. 178-209
Grief 15	pagina 97-98	nrs. 210-212
Grief 16	pagina 98	nrs. 213-214
Grief 17	pagina 98-99	nrs. 215-217
Grief 18	pagina 99-100	nrs. 218-220
Conclusie	pagina 100-101	

## Inleiding

1. Bij dagvaarding van 4 juni 2007 hebben appellanten, verder te noemen: de Stichting c.s. een vordering ingesteld tegen de Staat der Nederlanden, verder te noemen: 'de Nederlandse Staat', en de Verenigde Naties, verder ook te noemen: 'de VN'. Kort gezegd vordert de Stichting c.s. een verklaring voor recht dat de Nederlandse Staat en de VN toerekenbaar tekort zijn geschoten in de nakoming van hun verplichtingen, waaronder de verplichtingen voortvloeiende uit het Genocideverdrag om genocide te voorkomen, althans dat zij onrechtmatig hebben gehandeld jegens de personen van wie de belangen worden behartigd door de Stichting. De Stichting c.s. behartigt de belangen van circa 6.000 nabestaanden, die in eerdere processtukken ook zijn aangeduid als 'de Moeders'.

2. Aan haar vorderingen in eerste aanleg heeft de Stichting c.s. - beknopt weergegeven - het volgende ten grondslag gelegd. In juli 1995 heeft in de *Safe Area* Srebrenica de eerste daad van genocide sinds de Tweede Wereldoorlog in Europa plaatsgevonden. De VN en de Nederlandse Staat (met het Nederlandse VN-bataljon Dutchbat) zijn medeverantwoordelijk voor de val van de enclave en de gevolgen hiervan, waaronder met name de genocide waarbij tussen de 8.000 en 10.000 mensen zijn vermoord. De val en de genocide hebben plaatsgevonden ondanks toezeggingen van de VN en de Nederlandse Staat dat de bevolking zou worden beschermd. Naast die toezegging is het handelen (daaronder begrepen het nalaten) van de VN en de Nederlandse Staat onrechtmatig jegens de Stichting c.s. en in strijd met het Genocideverdrag. Dat verdrag verplicht (direct respectievelijk indirect) de Nederlandse Staat en de VN om alles in het werk te stellen om genocide te voorkomen, ongeacht de effectiviteit van het handelen.
3. Bij brief gedateerd 17 september 2007 heeft de VN aan de Nederlandse Permanente Vertegenwoordiging bij de VN geschreven dat - kort gezegd - de VN immuniteit genieten en dat zij niet in de procedure zullen verschijnen. De VN zijn niet in de procedure verschenen op de datum waartegen was gedagvaard, te weten 19 september 2007. Op 7 november 2007 heeft het Openbaar Ministerie een conclusie op voet van artikel 44 Rv genomen. Op dezelfde datum is vervolgens door de rechtbank Den Haag tegen de VN verstek verleend.
4. Op 12 december 2007 heeft de Nederlandse Staat een incidentele conclusie genomen. Die conclusie strekt tot onbevoegdverklaring van de rechtbank waar het de vorderingen tegen de VN betreft en (voorwaardelijk) tot toelating van de Nederlandse Staat als tussenkomende partij, subsidiair als gevoegde partij aan de zijde van de VN.
5. De Stichting c.s. heeft tegen de incidentele vorderingen van de Nederlandse Staat verweer gevoerd, bij antwoordconclusie in het incident van 6 februari 2008 en in pleidooi van 18 juni 2008. Het verweer zal voor zover nodig in het kader van deze grieven nader aan de orde komen. De Stichting c.s. handhaaft in dit hoger beroep al haar in eerste aanleg ingenomen stellingen en weren, welke stellingen hier als woordelijk herhaald en ingelast dienen te worden beschouwd.
6. Op 10 juli 2008 heeft de rechtbank vonnis gewezen. In dat vonnis heeft de rechtbank zich - kort gezegd - onbevoegd verklaard om kennis te nemen van de vorderingen tegen de

Verenigde Naties. De Stichting c.s. kan zich met dat vonnis niet verenigen en zal daartegen de hierna te formuleren grieven aanvoeren. Samengevat strekken de grieven ertoe dat de rechtbank in haar vonnis van 10 juli 2008 de vorderingen van de Stichting c.s. onjuist heeft weergegeven, het betoog van de Stichting c.s. onjuist heeft weergegeven en blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van verscheidene rechtsvragen. Verder heeft de rechtbank op meerdere punten haar beslissing niet, althans onvoldoende gemotiveerd en heeft de rechtbank ten slotte een onjuiste beslissing genomen, die in dit hoger beroep dient te worden vernietigd.

7. Het vonnis van de rechtbank maakt een einde aan dat gedeelte van het geschil dat betrekking heeft op de vordering ingesteld tegen de VN. Het vonnis dient in dat verband te worden gekwalificeerd als een eindvonnis, waartegen onmiddellijk hoger beroep open staat. De hoofdzaak in eerste aanleg is op eenstemmig verzoek van de verschenen partijen geschorst en verwezen naar de parkeerrol, totdat definitief zal zijn beslist omtrent de bevoegdheid om kennis te nemen van de vorderingen tegen de VN.
8. Ter gelegenheid van het fourneren voor arrest of pleidooi zal de Stichting c.s. het volledige procesdossier fourneren. Dat procesdossier bestaat voor zover het de procedure in eerste aanleg betreft uit:
  - exploit van dagvaarding d.d. 4 juni 2007, met bijbehorende stukken met betrekking tot de betekening aan de VN;
  - brief d.d. 17 september 2007 van de Nederlandse Staat aan de rechtbank, met als bijlage de brief d.d. 17 augustus 2007 van de VN aan de Nederlandse Permanente Vertegenwoordiger bij de VN;
  - brief d.d. 20 september 2007 van de Stichting c.s. aan de rechtbank;
  - conclusie d.d. 7 november 2007 van het Openbaar Ministerie op voet van artikel 44 Rv
  - verstekverlening d.d. 7 november 2007 tegen de VN;
  - incidentele conclusie d.d. 12 december 2007 van de zijde van de Nederlandse Staat;
  - antwoordconclusie d.d. 6 februari 2008 van de zijde van de Stichting c.s.;
  - pleitnota d.d. 18 juni 2008 van de advocaten van de Nederlandse Staat;
  - toelichting d.d. 18 juni 2008 van het Openbaar Ministerie;
  - pleitnota d.d. 18 juni 2008 van de advocaten van de Stichting c.s.;
  - bestreden vonnis d.d. 10 juli 2008;

9. Bij exploiten van dagvaarding d.d. 7 oktober 2008 heeft de Stichting c.s. tijdig hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van 10 juli 2008. Verder is de dagvaarding in hoger beroep per koerier aan de VN toegezonden. De bezorging aan de VN is aan de Stichting c.s. bevestigd. Bij het exploit van betekening en de toezending per koerier is verder (de door de rechtbank in het Engels vertaalde versie van) het vonnis van 10 juli 2008 ter kennisname aan de VN aangeboden.

#### Grieven

10. Tegen het vonnis richten zich de hieronder nader te formuleren grieven. De Stichting c.s. zal bij de formulering van de grieven zoveel mogelijk de volgorde aanhouden die de rechtbank in het bestreden vonnis heeft aangebracht.

#### Grief 1

11. Ten onrechte heeft de rechtbank onder rechtsoverweging 2.1 onder punt (5) de vordering van de Stichting c.s. als volgt weergegeven:

*‘de VN en de Staat hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan Fejzić c.s. van een voorschot, ten bedrage van € 10.000,-- voor elk van deze eiseressen, op de schadevergoeding zoals onder (4) gevorderd.’*

#### Toelichting

12. In het exploit van dagvaarding d.d. 4 juni 2007 staat op pagina 203 onder punt 5) van het petitum:

*‘de Verenigde Naties en de Nederlandse Staat hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan eiseres sub 1 tot en met 10 van een voorschot van EUR 25.000,-- per eiseres op de schadevergoeding, als onder punt 4 van het petitum gevorderd;’*

13. Anders dan de rechtbank overweegt, is geen voorschot van EUR 10.000,-- op de schadevergoeding gevorderd maar een voorschot van EUR 25.000,-- . Alhoewel de vaststelling van de rechtbank geen dragend onderdeel is van de motivering of beslissing ten

aanzien van de bevoegdheid, heeft de Stichting c.s. vanzelfsprekend belang om niet te worden gebonden aan deze onjuiste vaststelling van de rechtbank.

## Grief 2

14. De rechtbank heeft onder rechtsoverweging 3.4 ten onrechte het verweer van de Stichting c.s. als volgt samengevat:

*'(1) Alleen de VN zelf kan, indien zij is verschenen, een beroep doen op haar eventuele immuniteit. Nu zij welbewust in dit geding niet is verschenen, is er geen plaats voor de beoordeling van een verweer strekkende tot onbevoegdheid van de rechtbank. De vorderingen van de Staat zijn een kunstgreep, nu de Staat naar verwachting in de hoofdzaak zal betogen dat niet hij maar de VN verantwoordelijk is voor de gebeurtenissen waarop de vorderingen in de hoofdzaak zien. Dit is juridisch, menselijk en moreel onaanvaardbaar.'*

In het verlengde van deze weergave heeft de rechtbank onder rechtsoverweging 5.6 ten onrechte geoordeeld:

*'Het eigen belang van de Staat bij zijn hier besproken incidentele vordering volgt in het bijzonder uit zijn volkenrechtelijke verplichting op grond van artikel 105 lid 1 van het VN-Handvest. Krachtens dit verdrag heeft de Staat zich verbonden om de daarin voorziene immuniteit - daargelaten hoe ver deze reikt - zoveel mogelijk te waarborgen. Binnen het mogelijke valt in elk geval het bepleiten van deze immuniteit in een geding voor de nationale rechter. Niet van belang is hierbij dat de Staat zelf ook, in dit geval dus naast de VN, gedaagd is. Nu de Staat reeds zelf procespartij is, hoeft hij niet de (in beginsel omslachtiger) weg van een incidentele vordering tot tussenkomst te volgen. Aan de mogelijkheid waarvan de Staat thans gebruikmaakt doet evenmin af dat in ons recht voor (organen van) de Staat ook andere mogelijkheden bestaan om een oordeel van de rechter te verkrijgen over diens bevoegdheid ten opzichte van een niet verschenen gedaagde. Al deze mogelijkheden staan naast elkaar en sluiten elkaar dus niet uit. De diversiteit van de mogelijkheden vormt veeleer de uitdrukking van de zwaarte van de genoemde volkenrechtelijke verplichting van de Staat dan dat zij daaraan afbreuk doet. Gelet op dit een en ander volgt de rechtbank de Stichting c.s. dus niet in hun stelling dat de proceshouding van de Staat in de incidenten juridisch onaanvaardbaar is. Evenmin kan*

*worden gezegd dat deze houding in zodanig mate menselijk of moreel onaanvaardbaar is dat daaraan juridische gevolgen zouden moeten worden verbonden.'*

## Toelichting grief 2

15. Op de aangehaalde rechtsoverwegingen valt het nodige aan te merken. In de eerste plaats toetst de rechtbank een verweer van de Stichting c.s. dat zo niet is gesteld. Daardoor gaat de rechtbank aan een essentieel verweer van de Stichting c.s. voorbij. In de tweede plaats is de toetsing van de rechtbank onder rechtsoverweging 5.6. juridisch onjuist, hoe de stelling van de Stichting c.s. ook is bedoeld. Op dit tweede gedeelte zal de Stichting in een afzonderlijke grief (grief 5) ingaan.

16. De Stichting c.s. verwijst naar punt 6 in haar conclusie van antwoord in de incidenten:

*'De Nederlandse Staat en de VN hebben vanaf 1995 de verantwoordelijkheid voor de val van de Safe Area Srebrenica aan elkaar toegeschoven. Indien alsnog zou worden geoordeeld dat de VN immuniteit toekomt, valt te verwachten dat de Nederlandse Staat in de hoofdzaak zal stellen dat niet de Nederlandse Staat verantwoordelijk is, maar dat de VN verantwoordelijk zijn voor de gebeurtenissen voorafgaand, tijdens en na de val van Srebrenica. Dat volgt bijvoorbeeld uit de brief die de Nederlandse ambassadeur in Bosnië in de zomer van 2004 aan de Bosnische advocaten van de Moeders heeft gestuurd. Dat heeft de Nederlandse Staat ook gedaan in de door H. Nuhanovic c.s. tegen de Nederlandse Staat aanhangig gemaakte zaken (rechtbank 's-Gravenhage, rolnummers 06-1671 en 06-1672), in welke zaken eveneens het handelen van Dutchbat in Srebrenica aan de orde is gesteld. Dat is het eigenlijke belang van de Nederlandse Staat bij de incidenten en dus niet de door de Nederlandse Staat geschetste verdragsrechtelijke verplichtingen. (...)'*

17. Ook onder punt 28 van de pleitaantekeningen in de incidenten heeft de Stichting c.s. er op gewezen dat de Nederlandse Staat niet zo zeer is begaan met zijn volkenrechtelijke plichten, maar alle belang heeft om de VN buiten deze procedure te houden. Immers, als in deze kwestie aan de VN immuniteit wordt toegekend zal de Stichting c.s. niet-ontvankelijk worden verklaard in hun vorderingen tegen de VN. De Nederlandse Staat kan dan vervolgens gemakkelijk iedere verantwoordelijkheid voor het Srebrenica-drama afschuiven op de VN. Die zijn dan wellicht aansprakelijk, maar door hun immuniteit niet ter verantwoording te roepen. Ter gelegenheid van het pleidooi is er op gewezen dat twee dagen voordat het



pleidooi plaatsvond de Nederlandse Staat in het kader van twee andere procedures van twee individuele families van slachtoffers van Srebrenica (uitspraken d.d. 10 september 2008, zaaknummers 265615/ HA ZA 06-1671, LJN BFO 184 en 265618/ HA ZA 06-1672, LJN BFO 0187) nog stelde dat niet de Nederlandse Staat maar de VN diende te worden aangesproken als verantwoordelijke. De Stichting c.s. verwijst naar rechtsoverweging 4.7. in de zaak LJN BFO 0187:

*‘Daartegen heeft de Staat zich allereerst verweerd met de stelling dat het optreden van Dutchbat uitsluitend aan de Verenigde Naties - en dus niet (mede) aan de Staat - moet worden toegerekend.’*

18. In de uitspraak LJN BFO 184 is onder rechtsoverweging 4.5. dezelfde zin opgenomen. In de onderhavige procedure zal het verweer van de Nederlandse Staat naar verwachting hetzelfde zijn. Eerst wordt de VN door de incidentele vordering buiten de procedure gehouden, om vervolgens alle schuld op de VN af te schuiven. De stelling was dat deze handelwijze van de Staat in combinatie met het feit dat er voor de nabestaanden van deze genocide alsdan geen enkele toegang tot het recht bestaat juridisch, menselijk en moreel bezien onaanvaardbaar is. De rechtbank heeft de stelling van de Stichting c.s. onjuist, althans veel te beperkt opgevat door het betoog van de Stichting c.s. terug te brengen tot een kunstgreep van de Nederlandse Staat waar het de incidentele vorderingen betreft en slechts te toetsen of de Nederlandse Staat een eigen belang had. De rechtbank laat het verweer onbesproken dat de Nederlandse Staat hier het welbegrepen eigen belang presenteert als een volkenrechtelijke verplichting. Die volkenrechtelijke verplichting is echter niet in het leven geroepen met het doel om de eigen aansprakelijkheid van de Nederlandse Staat te ontlopen.

### Grief 3

19. Ten onrechte heeft de rechtbank onder rechtsoverweging 5.2. geoordeeld dat:

*‘Verworpen wordt de stelling van de Stichting c.s. dat de rechtbank door haar beslissing van 7 november 2007 tot verstekverlening tegen de VN al een oordeel en een beslissing heeft gegeven over haar bevoegdheid in de zaak tegen deze gedaagde. Verstekverlening betekent op zichzelf niets anders dan dat de rechter heeft vastgesteld dat de desbetreffende niet verschenen gedaagde rechtsgeldig is opgeroepen. De vraag of een niet*

*verschenen gedaagde op de wettelijk voorgeschreven wijze is opgeroepen gaat logischerwijze vooraf aan de beoordeling van de (internationale) rechtsmacht van de rechter ten aanzien van de vordering tegen deze gedaagde. Het is immers mogelijk dat de gedaagde partij haar zienswijze daarover in de procedure aan de rechter wil voorleggen, en dan zal eerst moeten worden vastgesteld of zij, als zij niet is verschenen, wel geldig is opgeroepen. Tegelijk met de beslissing over verstekverlening kan de rechter ook een oordeel geven over zijn rechtsmacht, maar hij hoeft dat niet te doen. In dit geval is het niet gebeurd; op 7 november 2007 heeft de rechtbank alleen een beslissing gegeven over het door de Stichting c.s. gevraagde verstek, maar niet over haar eigen rechtsmacht in de zaak tegen de VN. In het uittreksel uit het audiëntieblad van de desbetreffende rolzitting, dat aan de verschenen partijen bekend is, is ook niets vermeld over (enig oordeel of enige beslissing van de rechtbank, ambtshalve dan wel op verzoek, aangaande) de rechtsmacht van de rechtbank of de immuniteit van de VN.'*

### **Toelichting grief 3**

20. In eerste aanleg heeft de Stichting c.s. onder punt 24 van haar antwoordconclusie betoogd dat de vraag naar de rechtsmacht een gepasseerd station is. Aan de VN is immers op 7 november 2007 verstek verleend.  
Verstekverlening tegen een niet verschenen internationale organisatie kan alleen worden verleend na een ambtshalve toetsing door de rechter van zijn internationaal publiekrechtelijke bevoegdheid. In procesrechtelijke zin betekent het verlenen van verstek immers het aanvaarden van de status als procespartij van gedaagde (zie J. Spiegel, *Vreemde staten voor de Nederlandse rechter*, diss. 2001, pagina 31).
21. Indien de immuniteit van de VN overigens absoluut zou zijn (hetgeen de strekking is van het betoog van de Nederlandse Staat voorafgaand aan de verstekverlening, als ingenomen bij brief van 17 september 2007 en welk standpunt uitgebreid gemotiveerd is herhaald in de brief van 2 november 2007 van het Openbaar Ministerie, welke brief op voet van artikel 44 Rv eveneens is ingediend bij de rechtbank voorafgaand aan de verstekverlening), had de rolrechter dienen te oordelen dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toekomt en de Stichting c.s. in hun vorderingen jegens de VN niet-ontvankelijk moeten verklaren.
22. Het Openbaar Ministerie heeft in de conclusie van 2 november 2007 op voet van artikel 44 Rv voorafgaand aan de verstekverlening gewezen op de brief van de VN van 17 augustus

2007 aan de Nederlandse Permanente Vertegenwoordiger bij de VN. Op die brief had de Nederlandse Staat overigens ook de rechtbank al gewezen in zijn brief van 17 september 2007. Het Openbaar Ministerie (zie pagina 2, alinea 5):

*‘Volgens de brief van 17 augustus 2007 zou de VN juist in verband met immuniteit van jurisdictie die haar toekomt, niet voor de Nederlandse rechter verschijnen. Dit laatste is in overeenstemming met de vaste gedragslijn van de VN.’*

Dit is volstrekt onverenigbaar met het oordeel van de rechtbank onder rechtsoverweging 5.2 dat:

*‘Het is immers mogelijk dat de gedaagde partij haar zienswijze daarover in de procedure aan de rechter wil voorleggen en dan zal eerst moeten worden vastgesteld of zij, als zij niet is verschenen, wel geldig is opgeroepen.’*

Het was op grond van de brief aan de Permanente Vertegenwoordiger bij de VN, de brief van de Nederlandse Staat aan de rechtbank en de conclusie van het OM op voet van artikel 44 Rv buiten iedere twijfel dat de VN niet zouden verschijnen. De gedachte dat de VN mogelijk in de procedure zouden verschijnen om de zienswijze omtrent de immuniteit kenbaar te maken is onbegrijpelijk en dient te worden verworpen.

23. Eveneens dient te worden verworpen het oordeel van de rechtbank dat verstekverlening ‘logischerwijze’ vooraf gaat aan de beoordeling van de rechtbank. Dat is verre van logisch en zelfs onjuist met het oog op:
1. de met de rolrechter gevoerde correspondentie en de conclusie van het OM ex artikel 44 Rv;
  2. de aangehaalde literatuur waaruit volgt dat verstekverlening tegen een niet verschenen internationale organisatie alleen kan worden verleend na een ambtshalve toetsing door de rechter van zijn internationaal publiekrechtelijke bevoegdheid. In procesrechtelijke zin betekent het verlenen van verstek immers het aanvaarden van de status als procespartij van gedaagde (zie J. Spiegel, *Vreemde staten voor de Nederlandse rechter*, diss. 2001, pagina 31);
  3. de logische volgorde van juridisch redeneren. Het is niet mogelijk verstek te verlenen indien daartoe de bevoegdheid ontbreekt.

24. Ook de Nederlandse Staat erkent onder de punten 3.2 e.v. van de incidentele conclusie in eerste aanleg dat een ambtshalve toetsing van de rechtsmacht dient plaats te vinden (bij een niet verschenen internationale organisatie). De uitkomst van die ambtshalve toets is met de verstekverlening gegeven, welke uitkomst in de visie van de Stichting c.s. terecht is. In het licht van het bovenstaande had de Nederlandse Staat niet-ontvankelijk in zijn incidentele vordering dienen te worden verklaard, althans had die vordering moeten worden afgewezen.
25. Voorts is het onbegrijpelijk dat de rechtbank heeft geoordeeld dat de rechtbank met de verstekverlening geen oordeel heeft gegeven over haar rechtsmacht. Die overweging staat haaks op de boven aangehaalde correspondentie omtrent de bevoegdheid, de voor de rechtbank kenbare gedragslijn van de VN omtrent het verschijnen in een gerechtelijke procedure, de aangehaalde literatuur, alsmede de onbegrijpelijke veronderstelling dat een oordeel over verstek gegeven zou kunnen worden indien rechtsmacht ontbreekt. Het feit dat een beslissing is genomen omtrent het verstek brengt - anders dan de rechtbank oordeelt - niet met zich mee dat geen oordeel is gegeven over de rechtsmacht. De verwijzing naar het audiëntieblad (waar de motivering van een beslissing omtrent de rechtsmacht ontbreekt) is zonder nadere motivering, welke ontbreekt, in dat verband onvoldoende. Het audiëntieblad geeft geen ruimte voor dergelijke overwegingen omtrent de rechtsmacht. Als gezegd impliceert verstekverlening bevoegdheid. In dat verband wijst de Stichting c.s. er op dat het audiëntieblad bijvoorbeeld ook geen overweging wijdt aan de geldigheid van de dagvaarding. De verstekverlening zegt in dat verband genoeg. Het heeft er minst genomen de schijn van dat de rechtbank zich schuldig heeft gemaakt aan een doelredenering, welke geen stand kan houden.

#### Grief 4

26. Ten onrechte heeft de rechtbank onder rechtsoverweging 5.3 van het bestreden vonnis overwogen als zij heeft gedaan.

#### Toelichting op grief 4

27. Partijen hebben in eerste aanleg getwist over de vraag of de Nederlandse Staat een voldoende belang heeft bij de door hem ingestelde vorderingen. De Nederlandse Staat heeft dat belang geadstrueerd aan de hand van de Gerechtsdeurwaarderswet. De rechtbank overweegt terecht dat de Gerechtsdeurwaarderswet geen rol speelt bij de toetsing van het belang van de Nederlandse Staat, maar laat na gevolg te trekken uit die vaststelling. Het sluitstuk op de redenering had moeten zijn dat het door de Nederlandse Staat gestelde belang niet voortvloeit uit de Gerechtsdeurwaarderswet, althans dat een dergelijk belang ontbreekt.
28. De Nederlandse Staat heeft in zijn incidentele conclusie nogal gehecht aan de inhoud en totstandkoming van de Gerechtsdeurwaarderswet, in het bijzonder aan artikel 3a van die wet. De Nederlandse Staat kwam tot dat betoog om aannemelijk te maken dat hij een eigen belang had bij de incidentele vorderingen. Ook hier gold overigens dat de Nederlandse Staat reeds zijn zienswijze naar voren had gebracht door middel van de conclusie van het Openbaar Ministerie ex artikel 44 Rv, voorafgaand aan de verstekverlening. In de incidentele antwoordconclusie is de Stichting c.s. nader ingegaan op de onjuistheid van de argumenten van de Nederlandse Staat die zijn ontleend aan artikel 3a van de Gerechtsdeurwaarderwet. De Stichting c.s. bespreekt die argumenten nogmaals.
29. Artikel 3a lid 1 van de Gerechtsdeurwaarderswet schrijft de deurwaarder voor een mededeling aan de minister te doen indien hij een opdracht ontvangt die mogelijk strijdig is met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Nederlandse Staat. In dat geval kan de minister de deurwaarder aanzeggen dat de opgedragen of reeds verrichte ambtshandeling in strijd is met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Nederlandse Staat (artikel 3a lid 2). De betreffende aanzegging wordt gemotiveerd en gepubliceerd. Aanzegging en mededeling worden gepubliceerd in de Staatscourant (artikel 3a lid 4). Vanaf de aanzegging kan de ambtshandeling niet meer rechtsgeldig worden verricht (artikel 3a lid 5) en indien de verrichte ambtshandeling een beslagexploit inhoudt, geldt de ambtshandeling als nietig (artikel 3a lid 6).
30. De Stichting c.s. zag reeds in eerste aanleg niet in hoe artikel 3a Gerechtsdeurwaarderswet in de onderhavige kwestie in de weg zou staan aan de bevoegdheid van de rechter of anderszins gevolgen zou hebben voor de geldigheid van de dagvaarding. De deurwaarder die de dagvaarding aan de VN heeft betekend, heeft immers geen (mogelijke) strijdigheid gezien met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Nederlandse Staat. Evenmin heeft de

minister de deurwaarder een aanzegging gedaan. Zoals ook volgt uit de door de Nederlandse Staat aangehaalde Memorie van Toelichting op artikel 3a (TK vergaderjaar 1992-1993, 23 081, nummer 3, pagina 4), is en blijft alsdan sprake van een geldige dagvaarding.

31. Artikel 3a Gerechtsdeurwaarderswet ziet daarnaast met name op de volkenrechtelijke verplichtingen die verband houden met (anders dan in de onderhavige zaak) de immuniteit van vreemde staten (zie Memorie van Toelichting op artikel 3a, TK vergaderjaar 1992-1993, 23 081, nummer 3, pagina 1):

*‘Sedert enige jaren is er hernieuwde aandacht voor de vraag, hoe kan worden voorkomen dat de Nederlandse Staat in verlegenheid wordt gebracht doordat in Nederland tegen een vreemde staat een civiele procedure wordt aangespannen of op zijn goederen beslag wordt gelegd, een en ander in een situatie waarin zulks in strijd zou kunnen komen met de volkenrechtelijke verplichting van de Staat.’*

(...)

*‘Er is aanleiding bij de bespreking van deze problematiek onderscheid te maken tussen de vraag of en zo ja, in hoeverre aan een vreemde mogendheid in Nederland immuniteit van rechtsmacht toekomt enerzijds, en de vraag of en in hoeverre een zodanige immuniteit ook bestaat op het terrein van de tenuitvoerlegging van vonnissen anderzijds.’*

32. De deurwaarder heeft terecht geoordeeld dat er geen sprake is van een situatie waar artikel 3a van de Gerechtsdeurwaarderswet op ziet. Het is derhalve aan de rechter om te bezien of hem rechtsmacht toekomt. Het belang dat de zienswijze van de Nederlandse Staat naar voren wordt gebracht is reeds voldoende gediend met de conclusie van het Openbaar Ministerie ex artikel 44 Rv, voorafgaand aan de verstekverlening.
33. De Nederlandse Staat heeft gesteld dat hij voldoende belang heeft bij de incidentele vorderingen. De Nederlandse Staat heeft daartoe verwezen naar de Gerechtsdeurwaarderswet. De Stichting c.s. heeft de onjuistheid van de argumenten van de Nederlandse Staat aangetoond en heeft gewezen op het feit dat ook de deurwaarder geen mogelijke strijdigheid heeft gezien met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Nederlandse Staat. Al met al kan een zelfstandig (processueel) belang in deze zaak derhalve niet worden ontleend aan de Gerechtsdeurwaarderswet.

34. De rechtbank is met rechtsoverweging 5.3 tot een onjuist oordeel gekomen. De rechtbank heeft nagelaten de stelling van de Nederlandse Staat te verwerpen dat hij in het onderhavige geval voldoende belang heeft bij de incidentele vordering op grond van de Gerechtsdeurwaarderswet. De rechtbank heeft slechts een zeer beperkt gedeelte van het verweer van de Stichting c.s. getoetst en komt tot de slotsom dat het niet toepassen van artikel 3a Gerechtsdeurwaarderswet geen enkel gevolg heeft voor de beslissing van de rechter over zijn bevoegdheid. De rechtbank had - als gezegd - moeten oordelen dat artikel 3a Gerechtsdeurwaarderswet in het onderhavige geval geen belang van de Nederlandse Staat constitueert voor de incidentele vorderingen.

#### Grief 5

35. De rechtbank heeft onder rechtsoverweging 5.5 ten onrechte overwogen:

*'Hierbij verdient opmerking dat de verweren van de Stichting c.s. die zijn samengevat in onderdeel 3.4 onder (1) en (2) van dit vonnis, geen doel treffen. De Staat heeft een eigen, in rechte relevant, belang bij zijn vordering tot onbevoegdheid van de rechtbank in de zaak tegen zijn medegedaagde.*

*Hieraan doet niet af dat het OM voor de kwestie van deze bevoegdheid al de aandacht van de rechtbank heeft gevraagd in zijn conclusie van 7 november 2007. Het OM is, ofschoon orgaan van de Staat, niet met deze te vereenzelvigen. Het OM heeft in de uitoefening van zijn taken, ook op dit gebied, een zekere - in de Wet op de rechtelijke organisatie nauwkeurig afgebakende - mate van zelfstandigheid ten opzichte van de minister van Justitie, en een mede in andere wetten neergelegde eigen verantwoordelijkheid. Afgezien daarvan komt aan de Staat, als procespartij, een eigen en van nadere bevoegdheden voorzien recht toe om gebruik te maken van processuele mogelijkheden. Aan het OM komt, indien het in een civiele procedure een conclusie op basis van artikel 44 RV heeft genomen die niet door de rechter wordt gevolgd, niet de mogelijkheid van hoger beroep toe. Zijn conclusie is rechtens slechts een advies van een niet-procespartij aan de rechter. Daarentegen beschikt een procespartij, zoals in dit geval de Staat, in de regel wel over het rechtsmiddel van hoger beroep in geval van afwijzing van een door haar (thans: de Staat) ingestelde vordering.'*

36. Vervolgens heeft de rechtbank onder rechtsoverweging 5.6 ten onrechte geoordeeld:

*‘Het eigen belang van de Staat bij zijn hier besproken incidentele vordering volgt in het bijzonder uit zijn volkenrechtelijke verplichting op grond van artikel 105 lid 1 van het VN-Handvest. Krachtens dit verdrag heeft de Staat zich verbonden om de daarin voorziene immuniteit - daargelaten hoe ver deze reikt - zoveel mogelijk te waarborgen. Binnen het mogelijke valt in elk geval het bepleiten van deze immuniteit in een geding voor de nationale rechter. Niet van belang is hierbij dat de Staat zelf ook, in dit geval dus naast de VN, gedaagd is. Nu de Staat reeds zelf procespartij is, behoeft hij niet de (in beginsel omslachtiger) weg van een incidentele vordering tot tussenkomst te volgen. Aan de mogelijkheid waarvan de Staat thans gebruik maakt doet evenmin af dat in ons recht voor (organen van) de Staat ook andere mogelijkheden bestaan om een oordeel van de rechter te verkrijgen over diens bevoegdheid ten opzichte van een niet verschenen gedaagde. Al deze mogelijkheden staan naast elkaar en sluiten elkaar dus niet uit. De diversiteit van de mogelijkheden vormt veeleer de uitdrukking van de zwaarte van de genoemde volkenrechtelijke verplichting van de Staat dan dat zij daaraan afbreuk doet. Gelet op dit een en ander volgt de rechtbank de Stichting c.s. dus niet in hun stelling dat de proceshouding van de Staat in de incidenten onaanvaardbaar is. Evenmin kan worden gezegd dat deze houding in zodanig mate menselijk of moreel onaanvaardbaar is dat daaraan juridische gevolgen zouden moeten worden verbonden.’*

37. Voorts heeft de rechtbank onder rechtsoverweging 5.7 ten onrechte overwogen:

*‘In dit incident is het mogelijke eigen verweer van de Staat ten aanzien van de tegen hem gerichte vordering niet aan de orde. Alles wat de Stichting c.s. daarover hebben gesteld of verondersteld, blijft thans dus onbesproken.’*

38. Tenslotte heeft de rechtbank onder rechtsoverweging 5.8 ten onrechte overwogen en beslist dat:

*‘Reeds op grond van het hier vastgestelde eigen belang van de Staat faalt de stelling van de Stichting c.s. dat alleen de VN zelf, indien zij is verschenen, een beroep kan doen op haar immuniteit.’*

#### Toelichting grief 5



### **Geen rechtens relevant belang Nederlandse Staat**

39. De Stichting c.s. stelt voorop dat het werkelijk belang van de Nederlandse Staat bij zijn incidentele vordering is dat de Nederlandse Staat zijn eigen falen bij de val van Srebrenica wil maskeren en aansprakelijkheid van zich af wil houden. Daarom wil de Nederlandse Staat de Verenigde Naties buiten de procedure en een veroordeling houden, zodat de Nederlandse Staat de Verenigde Naties de schuld in de schoenen kan blijven schuiven, zoals hij vanaf 1995 doet. Verder wordt door het buiten de procedure houden van de Verenigde Naties de waarheidsvinding ernstig bemoeilijkt. Iedere overweging die leidt tot het oordeel dat de Nederlandse Staat een ander - rechtens te respecteren - belang heeft, maskeert het werkelijk belang.
40. De volgorde die de rechtbank hanteert voor de toetsing van de vraag of de Nederlandse Staat een eigen rechtens relevant belang heeft bij zijn vordering tot onbevoegdheid van de rechtbank in de zaak tegen zijn medegeдаagde de Verenigde Naties (zie rechtsoverweging 5.6) en de vraag of de Nederlandse Staat niet reeds uitvoering heeft gegeven aan eventuele verplichtingen door de conclusie ex artikel 44 van het OM (zie rechtsoverweging 5.5), is onlogisch. Eerst dient immers te worden vastgesteld of een eigen volkenrechtelijke verplichting van de Nederlandse Staat bestaat.
- Indien dat het geval is, kan worden bepaald of de wijze waarop daar invulling aan is gegeven door de brief d.d. 17 september 2007 van de Nederlandse Staat aan de rolrechter en de conclusie van het OM ex artikel 44 Rv nog ruimte openlaat voor een afzonderlijke incidentele vordering. De Stichting c.s. zal eerst ingaan op de afwezigheid van een eigen belang en vervolgens aantonen dat indien zo'n eigen belang al mocht bestaan, daar reeds voldoende invulling aan is gegeven door de genoemde brief aan de rolrechter en de conclusie ex artikel 44 Rv van het OM.

### **Belang vloeit niet voort uit artikel 105 lid 1 VN-Handvest**

41. De rechtbank oordeelt in de eerste zin van rechtsoverweging 5.6 dat het eigen belang van de Nederlandse Staat bij zijn incidentele vordering in het bijzonder volgt uit zijn volkenrechtelijke verplichting op grond van artikel 105 lid 1 van het VN-Handvest. Dat is een onjuiste aanname. Artikel 105 lid 1 van het VN-Handvest luidt in de Nederlandse vertaling:

*‘De Organisatie geniet op het grondgebied van elk van haar Leden de voorrechten en immuniteiten die noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van haar doelstellingen.’*

Uit de tekst van het aangehaalde artikel valt niet zonder meer een volkenrechtelijke verplichting voor de lidstaten af te leiden. Zonder nadere motivering, welke ontbreekt, vloeit het eigen belang van de Nederlandse Staat niet voort uit artikel 105 lid 1 VN-Handvest. Artikel 105 lid 1 VN-Handvest roept geen eigen belang van de Nederlandse Staat in het leven en behelst evenmin een verplichting voor de Nederlandse Staat om een procesrechtelijk middel in te zetten of te creëren.

42. Verder miskent de rechtbank dat artikel 105 lid 1 VN-Handvest de immuniteit van de Verenigde Naties beperkt tot immuniteit die noodzakelijk is voor ‘de verwezenlijking van haar doelstellingen’. De Stichting c.s. hebben steeds betoogd dat de immuniteit van de Verenigde Naties niet absoluut is en onderhevig dient te zijn aan toetsing. De rechtbank heeft in haar oordeel geen blijk gegeven van een dergelijke toetsing. Sterker nog, zoals hierna nog in een afzonderlijke grief aan de orde zal komen, de rechtbank heeft (bijvoorbeeld onder rechtsoverweging 5.13 en 5.22) geoordeeld dat de Verenigde Naties absolute immuniteit genieten.
43. De Stichting c.s. merkt voorts op dat de Nederlandse Staat in zijn incidentele conclusie onder punt 3.2.6 nog heeft gesteld dat het recht c.q. de volkenrechtelijke verplichting van de Nederlandse Staat om zelfstandig een incidentele vordering in te stellen zou voortvloeien uit Section 34 (van de Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, 13 February 1946). De rechtbank heeft dat artikel niet genoemd, nu zij het belang (kennelijk) op andere gronden aanwezig heeft geacht. De Stichting c.s. zal voor de volledigheid op de stelling van de Nederlandse Staat in gaan.
44. Het betreffende artikel geeft een mogelijkheid, geen volkenrechtelijke verplichting. Section 34 luidt als volgt:

*‘It is understood that, when an instrument of accession is deposited on behalf of any Member, the Member will be in the position under its own law to give effect to the terms of this Convention.’*

Het artikel ziet op een situatie waarin een lidstaat toetreedt tot de VN . Dat is helemaal niet aan de orde in deze casus. De verwijzing naar het eigen recht van de betreffende staat brengt met zich mee dat zo uit Section 34 al een voor deze zaak relevante verplichting zou voortvloeien voor de Nederlandse Staat, dat in casu betekent dat ook de volgens Nederlands recht geldende internationale verdragen van toepassing zijn. In het bijzonder valt te denken aan artikel 6 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden van 4 november 1950 (EVRM), artikel 10 van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens van 10 december 1948 (UVRM) en artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten van 16 december 1966 (IVBPR), alsmede het Verdrag inzake de Voorkoming en Bestrafing van Genocide (Genocideverdrag). De rechten die voortvloeien uit deze bepalingen gelden als absoluut en overal en altijd geldend. Anders dan per definitie voor de immuniteit van de Verenigde Naties geldt, zijn deze rechten niet aan beperkingen onderhevig. In de inleidende dagvaarding heeft de Stichting c.s. uitvoerig uiteen gezet dat indien de rechtbank zich onbevoegd mocht achten om van de vordering kennis te nemen, de rechten van de Stichting c.s. welke voortvloeien uit de genoemde bepalingen worden geschonden.

45. De conclusie van het bovenstaande is dat de Nederlandse Staat geen volkenrechtelijke verplichting heeft voor het instellen van de incidentele vorderingen en daarmee ook geen belang.
- Dat klemt te meer nu de Verenigde Naties zelf medegedaagde waren en zonder beletsel zelf hun eventuele belangen konden behartigen. Indien al enige volkenrechtelijke verplichting zou bestaan voor de Nederlandse Staat om een beroep te doen op de immuniteit van de VN, is die verplichting beperkt door de nationale wetgeving, onder welke de genoemde internationale verdragen rechtstreekse werking hebben.

#### **Belang reeds voldoende gewaarborgd door artikel 44 Rv**

46. Het volgende gedeelte van deze grief richt zich tegen rechtsoverweging 5.5. In die rechtsoverweging geeft de rechtbank blijk van een onjuiste rechtsopvatting over artikel 44 Rv in het algemeen en in deze procedure in het bijzonder.
47. De rechtbank oordeelt dat het niet aan het verondersteld volkenrechtelijk belang van de Nederlandse Staat zou afdoen dat het OM al op voet van artikel 44 Rv, voorafgaand aan de verstekverlening, een conclusie heeft genomen. Het is wel degelijk van belang dat het OM

op voet van artikel 44 Rv een conclusie heeft genomen. De kwestie van de immuniteit is met de betreffende conclusie onder de aandacht van de rechtbank gebracht. Er is geen recht of belang om een zelfde kwestie een tweede maal onder de aandacht van de rechtbank te brengen.

48. Verder oordeelt de rechtbank dat het OM niet zou zijn te vereenzelvigen met de Nederlandse Staat. Dat is in de eerste plaats feitelijk onjuist. Het standpunt van het OM kwam letterlijk overeen met het standpunt van de Nederlandse Staat. Waar gewoonlijk het OM in een gerechtelijke procedure een onpartijdig, onafhankelijk rechtskundig advies beoogt uit te brengen, was de conclusie in het onderhavige geval slechts een weergave van het standpunt van de Nederlandse Staat. Het OM is nog met geen letter in gegaan op argumenten die pleiten tegen het standpunt van de Nederlandse Staat, welke argumenten door de Stichting c.s. uitvoerig zijn aangedragen. In de tweede plaats is het OM ook juridisch wel degelijk te vereenzelvigen met de Nederlandse Staat. Een staat moet altijd worden vertegenwoordigd. Indien de redenering van de rechtbank zou worden gevolgd, zou de Nederlandse Staat nimmer een standpunt kunnen innemen of een rechts- of proceshandeling kunnen verrichten; altijd dient immers de staat te worden vertegenwoordigd en altijd is er sprake van toerekening van het handelen van die vertegenwoordiger aan de staat. Dat dient ook hier te gelden.
- Het heeft er, gelet op de zeer grote overeenkomsten van de standpunten in de conclusie van het OM enerzijds en de incidentele conclusie van de Nederlandse Staat anderzijds, minst genomen de schijn van dat er sprake is geweest van de uitoefening van de bevoegdheden als bedoeld in artikel 127 Wet RO. Dat artikel bepaalt dat de Minister van Justitie bevoegd is om algemene en bijzondere aanwijzingen te geven over de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het OM. Het is volstrekt onaannemelijk dat het OM hier onafhankelijk heeft gehandeld, zonder instructie van de Nederlandse Staat. Verder bleek ter zitting van 18 juni 2008 dat het OM voorafgaand aan de zitting overleg had gevoerd met de landsadvocaat. De Stichting c.s. was niet op de hoogte gesteld met het feit dat het OM ter zitting zou verschijnen. De Stichting c.s. biedt aan het bewijs van haar stellingen te leveren door het horen van de betrokken officieren van justitie bij het arrondissementsparket Den Haag, mevrouw mr. E.I. Schuier en mr. M.R.B. Mos, alsmede het horen van de Minister van Justitie mr. E.M.H. Hirsch Ballin.
49. Verder zijn organen van een staat altijd te vereenzelvigen met de staat. Het OM *is* de Nederlandse Staat waar het gaat om de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en de

andere bij wet vastgestelde taken (zie artikel 124 Wet RO), waaronder mede begrepen dient te worden de taak van het uitbrengen van een conclusie ex artikel 44 Rv. Anders dan in de ogen van de Stichting c.s. passend was geweest, heeft de Nederlandse Staat bij monde van het OM geen onafhankelijke positie ingenomen, welke onafhankelijk positie in de visie van de Stichting c.s. overigens ook van de Nederlandse Staat als procespartij had mogen worden verwacht. Dat is overigens ook door de Stichting c.s. bij dupliek in pleidooi nog eens aan de orde gesteld. Zowel het OM als de Nederlandse Staat hebben zich zeer eenzijdig laten leiden door hun kennelijke wens om de Verenigde Naties tegen elke prijs buiten de procedure te houden, teneinde de verantwoordelijkheid voor het drama van Srebrenica bij de VN te kunnen houden.

50. Waar de rechtbank overweegt dat het OM een eigen, nauwkeurig afgebakende mate van zelfstandigheid heeft ten opzichte van de Minister van Justitie, geldt dat dit op zich juist is. Wat in deze zaak echter essentieel is, is dat er geen sprake is geweest van zelfstandigheid. Sterker nog, het is zeer aannemelijk dat de aanwijzingsbevoegdheid is uitgeoefend. Anders valt de uiterst eenzijdige conclusie van het OM niet te duiden. Voorts is juist in de Wet RO en in het bijzonder artikel 124 Wet RO, de taak van de Nederlandse Staat op dit rechtsgebied opgedragen aan het OM. Uit dat artikel blijkt een toezichhoudende rol van de Nederlandse Staat op de rechtspraak, welke is opgedragen aan het OM. Die toezichhoudende rol van de Nederlandse Staat in de hoedanigheid van het OM volgt ook uit de artikelen 42 tot en met 44 Rv.
51. Het oordeel van de rechtbank dat een orgaan van de staat niet dient te worden vereenzelvigd met de staat zou overigens ook betekenen dat organen van de VN - zoals: Dutchbat - niet zouden mogen worden vereenzelvigd met de VN. Dat kan uiteraard niet juist zijn. De Stichting c.s. ziet niet in welke andere juridische constructie dan vereenzelving hier aan de orde zou kunnen zijn.
52. De overweging van de rechtbank dat de Nederlandse Staat als procespartij andere processuele bevoegdheden heeft dan het OM doet niet ter zake. In feite heeft de rechtbank de Nederlandse Staat veel meer processuele bevoegdheden toegekend dan een gewone procespartij. Het gaat er om of de Nederlandse Staat een volkenrechtelijke verplichting heeft en of daaruit een voldoende belang voortvloeit. Hierboven kwam reeds aan de orde dat er niet een verplichting bestaat om geen middel onbeproefd te laten, teneinde de immuniteit van de VN te waarborgen (en al helemaal niet met opzij zetting van de

belangrijkste verdragen) door de inzet van processuele middelen. Dat het OM niet de mogelijkheid heeft van hoger beroep mag op zich juist zijn, maar aan het OM staat niets in de weg om in hoger beroep opnieuw een conclusie op voet van artikel 44 Rv te nemen. Dit alles dient te worden gezien tegen de achtergrond dat de VN er zelf voor hebben gekozen om niet te verschijnen. Het gestelde belang van de Nederlandse Staat is en blijft een afgeleid belang van dat van de Verenigde Naties. De Nederlandse Staat zou een volkenrechtelijke verplichting hebben, terwijl de VN (ten behoeve van wie de verplichting in het leven zou zijn geroepen) er voor kiezen om hun rechten niet uit te oefenen. Onder die omstandigheden dient niets de rechtsmacht van de rechter in de weg te staan.

53. De conclusie van grief 5 is dat de Nederlandse Staat geen rechtens te respecteren belang heeft. Met het slagen van de incidentele vorderingen wordt de waarheidsvinding bemoeilijkt en heeft de Nederlandse Staat een partij welke hij zonder enig nadelig gevolg de schuld in de schoenen kan schuiven. De rechtbank miskent derhalve onder rechtsoverweging 5.7 dat het mogelijke eigen verweer van de Nederlandse Staat tegen de tegen hem gerichte vordering niet aan de orde zou zijn. Dit verweer (dat al sinds 1995 wordt gevoerd, te weten dat niet Nederland maar de VN verantwoordelijk zou zijn), geeft inzicht in het werkelijk belang van de Nederlandse Staat. In het incident beoogt de Nederlandse Staat slechts dit werkelijk belang te dienen.
- Dit zijn geen nobele principes van volkenrechtelijke aard, maar uitsluitend politieke doeleinden die er toe strekken de schuld af te schuiven en waarheidsvinding te vermijden, teneinde schade voor het imago van de Nederlandse Staat en schadeplichtigheid te voorkomen.
54. De rechtbank is met de eerdere beslissing omtrent het verstek klaarblijkelijk in verlegenheid gebracht, althans er is een beslissing genomen die eigenlijk niet meer in dezelfde instantie mocht worden hersteld. Aan de verstekverlening is immers de conclusie van het OM op voet van artikel 44 Rv vooraf gegaan. Bovendien had de Nederlandse Staat op dat moment al bij brief van 17 september 2007 een gelijklopende visie gegeven. Met kennis van die conclusie en die brief heeft de rechter verstek verleend en heeft aan de argumenten van de Nederlandse Staat, al dan niet bij monde van het OM, geen gehoor gegeven. De rechtbank heeft klaarblijkelijk geoordeeld dat haar rechtsmacht toekwam. De rechtbank heeft dit mogelijk willen oplossen door te doen alsof het OM en de Nederlandse Staat niet te vereenzelvigen zouden zijn. De rechtbank heeft opnieuw hetzelfde standpunt beoordeeld, zij het met een uitkomst die onverenigbaar is met de verstekverlening.

Daardoor heeft de rechtbank gedaan wat de VN had moeten doen, namelijk het verstek zuiveren en een beroep doen op immunitet. Een dergelijk welwillende houding ten opzichte van een niet verschenen procespartij (de Verenigde Naties) ten opzichte van de wel verschenen procespartij (de Nederlandse Staat) is ongekend. In de ogen van de Stichting c.s. is dat een processueel onaanvaardbare gang van zaken. Geen andere procespartij wordt na verstekverlening op een dergelijk manier geholpen door een rechter. Verstek dient te worden gezuiverd door de partij tegen wie verstek is verleend. Het zonder enige rechtsgrond afwijken van de normale regels ten gunste van de Nederlandse Staat en de VN, doet tekort aan de rechten van de Stichting c.s. op een eerlijk proces.

55. Vooruitlopend op de nog te formuleren grief tegen rechtsoverweging 5.14 merkt de Stichting c.s. reeds nu op dat een mogelijke achtergrond voor deze houding wordt gevonden in het oordeel van de rechtbank onder rechtsoverweging 5.14 (laatste zin):

*‘Het is alleszins aannemelijk dat een verdergaande toetsing grote gevolgen heeft voor de besluitvorming van de Veiligheidsraad over dergelijke vredesmissies.’*

De rechtbank geeft met haar oordeel aan dat zij haar beslissing in belangrijke mate baseert op politieke overwegingen.

56. In het licht van het bovenstaande kan rechtsoverweging 5.8 geen stand houden.

## Grief 6

57. Onder rechtsoverweging 5.7 en 5.9 heeft de rechtbank ten onrechte overwogen zoals zij heeft gedaan.

## Toelichting grief 6

58. Onder rechtsoverweging 5.7 oordeelt de rechtbank:

*‘In dit incident is het mogelijke eigen verweer van de Staat ten aanzien van de tegen hem gerichte vordering niet aan de orde. Alles wat de Stichting c.s. daarover hebben gesteld of verondersteld, blijft thans dus onbesproken.’*

Het is onjuist dat de rechtbank onder rechtsoverweging 5.9 vervolgens het verweer van de Nederlandse Staat in de hoofdzaak - althans voor zover de Nederlandse Staat daarop in het incident reeds is ingegaan - bespreekt. Of wel het verweer in de hoofdzaak is niet aan de orde, in welk geval rechtsoverweging 5.9 onbegrijpelijk is, of wel het verweer in de hoofdzaak is wel aan de orde, in welk geval ook de stellingen van de Stichting c.s. waartegen dat verweer is geformuleerd aan de orde zijn en in welk geval rechtsoverweging 5.7 geen stand kan houden. In dat geval hadden de stellingen van de Stichting c.s. ook bij de beoordeling van de rechtsoverwegingen 5.2 tot en met 5.8 moeten worden betrokken.

## Grief 7

59. Ten onrechte heeft de rechtbank onder rechtsoverweging 5.11 overwogen dat:

*‘Toepasselijk is dan allereerst de volkenrechtelijke regel van artikel 105 lid 1 van het VN-Handvest, zoals uitgewerkt in artikel II, § 2, van de Convention. De rechtbank baseert zich bij de uitleg en toepassing van deze en andere volkenrechtelijke regels op het geldende recht, zoals dit mede tot uitdrukking komt in de volkenrechtelijke praktijk. Het gaat in deze zaak niet om een mogelijke staatsimmunititeit, maar om een met zoveel woorden in een verdrag vastgelegde immunititeit van een internationale organisatie.*

*Tussen deze beide vormen van immunititeit, die sterk van elkaar verschillen, bestaat geen hiërarchie; de ene vorm gaat niet, in algemene zin, “verder” dan de andere en is ook niet “belangrijker” dan de andere. Doorslaggevend voor de vaststelling van de inhoud van immunitieitsnormen van volkenrechtelijke organisaties is hetgeen de verdragsluitende partijen in het desbetreffende oprichtingsverdrag zijn overeengekomen, met inachtneming van de artikelen 31 en 32 van het Weens Verdragenverdrag. Ten aanzien van de VN geldt dat zij onmiskenbaar de belangrijkste volkenrechtelijke organisatie in de internationale gemeenschap is, met een nagenoeg universeel lidmaatschap van staten.’*

En onder rechtsoverweging 5.12 ten onrechte overwogen dat:

*‘De verwijten die de Stichting c.s. ten grondslag hebben gelegd aan hun vorderingen tegen de VN hebben betrekking op gedragingen (met inbegrip van nalaten) bij de uitvoering van de onderhavige vredesmissie, die is gebaseerd op resoluties van de Veiligheidsraad van de VN ingevolge het aangehaalde Hoofdstuk VII van het VN-Handvest. Het gewraakte optreden*



*van de VN valt dus binnen het functionele kader van deze organisatie. In het bijzonder voor handelen binnen dit kader is immuniteit van jurisdictie bedoeld.'*

En voorts onder rechtsoverweging 5.13 ten onrechte overwogen dat:

*'Uitgangspunt is dat de VN zelf, blijkens haar onder 1.1. aangehaalde brief van 17 augustus 2007 aan de Nederlandse Permanente Vertegenwoordiger bij de VN, zich uitdrukkelijk op haar immuniteit beroept. Voor zover de rechtbank bekend is, heeft de VN tot dusver altijd haar immuniteit ingeroepen ten aanzien van optreden binnen het zojuist bedoelde functionele kader en zijn daarop in de praktijk nooit uitzonderingen gemaakt. De Stichting c.s. hebben niets gesteld waaruit het tegendeel kan volgen. Uit een en ander concludeert de rechtbank dat in de volkenrechtelijke praktijk absolute immuniteit van de VN de norm is en wordt gerespecteerd.'*

## Toelichting grief 7

### Inleiding

60. Grief 7 heeft betrekking op de immuniteit van de Verenigde Naties. Ter inleiding merkt de Stichting c.s. het volgende op. In dit geval is geen sprake van statenimmuniteit, maar van immuniteit van een internationale organisatie. Die immuniteit is niet absoluut en wordt beperkt door de functionele noodzaak. In dat kader zal de Stichting c.s. ingaan op de uitspraak in de zaak Manderlier. Ook zal de Stichting c.s. aan de orde stellen aan de hand van de literatuur en het advies van het CAVV dat in het licht van het functionele karakter van de immuniteit van de VN het recht op toegang tot de rechter zwaarder weegt dan de immuniteit. De basis van de immuniteit van de VN is artikel 105 lid 1 van het VN-handvest. Dat artikel beperkt de immuniteit tot de noodzaak bij de vervulling van de doeleinden. Immuniteit is dus functioneel bepaald en is geen doel op zich. In het licht van de Convention on Privileges and Immunities of 13 February 1946 (hierna: Convention), die voortvloeit uit het VN-Handvest, had de VN - voor zover al komt vast te staan dat een functionele noodzaak tot immuniteit bestond - afstand moeten doen van hun immuniteit. Verder zal de Stichting c.s. bespreken in het kader van deze grief dat de Convention voorziet in een rechtsingang om tegen de VN te procederen (Section 29). Het bestaan van die paragraaf bewijst dat een absolute immuniteit door de lidstaten nimmer is beoogd en ook niet in het leven is geroepen. Voorts heeft het Weens Verdragenverdrag een heel andere inhoud en

betekenis dan de rechtbank daaraan heeft toegekend. In het kader van de bespreking van dit verdrag zal de Stichting c.s. buitenlandse literatuur over de onjuistheid en onrechtvaardigheid van een absolute immuniteit aan de orde stellen. Vervolgens zal in deze grief aan de orde komen het rechtsgeleerd advies van het IGH, welk advies uitdrukkelijk de mogelijkheid openhoudt om op grond van *'the most compelling reasons'* de immuniteit niet toe te kennen. De Stichting c.s. zal aantonen dat er in deze bijzondere zaak bij uitstek sprake is van zulke bijzondere omstandigheden. Ten slotte zal de Stichting c.s. in gaan op het feit dat de rechtbank aangeeft dat zij de internationale praktijk mede als maatstaf heeft genomen voor haar beslissing. De rechtbank heeft echter miskend dat de praktijk heel anders is dan zij heeft aangenomen, zo een dergelijke praktijk al zou bestaan. Daarbij kan de vraag worden gesteld of 'de praktijk' recht doet aan deze zaak.

61. De rechtbank heeft ten onrechte niet, althans onvoldoende, getoetst of in deze bijzondere zaak de noodzaak van een functionele immuniteit van de Verenigde Naties bestaat. Indien en voor zover al een dergelijke toets heeft plaatsgevonden, heeft de rechtbank blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de functionele immuniteit van de Verenigde Naties.

#### **Statenimmunititeit versus immuniteit van internationale organisaties**

62. Voor een goed begrip van de immuniteit van de Verenigde Naties zal de Stichting c.s. haar standpunt daarover kort herhalen. Tijdens de incidenten in eerste instantie is een discussie ontstaan over de immuniteit van staten en internationale organisaties. Dat verschil werd belangrijk, omdat de Nederlandse Staat ter onderbouwing van zijn incidentele vorderingen een beroep deed op literatuur en rechtspraak die uitsluitend betrekking heeft op de immuniteit van staten. Ook de rechtbank heeft (min of meer) erkend dat de immuniteit van staten verschilt van die voor internationale organisaties. De rechtbank gaat in haar overweging uit van een essentiële misvatting door te oordelen dat de ene immuniteit niet verder gaat dan de andere. Anders dan bij internationale organisaties bestaat als een staat wordt aangesproken altijd een bevoegde rechter, te weten de rechter van de aangesproken staat (zie C.G. van der Plas, *De taak van de rechter en het IPR, Serie Onderneming en Recht*, Kluwer 2005, pagina 263 e.v.). De immuniteit voor staten gaat om die reden juist wel *'in algemene zin'* veel *'verder'* dan die voor internationale organisaties. De rechtspraak die

ziet op de immuniteit van staten is in de onderhavige zaak daarom minder bruikbaar. Het volgende dient ter toelichting.

### Statenimmunititeit

63. De immuniteit van jurisdictie van staten is zowel qua omvang als qua grondslag anders dan de immuniteit van internationale organisaties. De immuniteit van staten is gegrond op het beginsel van soevereiniteit, onafhankelijkheid en gelijkheid van staten en vloeit voort uit het adagium '*par in parem non habet imperium*'; onder gelijken heeft niemand heerschappij (zie bijvoorbeeld: EHRM 21 november 2001, Al-Adsani/The United Kingdom, 35763/97, rechtsoverweging 54; P.H. Kooijmans, Internationaal publiekrecht in vogelvlucht, 9<sup>e</sup> druk, 2002, pagina 67). In concreto betekent dit dat de rechter van de ene staat geen vonnis kan wijzen in een zaak waarin een andere staat gedaagde is. Overigens wordt dit principe niet langer overal als geldend recht aanvaard indien het gaat om zware schendingen van mensenrechten. De Stichting c.s. verwijst naar de uitspraak van de Italiaanse nationale rechtbanken omtrent zware mensenrechtenschendingen van Duitse militairen gedurende de Tweede Wereldoorlog. De Duitse staat heeft in die kwestie, daarin gesteund door de Italiaanse staat, op 23 december 2008 een zaak aanhangig gemaakt bij het IGH. De beide betrokken staten stellen zich in die zaak op het standpunt dat Italiaanse rechtbanken onbevoegd zijn en dat de Duitse staat uitsluitend in Duitsland kan worden gedagvaard. Niet omstreden is in ieder geval dat de Duitse rechter in een dergelijk geval een rechtsingang biedt.
64. Overigens geldt ook voor de statenimmunititeit dat daarop in de loop van de tijd beperkingen op zijn aangebracht. Die beperkingen bieden steun aan het standpunt van de Stichting c.s. dat in deze zaak geen immuniteit dient te worden aangenomen. Een bekende uitspraak waarin de immuniteit van staten wordt beperkt is het arrest van de Hoge Raad van 25 november 1994 (NJ 1995, 650; Marokko/De Trappenberg). Onder de nummers 3.2.9 en 3.2.10 van de incidentele vordering in eerste aanleg is de Nederlandse Staat uitvoerig op dit arrest ingegaan. De Stichting c.s. heeft die stellingen weerlegd onder de punten 27 tot en met 31 van haar conclusie van antwoord in de incidenten en verwijst naar die stellingen. De Stichting c.s. herhaalt de conclusie daarvan dat de Hoge Raad in dat arrest heeft geoordeeld dat uitzonderingen op statenimmunititeit mogelijk zijn en dat in de betreffende casus van een dergelijke uitzondering sprake was.

## Functionele tegenover absolute immuniteit

65. De Stichting c.s. zal thans nader in gaan op het feit dat de immuniteit van de VN wordt begrensd door de functionele noodzaak daarvan, de zogeheten functionele immuniteit. De rechtbank is vrijwel geheel voorbij gegaan aan een aantal voor deze zaak beslissende aspecten daarvan. De Stichting c.s. zal achtereenvolgens ingaan op de geldende regels, de volkenrechtelijke praktijk en de interpretatie daarvan in het licht van het Weens Verdragenverdrag. Richtinggevend had moeten zijn de uitspraak Manderlier/VN (Tribunaal Brussel, Manderlier/VN, 11 mei 1966, 45 International Law Reports 446). Die uitspraak is in eerste aanleg door de Stichting c.s. uitvoerig aan de orde gesteld. Het is bepaald opmerkelijk dat de rechtbank daar met geen woord op in is gegaan. De zaak Manderlier/VN is tot op heden de enige rechtszaak omtrent de immuniteit van de VN. De schaarse rechtspraak die de rechtbank ter motivering van haar oordeel wel aanhaalt, heeft geen betrekking op de Verenigde Naties. Wellicht dat de oorzaak voor die omissie is gelegen in het feit dat ook de Nederlandse Staat niet op Manderlier/VN is ingegaan. De rechtbank heeft in de visie van de Stichting c.s. te welwillend het door de Nederlandse Staat gestelde belang willen volgen.
66. De zaak Manderlier tegen de Verenigde Naties kent zowel overeenkomsten als verschillen met de onderhavige. De Stichting c.s. zal een en ander bespreken.
67. In de zaak Manderlier voerden de VN geen verdediging ten gronde, maar werd een beroep gedaan op immuniteit ex artikel 105 van het VN-Handvest. Het Tribunaal in Brussel oordeelde dat de klacht tegen de VN niet in behandeling kon worden genomen vanwege de immuniteit van de Verenigde Naties. Het Hof van Beroep in Brussel bevestigde deze uitspraak in een arrest van 15 september 1969 (69 ILR 139). In de procedure tussen Manderlier en de VN is door Manderlier onder andere een beroep gedaan op artikel 6 EVRM en artikel 10 UVRM. Het Hof oordeelde dat het UVRM geen kracht van een wet heeft (zie 45 ILR, pagina 451). Verder oordeelde het Tribunaal in Brussel dat er bij het EVRM slechts veertien landen verdragspartij zijn (zie 45 ILR, pagina 452). Voor zover het getalsmatig argument in 1966 al valide was, is dat thans zeker niet het geval, nu op dit moment 46 landen zijn toegetreden tot het EVRM.
68. Het Tribunaal in Brussel heeft in de zaak Manderlier geoordeeld dat een burger in beginsel recht heeft op toegang tot een rechter. Het Tribunaal erkende in dat verband dan ook de

verplichting van de Verenigde Naties die voortvloeit uit Section 29 van de Convention on Privileges and Immunities of 13 February 1946 en kwam tot een belangrijke conclusie (zie 45 ILR, pagina 451):

*'In spite of this provision of the Declaration which the U.N. proclaimed on 10 December 1948, the Organization has neglected to set up the courts which it was in fact already bound to create by Section 29 of the Convention [on Privileges and Immunities] of 13 February 1946.'*

De Verenigde Naties hadden de verplichting om toegang te bieden tot een onafhankelijke rechter. De verplichting werd slechts terzijde geschoven omdat er in 1966 van werd uit gegaan dat de Verenigde Naties nog tijd nodig hadden om aan de betreffende verplichting te voldoen. Er dient van worden uitgegaan dat ook de Belgische rechter, inmiddels ruim 40 jaar later, deze tekortkoming van de Verenigde Naties niet meer zou accepteren.

69. Uit de zaak Manderlier volgt dat in de enige uitspraak in de volkenrechtelijke praktijk over de immuniteit van de VN een toetsing heeft plaatsgevonden aan de artikelen 6 EVRM, 14 IVBPR en Section 29 van de Convention. Een dergelijke afweging van belangen brengt met zich mee dat de immuniteit, anders dan de rechtbank Den Haag heeft geoordeeld, niet absoluut is. Daarnaast toont de uitspraak Manderlier aan dat de volkenrechtelijke praktijk wel degelijk van een in reikwijdte beperkte immuniteit uitgaat. Daarboven bevestigde de uitspraak Manderlier dat de VN niet boven de wet staan en dat de Verenigde Naties zelf een rechtsgang in het leven had moeten roepen op grond van Section 29 van de Convention. De Stichting c.s. merkt overigens op dat de rechtbank dit artikel in deze context volledig heeft genegeerd. Section 29 bewijst dat de immuniteit van de VN geen absoluut karakter heeft .
70. De zaak van Manderlier tegen de VN is in ander opzicht van een onvergelykbare orde ten opzichte van de onderhavige zaak. Ten eerste ging het in de zaak Manderlier niet om genocide, maar om de vernieling van eigendom. Ten tweede is de uitspraak in de zaak Manderlier gegeven in een tijdperk waarin de VN nog niet op grote schaal betrokken waren bij internationale conflicten zoals dat thans het geval is. Het was in die tijd onvoorstelbaar dat onder de ogen van de VN-troepen genocide zou kunnen plaatsvinden.

71. Het functionele (en daarmee beperkte) karakter van de immuniteit van internationale organisaties is bevestigd in de rechtspraak door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG 13 juli 1990 (Zwartveld), onder rechtsoverweging 19):

*‘Gezien in het licht van deze beginselen, hebben de door het protocol aan de Europese Gemeenschappen toegekende voorrechten en immuniteiten enkel een functioneel karakter, in zoverre zij bedoeld zijn om te voorkomen dat de Gemeenschappen in hun werking en onafhankelijkheid worden belemmerd (...).’*

72. De VN hebben zich de problematiek aangaande een alternatief rechtsmiddel gerealiseerd. Dat is de reden dat Section 29 van de Convention bepaalt:

*‘The United Nations shall make provisions for appropriate modes of settlement of:  
(a) disputes arising out of contracts or other disputes of a private law character to which the United Nations is a party;’*

Ondanks het feit dat deze bepaling stamt uit 1946, hebben de VN thans - meer dan zestig jaar later - nog altijd geen rechtsgang in het leven geroepen.

73. De door de Stichting c.s. in eerste aanleg aangehaalde literatuur is door de rechtbank onbesproken gebleven. Dat is onbegrijpelijk in het licht van het feit dat de rechtbank zich in haar motivering (rechtsoverweging 5.13) baseert op het geldende recht en de volkenrechtelijke praktijk. Zo bevestigt A. Reinisch dat België, als partij bij het EVRM, Manderlier via de nationale rechter toegang had moeten bieden tot de rechtbank en het beroep op immuniteit niet had mogen honoreren (A. Reinisch, *International Organizations before National Courts*, 2000, pagina 289). K. Wellens is dezelfde mening toegedaan (zie: *‘Fragmentation of international law and establishing an accountability regime for international organizations: The role of the judiciary in closing the gap’*, in *Michigan Journal of International Law*, 11 mei 2004). Wellens stelt, mede onder verwijzing naar Ch. Dominicé, dat de toegang tot de rechter zwaarder dient te wegen dan het belang van immuniteit (K. Wellens, aangehaald werk, pagina 18):

*‘(...) access should prevail over immunity if no legal remedy is available.’*

74. Ook de Commissie van Advies voor Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV), de belangrijkste adviseur van de Nederlandse over vraagstukken van internationaal recht, deelt het bovengenoemd standpunt dat bij afwezigheid van een andere rechtsingang, de toegang tot de rechter belangrijker is dan de immuniteit. Zo schrijft de CAVV in artikel 4.5.2 van zijn rapport dat de nationale rechter:

*‘(...) dient over te gaan tot een prima facie onderzoek in het licht van internationale rechtsnormen van de beschikbaarheid van adequate interne rechtsmiddelen die binnen een internationale organisatie ter beschikking staan van de gelaedeerde. Bij negatief resultaat is het wenselijk dat nationale rechtbanken de immuniteit niet toekennen en overgaan tot beslechting van het voorliggende geschil.’*

75. Inmiddels wordt aangenomen dat de immuniteit van internationale organisaties, zoals de VN, niet (meer) vanzelfsprekend is (zie A. Reinisch, in R. Hofmann e.a., Die Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft, 2007, pagina 43). Er zijn dan ook steeds meer nationale gerechten die de immuniteit van deze organisaties niet erkennen, teneinde een effectieve rechtsbescherming te waarborgen. Tenslotte wijst de Stichting c.s. in het kader van de rechtspraktijk en het geldend recht op de publicatie van professor J.A. Frowein (directeur em. van het Max Planck-instituut voor volkerenrecht in Heidelberg en medecommentator van The Charter of the United Nations, B. Simma, a commentary, het standaardwerk op juridisch gebied over de Verenigde Naties). In het artikel “UN-Verwaltung gegenüber dem Individuum - legibus absolutus in: Allgemeines Verwaltungsrecht - Zur Tragfähigkeit eines Konzepts”, 2008, p. 333 - 347, ingediend in eerste aanleg als bijlage bij de pleitnota door de Stichting c.s., overweegt professor Frowein het volgende:

*‘Darüber hinaus kann gefragt werden, ob die Vereinten Nationen in einem derartigen Fall nicht verpflichtet sind, auf ihre Immunität zu verzichten, was im Rahmen der Regelungen möglich ist. Es entspricht nicht dem auf Menschenrechtsschutz angelegten System der Vereinten Nationen, wenn für einen Völkermord insoweit kein Ersatz geleistet werden kann. Dafür spricht auch die Resolution der Generalversammlung vom 16.12.2005 (Res. 60/147) “Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law.” In Art. 2 empfehlen die Vereinten Nationen den Mitgliedstaaten, diese Prinzipien anzuwenden und in derartigen Fällen für das Individuum Ersatzansprüche zu begründen. Es kann bezweifelt werden, ob diese Grundsätze bereits geltendes Völkerrecht*

*sind, aber jedenfalls legen sie eine wesentliche Tendenz fest. Unbestritten ist, dass internationale Organisationen wie die Vereinten Nationen völkerrechtlich für Delikte haften. Dass in Srebrenica ein völkerrechtliches Delikt auch der Vereinten Nationen vorliegt, wird in der Klageschrift eingehend begründet und dürfte weitgehend unbestritten sein. Daraus folgt, dass jedenfalls gegenüber dem Heimatstaat betroffener Staatsangehöriger eine Verpflichtung der Vereinten Nationen besteht. Es spricht aber vieles dafür, in derartigen Fällen bei Untätigkeit des Heimatstaates auch dem Individuum gegen die Organisation Ansprüche zuzugestehen.'*

Ook uit dit citaat volgt dat de opvatting van de rechtbank met betrekking tot het volkenrecht en de volkenrechtelijke praktijk onjuist is.

#### **Volkenrechtelijke basis van de immuniteit van de VN**

76. De Stichting c.s. zal thans nader in gaan op artikel 105 van het VN-Handvest, op artikel II, § 2 van de Convention en de interpretatie van die artikelen op grond van het Weens Verdragenverdrag. Het door de rechtbank op dit punt aangebrachte kader is onvolledig en rechtens onjuist.

77. Artikel 105 VN-Handvest dient te worden geduid aan de hand van artikel 1 van het VN-Handvest. Artikel 1 van het VN-Handvest luidt:

*'De doelstellingen van de Verenigde Naties zijn:*

*(...)*

*3. (...) alsmede bij het bevorderen en stimuleren van eerbied voor de rechten van de mens en voor fundamentele vrijheden voor allen, zonder onderscheid naar ras, geslacht, taal of godsdienst; en*

*4. Een centrum te zijn voor de harmonisatie van het optreden van de naties ter verwezenlijking van deze gemeenschappelijke doelstellingen.'*

Artikel 105 lid 1 VN-Handvest luidt:

*'De Organisatie geniet op het grondgebied van elk van haar Leden de voorrechten en immuniteiten die noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van haar doelstellingen.'*



De VN hebben derhalve immuniteit voor zover dat nodig is voor het vervullen van de doelstellingen van de VN. Het betreft niet uitsluitend de algemene doelstellingen van de VN, maar ook de doelstellingen die voortvloeien uit een specifiek mandaat, zoals in deze kwestie het mandaat ter bescherming van de *Safe Area* Srebrenica en de bevolking. De Stichting c.s. merkt op voorhand nadrukkelijk op dat de handhaving van mensenrechten, waaronder mede begrepen het recht op toegang tot een onafhankelijke rechter, een van de doelstellingen is van de Verenigde Naties.

De immuniteit van de Verenigde Naties moet dienstbaar zijn aan die doelstelling en het mag niet zo zijn dat de immuniteit de verwezenlijking van deze doelstelling blokkeert. De rechtbank heeft van een dergelijk begrip omtrent de verhouding tussen doelstelling en immuniteit, welke daaraan dienstbaar dient te zijn, geen blijk gegeven. Indien het oordeel van de rechtbank zou worden gevolgd, wordt de doelstelling ondergeschikt aan de immuniteit, hetgeen in strijd zou zijn met de letter en geest van de artikelen 1 en 105 VN-Handvest.

78. De rechtbank heeft onder rechtsoverweging 5.12 blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Immers, de rechtbank oordeelt ten onrechte dat het handelen c.q. nalaten van de Verenigde Naties viel onder hoofdstuk VII van het VN-Handvest, waardoor het gewraakte optreden van de Verenigde Naties binnen het functionele kader van de organisatie zou vallen en op grond waarvan immuniteit zou gelden. De toetsingsmaatstaf dient te zijn of de opgeëiste immuniteit al dan niet noodzakelijk is voor de vervulling van de doelstellingen als omschreven in artikel 1 van het VN-Handvest. Uit het bovenstaande en het nog volgende blijkt dat in deze zaak geen sprake is van een dergelijke noodzaak. De Verenigde Naties zijn op geen enkele wijze gehinderd om hun taken uit te voeren, vanwege het feit dat door een onafhankelijke rechter het gewraakte optreden van de Verenigde Naties zou worden getoetst. De Stichting c.s. wijst ook in dit verband op Section 29 van de Convention, op grond waarvan het voorzienbaar was dat het handelen van de VN zou worden getoetst. Het beroep van de Nederlandse Staat op de immuniteit van de VN dient slechts politieke doeleinden. Het beroep op immuniteit houdt in de motivering van de rechtbank geen verband met de vervulling van de doelstellingen, zoals artikel 105 lid 1 van het VN-Handvest voorschrijft. Ook de rechten van individuen die zijn bedoeld in artikel 1 van het VN-Handvest zijn niet met het beroep op immuniteit gediend. Overigens bleek reeds uit het bovenstaande dat indien er sprake mocht zijn van een functionele noodzaak voor

immunititeit, bij eventuele strijdigheid tussen die noodzaak en de doelstellingen, de immunititeit dient te wijken voor de doelstellingen van de Verenigde Naties.

79. Artikel 105 lid 3 VN-Handvest bepaalt dat de Algemene Vergadering van de VN voorstellen kan doen om de details over de toepassing van artikel 105 lid 1 en 2 VN-Handvest in te vullen. Dat betekent uiteraard niet dat een dergelijke nadere invulling de regel van artikel 105 lid 1 VN-Handvest opzij kan zetten. Door de Algemene Vergadering van de VN is in 1946 de Convention on the Privileges and Immunities of the UN in het leven geroepen. Uit die Convention volgt dat indien aan de VN immunititeit toekomt, de VN van die immunititeit afstand kunnen doen. Artikel II sectie 2 van deze Convention luidt:

*'The United Nations (...) shall enjoy immunity from every form of legal process except insofar as in any particular case it has expressly waived its immunity.'*

80. De Convention is gebaseerd op het VN-Handvest en is daaraan van ondergeschikte orde. Dat blijkt uit de preambule bij de Convention. Daarin worden de artikelen 104 en 105 VN-Handvest weergegeven. De preambule vervolgt:

*'Consequently the General Assembly by a Resolution adopted on the 13 February 1946, approved the following Convention and proposed for accession by each Member of the United Nations.'*

Nu de Convention is gebaseerd op de artikelen 104 en 105 VN-Handvest, kan de Convention niet verder gaan dan het hoger gerangschikte VN-Handvest. Het primaat van het VN-Handvest wordt met zoveel woorden bevestigd door artikel 103 VN-Handvest:

*'In geval van strijdigheid tussen de verplichtingen van de Leden van de Verenigde Naties krachtens dit Handvest en hun verplichtingen krachtens andere internationale overeenkomsten, hebben hun verplichtingen krachtens dit Handvest voorrang.'*

De uitleg van de immunititeit aan de hand van de Convention door de rechtbank is onjuist. De rechtbank had de reikwijdte van de immunititeit moeten bepalen aan de hand van het VN-Handvest.

## Verplichting om afstand te doen van immuniteit

81. In eerste aanleg heeft de Stichting c.s. al in de inleidende dagvaarding betoogd dat in de onderhavige zaak het doen van afstand niet aan de orde is, nu zoals is gebleken aan de VN geen immuniteit toekomt vanwege artikel 105 VN-Handvest (zie nummer 449 van de dagvaarding). Voor zover in deze procedure wel een functionele noodzaak tot immuniteit mocht bestaan, betoogt de Stichting c.s. - subsidiair - dat de VN daar afstand van hadden moeten doen. Het volgende dient ter toelichting.
82. In de Convention komt tot uitdrukking dat de immuniteit van de VN beperkt dient te blijven tot gevallen waar een functionele noodzaak daartoe bestaat. Section 14 van de Convention bepaalt:
- 'Privileges and immunities are accorded to the representatives of Members not for the personal benefit of the individuals themselves, but in order to safeguard the independent exercise of their functions in connection with the United Nations. Consequently a Member not only has the right but is under a duty to waive the immunity of its representative in any case where in the opinion of the Member the immunity would impede the course of justice, and it can be waived without prejudice to the purpose for which the immunity is accorded.'*
83. Een soortgelijke bepaling is opgenomen onder Section 20, voor de 'Officials' van de Verenigde Naties en in Section 23 voor 'Experts on missions'. Hoewel een dergelijke bepaling niet ten aanzien van de Verenigde Naties zelf is geformuleerd, dient ook ten aanzien van de Verenigde Naties zelf te gelden dat de immuniteit niet mag dienen ter voorkoming van schadeclaims, maar dat de 'course of justice' dient te prevaleren. Daarbij dient andermaal te worden benadrukt dat het hier gaat om de zwaarst mogelijke schendingen van mensenrechten. Ook Frowein komt in het hierboven aangehaalde artikel tot de conclusie dat in dit soort gevallen de VN verplicht zijn om afstand te doen van eventuele immuniteit (zie nummer 74 van deze memorie).  
Waar de VN ten onrechte hun verplichting niet zijn nagekomen om afstand te doen van immuniteit, mag de rechter dat beroep op immuniteit niet honoreren.

## Betekenis Section 29 Convention

84. De rechtbank is ingegaan op Section 2 van de Convention. Waar het al wonderlijk was dat de rechtbank Section 14, 20 en 23 niet bij haar oordeel heeft betrokken, is het volstrekt onbegrijpelijk dat de rechtbank feitelijk voorbij gaat aan Section 29 van de Convention, onder het hoofdstuk *'Settlement of disputes'*. Section 29 luidt:

*'The United Nations shall make provisions for appropriate modes of settlement of:*

*(a) disputes arising out of contracts of a private law character to which the United Nations is a party; (...)'*

Uit het bovenstaande vloeit voort dat al in 1946 rekening werd gehouden met de mogelijkheid dat de Verenigde Naties worden betrokken in een civielrechtelijk geschil en dat gewaarborgd diende te worden dat voor een dergelijk geschil een rechtsingang zou bestaan. Daarmee staat ook vast dat het oordeel van de rechtbank dat een absolute immuniteit van de Verenigde Naties zou bestaan, onverenigbaar is met de Convention. Het feit dat de Verenigde Naties hebben verzuimd een rechtsingang in het leven te roepen, brengt niet met zich mee dat de Verenigde Naties onaantastbaar zijn. Dat had des te meer reden moeten zijn voor de rechtbank om bevoegdheid aan te nemen. De Stichting c.s. zal hier nog op terugkomen in het kader van de bespreking van het oordeel van de rechtbank omtrent het recht op toegang tot de rechter op grond van artikel 6 EVRM en 14 IVBPR. Met betrekking tot die artikelen heeft de rechtbank Section 29 onbegrijpelijkerwijs onbesproken gelaten.

## Uitleg conform Weens Verdragenverdrag

85. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat voor de beoordeling van immuniteitsnormen het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht (Trb. 1977, nr. 169), hierna te noemen het *'Weens Verdragenverdrag'*, in acht moet worden genomen (zie rechtsoverweging 5.11). In het vonnis komt echter niet tot uitdrukking dat de rechtbank het Weens Verdragenverdrag

ook daadwerkelijk heeft getoetst en aan haar oordeel ten grondslag heeft gelegd. Het vonnis lijdt in dat verband aan een motiveringsgebrek. Indien de rechtbank het Weens Verdragenverdrag zou hebben getoetst, had zij tot een ander oordeel moeten komen. Het volgende dient ter toelichting.

86. Artikel 31 lid 1 van het Weens Verdragenverdrag luidt:

*‘Een verdrag moet te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag.’*

Artikel 32 van het Weens Verdragenverdrag luidt:

*‘Er kan een beroep worden gedaan op aanvullende middelen van uitlegging en in het bijzonder op de voorbereidende werkzaamheden en de omstandigheden waaronder het verdrag is gesloten, om de betekenis die voortvloeit uit de toepassing van artikel 31 te bevestigen of de betekenis te bepalen indien de uitlegging geschied overeenkomstig artikel 31:*

*a) de betekenis dubbelzinnig of duister laat; of*

*b) leidt tot een resultaat dat duidelijk ongerijmd of onredelijk is.’*

Het ontgaat de Stichting c.s. waarom de rechtbank bij haar uitleg van artikel 105 VN-Handvest niet tenminste tot een bespreking komt van de vraag of het resultaat van die uitleg niet leidt tot een resultaat dat onredelijk of ongerijmd is. Immers, de slachtoffers van een genocide (die plaatsvond onder de ogen van de Verenigde Naties, terwijl de Verenigde Naties bescherming hadden toegezegd) wordt iedere rechtsingang geweigerd. Zulks terwijl Section 29 van de Convention, waar de rechtbank haar oordeel op baseert, een rechtsingang garandeert. De woorden ‘onredelijk’ en ‘ongerijmd’ zijn zelfs bepaald eufemistisch voor de situatie waarin de rechtbank de slachtoffers van deze genocide heeft geplaatst. Die constatering dient er toe te leiden dat op aanvullende middelen van uitlegging acht moet worden geslagen. In dit verband zijn daarbij met name van belang de doeleinden waarvoor de VN in het leven is geroepen, waaronder de bescherming van mensenrechten, inbegrepen het recht op toegang tot de rechter. Verder zijn voor de uitlegging van belang de omstandigheden waaronder het verdrag is gesloten. Een van de

peilers bij de oprichting was de universele wens en noodzaak om genocide in de toekomst te voorkomen. Waar geconstateerd dient te worden dat het toekennen van immuniteit strijdig is met de verwezenlijking van de doeleinden en leidt tot het frustreren van fundamentele mensenrechten, dient artikel 105 lid 1 VN-Handvest niet te worden uitgelegd als de rechtbank heeft gedaan.

87. Ook in de buitenlandse literatuur komt het beginsel naar voren dat de medaille van immuniteit van een internationale organisatie een onvermijdbare andere kant heeft, te weten de verplichting van de internationale organisatie om voor een eigen onafhankelijke rechtsingang te zorgen (zie bijvoorbeeld K. Odendahl, in haar artikel (over de bespreking van het arrest van 25 januari 2005 van het Franse Cour de Cassation in de zaak Degboe/Afrikaanse Ontwikkelingsbank) *Immunität Internationaler Organisationen bei Dienstrechtsstreitigkeiten*, IPRax 2007, p. 339 - 342, meer in het bijzonder p. 340 rechter kolom):

*‘Seitens der herrschenden Ansicht in Literatur und Rechtsprechung wird daher mittlerweile die These vertreten, dass internationale Organisationen nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet sind, eigene unabhängige Überprüfungsinstanzen zu schaffen, die als Gerichte verbindlich über Dienstrechtsstreitigkeiten entscheiden. Begründet wird die Pflicht damit, dass eine internationale Organisation trotz der Befreiung von der innerstaatlichen Gerichtsbarkeit weiterhin an das Recht, insbesondere auch an die rechtsstaatlichen und menschenrechtlichen Verpflichtungen ihrer Mitgliedstaaten, gebunden bleibe. Die Pflicht, einen organisationsinternen Rechtsweg für Streitigkeiten mit Dritten zu schaffen, sei die Kehrseite der Immunität.’*

Ook hieruit volgt dat de immuniteit van de Verenigde Naties slechts zou moeten bestaan, voor zover een eigen rechtsingang wordt geboden. Waar die ontbreekt dient de nationale rechter zich bevoegd te achten.

88. De rechtbank heeft met haar oordeel artikel 31 en 32 van het Weens Verdragenverdrag geschonden. De Convention schrijft onder Section 29 een rechtsingang voor, welke niet is geëffectueerd. Toepassing van Section 2 zonder inachtneming van Section 29 leidt tot een duidelijk ongerijmd en onredelijk resultaat.

## Advisory Opinion IGH

89. De rechtbank concludeert onder rechtsoverweging 5.13 dat absolute immuniteit de norm voor de Verenigde Naties zou zijn. Uit het bovenstaande bleek reeds de onjuistheid van dat oordeel.

Daarbij komt dat uit de rechtspraak van het Internationaal Gerechtshof (hierna: 'IGH') blijkt dat wel degelijk een belangenafweging dient plaats te vinden. Een belangenafweging is onverenigbaar met het door de rechtbank aangenomen absolute karakter van de immuniteit van de VN. Van belang is daarbij de nader te bespreken Advisory Opinion van het IGH.

90. Het IGH heeft in 1999 een zogenaamde Advisory Opinion gegeven (IGH 29 april 1999, *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, I.C.J. Reports 1999, p. 62 e.v., verder: 'de Advisory Opinion'). Deze had betrekking op de immuniteit van internationale organisaties in het algemeen en de VN in het bijzonder. Ook de Nederlandse Staat heeft onder punt 3.2.7 van haar incidentele conclusie in eerste aanleg verwezen naar de Advisory Opinion. De Nederlandse Staat stelde aan de hand van dit advies van het IGH dat indien een procedure aanhangig wordt gemaakt tegen de VN, het betreffende land waar de procedure zich afspeelt, verplicht zou zijn de rechter te informeren over het standpunt van de Secretaris-Generaal van de VN over de immuniteit. De rechter zou alsdan gehouden zijn het standpunt van de Secretaris-Generaal van de VN te volgen, tenzij er een dwingende reden bestaat die immuniteit niet te erkennen. Een dergelijk dwingende reden zou volgens de Nederlandse Staat alleen dan bestaan indien de VN uitdrukkelijk afstand hebben gedaan van de immuniteit.

91. Het advies van het IGH in de hiervoor genoemde kwestie had om te beginnen betrekking op een essentieel ander feitencomplex. Het betrof een geschil tegen de Speciaal Rapporteur voor de VN-commissie voor de Rechten van de Mens inzake de onafhankelijkheid van rechters en advocaten in Maleisië. Het betrof dus niet een procedure tegen de VN zelf en ook de ernst van de zaak was van een heel andere orde dan genocide. Nadat deze VN-rapporteur zich in een interview met een krant in negatieve zin had uitgelaten over hetgeen voorwerp was van zijn onderzoek, werd hij in Maleisië bestookt met schadeclaims in gerechtelijke procedures. Er werd daarmee overduidelijk gepoogd om de oordeelsvorming

van de VN-rapporteur te beïnvloeden, door hem - lopende het onderzoek - onder druk te zetten met juridische procedures. Section 22 van de Convention voorziet in de mogelijkheid dat de Secretaris-Generaal een aanwijzing geeft over de vraag of een medewerker van de VN binnen zijn taakuitoefening heeft gehandeld, in welk geval hem functionele immuniteit toekomt. De Secretaris-Generaal van de VN concludeerde dat de VN-rapporteur bij zijn uitlatingen binnen de reikwijdte van zijn opdracht was gebleven zodat hem functionele immuniteit toekwam.

Volgens het IGH diende Maleisië de immuniteitskwesitie aan het begin van de rechtszaken onder de aandacht van de rechter te brengen.

92. De bevoegdheid tot het geven van een aanwijzing van de Secretaris-Generaal heeft betrekking op de vraag of er sprake is van taakuitoefening en niet op de vraag of immuniteit dient te worden toegekend (zie nummer 60 van de Advisory Opinion). De reikwijdte van immuniteit wordt duidelijk onder nummer 61 van de Advisory Opinion:

*'When national courts are seised of a case in which the immunity of a United Nations agent is in issue, they should immediately be notified of any finding by the Secretary-General concerning that immunity. That finding, and its documentary expression, creates a presumption which can only be set aside for the most compelling reasons and is thus to be given the greatest weight by national courts.'*

Deze overweging betreft 'experts' waarvoor in de Convention onder artikel 23 is vastgelegd dat de Secretaris-Generaal alleen afstand mag doen van immuniteit als naar zijn mening de rechtsgang zou worden belemmerd. Er is derhalve in dergelijke gevallen een wettelijke basis voor een advies van de Secretaris-Generaal, waar bovendien van kan worden afgeweken. Door het IGH is niet geoordeeld dat alleen de afstand van immuniteit door de VN een dergelijk dwingende reden zou opleveren op grond waarvan kan worden afgeweken van het uitgangspunt van immuniteit. Er is dus volgens het IGH wel degelijk een mogelijkheid om van de immuniteit af te wijken, namelijk '*for the most compelling reasons*'. Die constatering brengt met zich mee dat het oordeel van de rechtbank dat de immuniteit van de Verenigde Naties absoluut zou zijn onjuist is. Er kan geen twijfel over bestaan dat betrokkenheid bij genocide als de '*most compelling reason*' geldt. Ergere schendingen van mensenrechten bestaan immers niet. Reeds om die reden dient in deze zaak geen immuniteit te gelden.



93. Verder merkt de Stichting c.s. nog op dat het IGH in de Advisory Opinion nadrukkelijk in gaat op de vraag of in dit specifieke geval de uitlatingen van de VN-rapporteur waren gedaan in de uitoefening en binnen de reikwijdte van de hem opgedragen taak, in welk geval immuniteit kan worden toegekend (zie nummer 47 e.v. van de Advisory Opinion). De Advisory Opinion is een bevestiging door het IGH dat bij internationale organisaties in het algemeen, en in het bijzonder de VN, sprake is van een functionele (en geen absolute) immuniteit.
94. Het onderhavige geval is gelet op de bij de inleidende dagvaarding beschreven feiten (onder de nummers 6 tot en met 287) van een geheel andere orde dan de casus die door het IGH werd besproken in zijn Advisory Opinion. Zo is van beïnvloeding van de VN, waartegen de functionele immuniteit van de VN nu juist bescherming biedt, geen sprake. De missie om de zich in de *Safe Area Srebrenica* bevindende burgerbevolking te beschermen is immers ruim veertien jaar geleden geëindigd. Daarnaast is (mede)verantwoordelijkheid voor genocide onvergelijkbaar met een schadeclaim als gevolg van mogelijk lasterlijke uitlatingen door een VN-rapporteur. Ook in de literatuur (zie Kooijmans t.a.p. pagina 171-172) aangehaalde voorbeelden van functionele noodzaak voor immuniteit zijn van een fundamenteel andere orde dan de onderhavige zaak.
95. De tussenconclusie die hier dient te worden getrokken is dat de immuniteit van de Verenigde Naties niet absoluut is, maar beperkt blijft tot de gevallen waarin een functionele noodzaak tot immuniteit bestaat. Die functionele noodzaak is in deze zaak niet aanwezig. Het volgende dient ter toelichting.

#### **Geen noodzaak voor immuniteit**

96. De ontvankelijkheid van de tegen de VN ingestelde vordering brengt geen beïnvloeding of bemoeilijking van de taakuitoefening van de VN met zich mee. Zoals in de dagvaarding uitvoerig aan de orde is gesteld, hebben de VN in hun rapport omtrent Srebrenica zelf geoordeeld dat zij tal van fouten hebben gemaakt. Het gaat in deze procedure om de vraag wat de gevolgen zijn van die fouten. Het functioneren van de VN op zich staat niet ter discussie, maar de vraag of de VN tegen iedere vorm van onrechtmatig handelen zou worden beschermd door de regel van immuniteit. Zoals hieronder nog uitvoerig aan de orde zal komen in het kader van de belangenafweging, dient in elk geval bij het laten gebeuren van genocide verantwoording te worden afgelegd en kan het niet zo zijn dat zulks wordt

verhinderd door het toekennen van absolute immuniteit. Dat geldt te meer voor een organisatie die zich - onder meer - ten doel heeft gesteld om genocide te voorkomen en zich permanent inzet voor mensenrechten. Deze organisatie heeft het kennelijk tot haar beleid gemaakt om niet eens te verschijnen in een procedure om zelf een beroep te doen op immuniteit.

De Nederlandse Staat heeft met zijn incidentele vordering tot onbevoegdverklaring getracht deze meest eclatante schending van mensenrechten toe te dekken onder de mantel van immuniteit. Dat de rechtbank die vordering heeft toegewezen is onacceptabel.

97. De Stichting c.s. roept in herinnering dat de genocide veertien jaar geleden is gepleegd en de VN beweren hun lessen uit dit drama te hebben getrokken. In de zaak van de VN-rapporteur ging het om de vraag of de rapporteur ongeoorloofde uitlatingen in de media had gedaan. Zelfs in dat veel minder zwaarwegende geval werd door het Internationaal Gerechtshof erkend, dat er uitzonderingen mogelijk zijn om geen immuniteit aan de VN toe te kennen. In het onderhavige geval dienen de volgende feiten als uitgangspunten:
- vast staat dat de VN de mensen in de *Safe Area* moest beschermen, ter voorkoming van schendingen van mensenrechten
  - vast staat dat de VN de burgers heeft ontwapend
  - vast staat dat de VN geen weerstand heeft geboden tegen de oprukkende Serven
  - vast staat dat niet is ingegrepen toen hulpkonvooien werden tegengehouden
  - vast staat dat massale schendingen van mensenrechten hebben plaatsgevonden
  - vast staat dat de wapens door Dutchbat niet werden teruggegeven toen de bevolking zich wilde verzetten tegen de oprukkende Serven, onder de mededeling van Dutchbat dat zij voor bescherming zou zorgdragen
  - vast staat dat de VN geen luchtsteun heeft gegeven
  - vast staat dat de VN meegewerkt heeft aan de deportatie van de slachtoffers
  - vast staat dat genocide is gepleegd.

Het stond de VN onder deze omstandigheden niet vrij een (indirect) beroep op immuniteit te doen. De VN hadden in plaats daarvan afstand moeten doen van immuniteit. Wat daar ook van zij, in het licht van deze feiten dient aan het beroep op immuniteit voorbij te worden gegaan en dienen de rechten van de Stichting c.s. te prevaleren. Een onafhankelijke gerechtelijke toetsing van de vordering van de Stichting c.s. dient plaats te vinden.

### Kritiek op de volkenrechtelijke praktijk als maatstaf

98. De rechtbank heeft onder rechtsoverweging 5.13 geoordeeld dat in de volkenrechtelijke praktijk absolute immuniteit van de Verenigde Naties de norm, welke norm wordt gerespecteerd.
- Het oordeel gaat ten onrechte voorbij aan het feit dat de Verenigde Naties nooit eerder zijn aangesproken op grond van het in de dagvaarding beschreven feitencomplex, waaronder de betrokkenheid bij genocide en overige zeer ernstige schendingen van mensenrechten. Er bestond tot 1995 (gelukkig) geen volkenrechtelijke praktijk op dit gebied en er is voor dit soort bijzondere gevallen geen rechtspraak.
99. Daarnaast dient de vraag aan de orde te worden gesteld of de praktijk de norm zou dienen te zijn in de onderhavige casus. De praktijk kan een rechtsbron zijn, maar mag nooit misbruikt worden als een excuus om onrechtmatig handelen te legitimeren. Niet de praktijk maar het recht dient te prevaleren.
100. Zelfs indien de rechtbank had mogen oordelen dat de volkenrechtelijke praktijk een absolute immuniteit voor de Verenigde Naties met zich mee zou brengen, dan had de rechtbank dienen te toetsen of het resultaat in het onderhavige geval rechtvaardig was. Zoals blijkt uit de feiten die in de inleidende dagvaarding aan de orde zijn gesteld, betreft het immers een uitzonderlijk geval. Voor zover enige zaak al kan worden afgedaan door te verwijzen naar algemene regels, had de rechtbank dat in het onderhavige geval niet mogen doen. Er dient immers altijd een concrete toetsing plaats te vinden. Na het bestreden vonnis van de rechtbank is internationaal discussie ontstaan die er toe strekt dat voor zover reeds een absolute immuniteit voor de Verenigde Naties zou bestaan, de volkenrechtelijke praktijk gebaat zou zijn bij een andere uitkomst dan die door de rechtbank is gegeven. Ook in Nederland is tegen het vonnis van de rechtbank zware kritiek geuit (zie bijvoorbeeld C.M. Schrijnen, Immuniteit van de VN, NJB, 2008, p. 1801-1802).
101. De slotsom van het bovenstaande is dat de immuniteit van de VN niet absoluut is. De rechtbank had moeten toetsen of in de onderhavige zaak een functionele noodzaak tot immuniteit bestond. In het geval van genocide is geen ruimte voor een functionele noodzaak tot immuniteit van de VN. Verder dient een belangenafweging plaats te vinden. Genocide geldt als *the most compelling reason*, zodat geen immuniteit dient te worden toegekend.

Verder heeft de rechtbank verzuimd om te toetsen aan het Weens Verdragenverdrag, welke toets tot de conclusie had moeten leiden dat toekenning van immuniteit in dit geval leidt tot een duidelijk ongerijmd en onredelijk resultaat. Bovendien heeft de rechtbank ten onrechte verzuimd het oordeel van het CAVV in haar oordeel te betrekken.

Tenslotte heeft de rechtbank zich gebaseerd op een niet bestaande volkenrechtelijke praktijk, terwijl de praktijk niet zou moeten gelden als absolute maatstaf.

## Grief 8

102. Ten onrechte heeft de rechtbank onder rechtsoverweging 5.14 overwogen dat:

*‘De rechtbank verwerpt het betoog van de Stichting c.s. dat de immuniteit van de VN, blijkens de beperkende bijzin “die noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van haar doelstellingen” in artikel 105 lid 1 van het VN-Handvest, slechts bestaat in die gevallen waarin een geadieerde nationale rechter - in dit geval dus die in Nederland - de aan de VN verweten gedragingen ook werkelijk als noodzakelijk bestempelt. Mede gelet op de uitwerking die de norm van artikel 105 lid 1 VN-Handvest heeft gekregen in de Convention, staat het een nationale rechter in beginsel niet vrij een eigen oordeel te geven over de “noodzakelijkheid” van VN-optreden binnen het in 5.12 beschreven functionele kader. Een inhoudelijke, ‘volle’ toetsing is ook strijdig met de ratio van de volkenrechtelijk verankerde immuniteit van de VN. De rechtbank onderschrijft de stelling van de Staat dat nationale rechters mede daarom het optreden van VN-organen bij missies zoals die in Bosnië-Herzegovina met grote behoedzaamheid en terughoudendheid dienen te beoordelen. Het is alleszins aannemelijk dat een verdergaande toetsing grote gevolgen heeft voor de besluitvorming van de Veiligheidsraad over dergelijke vredesmissies.’*

## Toelichting grief 8

103. Rechtsoverweging 5.14 borduurt voort op rechtsoverweging 5.12 van de rechtbank. In de grief die naar aanleiding van rechtsoverweging 5.12 is geformuleerd, kwam reeds aan de orde dat de toetsingsmaatstaf dient te zijn of de opgeëiste immuniteit noodzakelijk is voor de vervulling van de doelstellingen als omschreven in artikel 1 van het VN-Handvest. De

Verenigde Naties werden op geen enkele wijze gehinderd om hun taken uit te voeren, vanwege het feit dat een onafhankelijke rechter het gewraakte optreden van de Verenigde Naties achteraf toetst. De Stichting c.s. wijst ook in dit kader op Section 29 van de Convention, welk artikel een rechtsingang voorschrijft.

Daaruit vloeit voort dat het voorzienbaar was en niet in strijd met de rechtszekerheid is dat het handelen van de VN wordt getoetst door een onafhankelijke instantie.

104. De rechtbank oordeelt ten onrechte dat de Stichting c.s. zou betogen dat de geadieerde rechter zou dienen te toetsen of het gewraakte handelen werkelijk noodzakelijk zou zijn. Dat heeft de Stichting niet betoogd (waarmee het uitgangspunt van de rechtbank onjuist is) en dat is ook niet de stand van het recht. De Stichting c.s. betoogt dat immuniteit bestaat voor zover daarvoor een functionele noodzaak bestaat. Niet het handelen zelf maar de immuniteit voor dat handelen moet noodzakelijk zijn. De rechtsgrond voor een dergelijke toets volgt uit de artikelen 1 en 105 lid 1 VN-Handvest. Niet de noodzakelijkheid van het optreden maar de noodzakelijkheid van immuniteit had aan de orde moeten zijn.
105. De rechtbank verwijst onder rechtsoverweging 5.14 verder nog naar de uitwerking van artikel 105 lid 1 VN-Handvest, naar de Convention en de ratio van de volkenrechtelijk verankerde immuniteit van de Verenigde Naties. In het bovenstaande kwam reeds aan de orde dat de Convention ondergeschikt is aan het VN-Handvest. Dat is immers expliciet bepaald in artikel 103 VN-Handvest. Waar de rechtbank constateert dat artikel 105 lid 1 VN-Handvest op gespannen voet staat met de Convention, had het op de weg van de rechtbank gelegen om aan de hand van artikel 103 VN-Handvest hetgeen in artikel 105 VN-Handvest is bepaald te laten prevaleren. Ook blijft in de redenering van de rechtbank onduidelijk waarom aan de (door de rechtbank overigens onjuist geschetste) volkenrechtelijke praktijk en de Convention meer gewicht dient te worden toegekend dan aan de expliciete doelstellingen van de Verenigde Naties, als geformuleerd in artikel 1 VN-Handvest. Daarboven geldt dat de Convention onder Section 29 voorziet in de mogelijkheid om een vordering tegen de Verenigde Naties in te stellen. In het systeem van het volkenrecht is derhalve wel een onafhankelijke toets ingebouwd om het handelen van de Verenigde Naties te beoordelen. De nationale rechter krijgt in dit geval een rol omdat de Verenigde Naties hun uitdrukkelijke volkenrechtelijke verplichting om een rechtsgang in het leven te roepen al ruim 60 jaar niet nakomen. Ook het Hof van Justitie heeft - zoals onder grief 14 nader aan de orde zal komen - bepaald dat de rechter steeds de grondrechten in acht dient te

nemen en dat er geen sprake is van voorrang van regels van de VN (HvJ EG, d.d. 3 september 2008, zaak C-415/05 P, Al Barakaat International Foundation tegen Raad van de Europese Unie en Commissie van de Europese Gemeenschappen).

Dat brengt mee dat de rechtbank de gestelde immuniteit volledig kon en moest toetsen aan de fundamentele mensenrechten.

106. De rechtbank overweegt onder rechtsoverweging 5.14 dat een inhoudelijke, ‘volle’ toetsing (in het licht van artikel 105 lid 1 VN-Handvest) strijdig zou zijn met de ratio van de volkenrechtelijke verankerde immuniteit. Die overweging strookt niet met de zojuist aangehaalde uitspraak van het Hof van Justitie. De Stichting c.s. stelt zich op het standpunt dat zij het recht op functionele immuniteit als beginsel erkent. Onderdeel van het volkenrecht is dat deze immuniteit wordt begrensd door de noodzakelijkheid van immuniteit bij de uitoefening van de taken van de Verenigde Naties. De immuniteit is ondergeschikt aan de doelstellingen van de VN. Genoemd werd reeds het recht op toegang tot de rechter als mensenrecht, welk recht voortvloeit uit artikel 6 EVRM. De Stichting c.s. komt daarop in een afzonderlijke grief nog terug (grief 14).
107. De rechtbank onderschrijft voorts de stelling van de Nederlandse Staat dat de rechtbank het optreden van VN-organen bij missies zoals die in Bosnië-Herzegovina met grote behoedzaamheid en terughoudendheid dient te beoordelen. Nog afgezien van de vraag of dat een juiste maatstaf is voor de beoordeling van het handelen van de Verenigde Naties, laat de rechtbank na om met inachtneming van deze kaders een oordeel te geven. De rechtbank geeft over de betreffende missie helemaal geen oordeel, al dan niet behoedzaam en/of terughoudend. Wel oordeelt de rechtbank dat zij over dergelijke missies hoe dan ook geen oordeel mag geven. De motivering van de rechtbank is daarmee tegenstrijdig aan haar beslissing.
108. Ten slotte overweegt de rechtbank onder rechtsoverweging 5.14 dat het alleszins aannemelijk is dat een verdergaande toetsing grote gevolgen heeft voor de besluitvorming van de Veiligheidsraad over dergelijke vredesmissies. De rechtbank hecht aan deze constatering kennelijk grote waarde, zonder deze overweging te onderbouwen. De overweging is daarom onvoldoende gemotiveerd. Daarnaast maakt de Stichting c.s. de volgende drie opmerkingen bij de overweging van de rechtbank.

109. In de eerste plaats merkt de Stichting c.s. op dat dit geen juridische maar een politieke overweging is. Het is kennelijk politiek onwenselijk indien de Verenigde Naties voor het oog van de wereld in Nederland voor de rechter dienen te verschijnen. Het heeft er de schijn van dat het gehele vonnis van de rechtbank uiteindelijk op dat politieke doel is gericht.

De Stichting c.s. kunnen zich tegen een dergelijk politiek oordeel niet verweren en merken op dat het recht dient voort te vloeien uit rechtsbronnen en niet uit een politiek motief. In de tweede plaats merkt de Stichting c.s. op dat het verweten handelen niet betreft de besluitvorming in de Veiligheidsraad. Het betreft de uitvoering van die besluiten waarbij - ook in de ogen van de Verenigde Naties zelf - ernstige fouten zijn gemaakt. Die fouten hebben de zwaarst mogelijke gevolgen gehad voor diegenen die de Veiligheidsraad beoogde te beschermen. Het gevolg was de eerste genocide op Europees grondgebied sinds de Tweede Wereldoorlog. In de derde plaats is het de vraag of de stelling dat het aannemen van bevoegdheid van de nationale rechter grote gevolgen heeft voor de besluitvorming van de Veiligheidsraad, wel een juist uitgangspunt is. Als het plaatsvinden van de genocide in de *Safe Area Srebrenica* nog niet deze grote gevolgen heeft gehad, dan is het des te meer noodzakelijk daar verandering in te brengen. De VN en de Nederlandse Staat stellen in de door hen gefinancierde onderzoeken (VN-rapport en NIOD-rapport) dat zij hebben geleerd van hun fouten. De Stichting c.s. herhaalt dat het hier niet gaat om de besluiten zelf, maar om de uitvoering daarvan. Het is onaanvaardbaar dat de Verenigde Naties als enige organisatie in de wereld in geen enkel geval van onrechtmatig handelen, daaronder medebegrepen het laten gebeuren van genocide, aan rechtelijke toetsing zijn onderworpen. Ten slotte merkt de Stichting c.s. nogmaals op dat Section 29 van de Convention voorziet in een toets door een onafhankelijke instantie. De door de rechtbank klaarblijkelijk zo onwenselijk veronderstelde beïnvloeding is dus al voorzien in de Convention. De Stichting c.s. doet slechts een beroep op wat volkenrechtelijk al is verplicht.

## Grief 9

110. De rechtbank oordeelt onder rechtsoverweging 5.15 ten onrechte dat:

*‘Ook de beschikbare, doch schaarse, jurisprudentie over de reikwijdte van de norm van artikel 105 lid 1 van het VN-Handvest geeft geen grond voor de conclusie dat de nationale rechter, indien en voor zover hij al over toetsingsruimte beschikt, daarin anders dan uiterst terughoudend kan optreden.*

*In zijn advisory opinion van 29 april 1999 inzake immuniteit van een VN-medewerker heeft het Internationaal Gerechtshof geoordeeld dat mogelijk onrechtmatig handelen door de VN niet ter beoordeling staat van nationale rechters, maar dient plaats te vinden in het kader van specifieke geschillenbeslechting, zoals voorzien in artikel VIII, § 29 van de Convention (Difference Relating the Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. 1999, p. 62, § 66). Er is geen rechtsgrond voor de stelling dat het ontbreken van een adequate voorziening in de zin van artikel VIII, § 29, een inbreuk rechtvaardigt op de hoofdregel van artikel 105 lid 1 van het VN-Handvest, nog daargelaten (1) of daarvan in deze zaak sprake is en (2) welke toetsingsruimte de rechtbank hierbij zou kunnen toekomen.’*

#### **Toelichting grief 9**

111. In rechtsoverweging 5.15 beoogt de rechtbank de beschikbare jurisprudentie over de reikwijdte van artikel 105 lid 1 VN-Handvest te bespreken. De rechtbank heeft daarbij echter de belangrijkste relevante zaak niet besproken. In de bespreking van de meergenoemde Advisory Opinion van het IGH is de rechtbank voorbij gegaan aan de essentie van die uitspraak. Een en ander zal in de toelichting op deze grief nader worden verduidelijkt. Ook zal de Stichting c.s. ingaan op andere relevante jurisprudentie en het advies van het CAVV.
  
112. Zoals gezegd bevreemdt het de Stichting c.s. dat de rechtbank heeft nagelaten de hierboven reeds aangehaalde zaak Manderlier te bespreken. Dat is de enige zaak die betrekking heeft op de immuniteit van de VN. De zaak Manderlier is hierboven uitvoerig besproken en brengt mee dat inmiddels de rechter bevoegd is om kennis te nemen van een vordering tegen de Verenigde Naties. Daarenboven geven de feiten in de onderhavige casus veel meer dan in de zaak Manderlier aanleiding om die bevoegdheid aan te nemen.



113. De rechtbank concludeert onder rechtsoverweging 5.15 aan de hand van de Advisory Opinion van het IGH dat zij uiterst terughoudend dient op te treden. Dat is geen juiste gevolgtrekking aan de hand van de Advisory Opinion.

Zelfs als die gevolgtrekking juist zou zijn, dan geldt nog steeds dat uiterst terughoudend toetsen iets geheel anders is dan geen toets. De rechtbank heeft derhalve ten onrechte niet getoetst en een absolute immuniteit aangenomen.

114. De door de rechtbank aangehaalde rechtsoverweging 66 van de Advisory Opinion gaat voorbij aan de essentie van die uitspraak. In de betreffende rechtsoverweging verwijst het IGH naar Section 29 van de Convention. Onbetwist is dat in het onderhavige geval geen rechtsgang als bedoeld in Section 29 voor handen is. Het IGH gaat in de Advisory Opinion niet in op de vraag wat rechtens is indien - gelijk in het onderhavige geval - een *mode of settlement* in de zin van Section 29 van de Convention ontbreekt.

115. Verder is het onbegrijpelijk dat de rechtbank de stellingen van de Stichting c.s. omtrent de Advisory Opinion onbesproken heeft gelaten. Zo laat de rechtbank buiten beschouwing dat het IGH oordeelt dat de immuniteit van de VN kan wijken. De reikwijdte van immuniteit wordt duidelijk onder nummer 61 van de Advisory Opinion:

*'When national courts are seised of a case in which the immunity of a United Nations agent is in issue, they should immediately be notified of any finding by the Secretary-General concerning that immunity. That finding, and its documentary expression, creates a presumption which can only be set aside for the most compelling reasons and is thus to be given the greatest weight by national courts.'*

Dit bevestigt dat er een belangenafweging dient plaats te vinden en dat de nationale rechter - anders dan de rechtbank heeft geoordeeld - wel degelijk een bevoegdheid tot toetsing heeft. Nu het IGH in het geval van de zaak tegen Maleisië oordeelde dat reeds in geval van een belediging dwingende redenen kunnen zijn om van de mening van de Secretaris-Generaal (omtrent het functioneren van een medewerker) af te wijken, zal dat zonder meer het geval dienen te zijn bij genocide. Ook geldt in de onderhavige zaak dat de Secretaris-Generaal geen aanwijzingsbevoegdheid heeft en ook geen aanwijzing heeft gegeven.

Terzijde merkt de Stichting c.s. op dat het op de weg van de Verenigde Naties, vertegenwoordigd door de Secretaris-Generaal, had gelegen om afstand te doen van immuniteit (zie nummers 81 tot en met 83).

De Stichting c.s. wijst in dat verband op hetgeen de Secretaris-Generaal in reactie op de dagvaarding op 8 juni 2007 (bij monde van zijn woordvoerder) verklaarde (op de VN-website na te lezen onder het kopje '*Secretary-General fully supports call for justice in Srebrenica massacres*' zie: [www.un.org/News/ossg/hilites/hilites\\_arch\\_view.asp?HighID=857](http://www.un.org/News/ossg/hilites/hilites_arch_view.asp?HighID=857)):

*'Asked about a letter sent by the group Women of Srebrenica, the Spokeswoman said she had just learned that the United Nations had received legal documents relating to the case and that the survivors of the Srebrenica massacres are absolutely right to demand justice for the most heinous crimes committed on European soil since World War II. The Secretary-General joins them in that demand, without reservation, and expresses his deepest sympathies to them and to the relatives of those brutally executed at Srebrenica, almost 12 years ago. (...)*'

Het verschil tussen woord en daad is bepaald opmerkelijk.

116. De rechtbank overweegt verder onder de laatste zin van rechtsoverweging 5.15:

*'Er is geen rechtsgrond voor de stelling dat het ontbreken van een adequate voorziening in de zin van artikel VIII, § 29, een inbreuk rechtvaardigt op de hoofdregel van artikel 105 lid 1 van het VN-Handvest, nog daargelaten (1) of daarvan in deze zaak sprake is en (2) welke toetsingsruimte de rechtbank hierbij zou kunnen toekomen.'*

De rechtbank miskent in de eerste plaats dat het niet gaat om een inbreuk op artikel 105 lid 1 VN-Handvest, maar om een toepassing van dat artikel. Zoals hierboven aan de orde kwam geeft artikel 105 lid 1 slechts een beperkte immuniteit en is een toetsing aan de orde. In de tweede plaats brengt het feit de VN geen rechtsgang in het leven hebben geroepen als bedoeld in Section 29 voldoende rechtsgrond met zich mee om een ingang te bieden tot de nationale rechter. De rechtbank gaat onbegrijpelijk eenvoudig voorbij aan het feit dat de Verenigde Naties reeds 60 jaar hun volkenrechtelijke verplichting niet nakomen. Daarbij dient ook artikel 31 en 32 Weens Verdragenverdrag te worden genoemd, welke artikelen

bepalen dat er ‘uitlegging’ dient plaats te vinden indien toepassing van een bepaald artikel tot een resultaat leidt dat onduidelijk of ongerijmd is. Zoals eerder gezegd heeft de rechtbank geen blijk gegeven van een goed begrip van deze artikelen.

117. De rechtbank is niet in gegaan op de door de Stichting c.s. aangehaalde jurisprudentie met betrekking tot de immuniteit van internationale organisaties. Dat is onbegrijpelijk. De betreffende jurisprudentie rechtvaardigt immers wel degelijk de slotsom dat onder omstandigheden de immuniteit van een internationale organisatie dient te wijken voor de belangen van de eisende partij. De Stichting c.s. zal in gaan op deze jurisprudentie.

#### **Jurisprudentie met betrekking tot de immuniteit van internationale organisaties**

118. De Hoge Raad heeft reeds in 1985 (HR 20 december 1985, NJ 1986, 438 (Spaans/Iran-United States Claims Tribunal) erkend dat indien een alternatieve en effectieve rechtsgang ontbreekt, de immuniteit van de internationale organisatie dient te wijken voor de belangen van de rechtzoekende. In het aangehaalde arrest werd de immuniteit uitsluitend toegekend omdat de desbetreffende internationale organisatie voorzag in een alternatieve en effectieve rechtsgang (zie rechtsoverweging 3.3.6). Onder rechtsoverweging 3.3.2 oordeelde de Hoge Raad met betrekking tot een werknemer van een internationale organisatie tegen zijn werkgever:

*‘De vraag of, en zo ja in welke gevallen aan een internationale organisatie een beroep moet worden toegekend op het privilege van immuniteit van jurisdictie is vooral van belang met het oog op - en speelt in deze procedure uitsluitend in verband met - de rechtsmacht van de rechter van het gastheerland. Beantwoording van deze vraag vergt in beginsel afweging van twee, ieder voor zich zwaarwegende, maar tegenstrijdige belangen: enerzijds het belang dat de internationale organisatie er bij heeft dat onder alle omstandigheden een onafhankelijke en ongehinderde vervulling van haar taken is gewaarborgd; anderzijds het belang dat haar wederpartij er bij heeft dat haar geschil met de internationale organisatie door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie wordt behandeld en beslist.’*

In het aangehaalde arrest werd verder uitdrukkelijk geoordeeld dat het feit dat de verweten gedraging onder de functionele immuniteit valt, niet in de weg staat aan de bovenbedoelde belangenafweging (zie rechtsoverweging 3.3.5).

Zelfs indien de rechtbank mocht oordelen dat de aan de VN verweten gedragingen onder de functionele immuniteit vallen, dient het recht op toegang tot de rechter te worden afgewogen tegen deze immuniteit.

119. Ook in de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, 28 november 2001, NJkort 2002, 1, vindt de Stichting c.s. steun voor haar stellingen. De rechtbank oordeelde dat zij bevoegd was van het geschil kennis te nemen indien een internationale organisatie een beroep doet op haar immuniteit, maar geen alternatieve effectieve rechtsgang ter beschikking staat. In de betreffende zaak ging het over een arbeidsrechtelijk geschil tussen een internationale organisatie (ISNAR) en een werknemer (Baur). Een dergelijk geschil valt (uiteraard) wel binnen de functionele immuniteit. Dat stelde ook de rechtbank vast onder rechtsoverweging 5.3. ISNAR had in de procedure gesteld dat haar *'staff regulations'* in een alternatieve rechtsgang zouden voorzien. Die stelling wordt door de rechtbank verworpen (zie rechtsoverweging 5.10):

*'Baur cs. hebben aangevoerd dat de rechtsgang, vermeld in artikel 16 van de staff regulations, in dit onderhavige geval geen effectieve rechtsgang vormt en onvoldoende bescherming biedt. In het bijzonder wordt gewezen op het ontbreken van informatie over deze rechtsgang c.q. termijnen en op het feit dat aan de "regulations" binnen ISNAR zelf geen implementatie is gegeven: het ISNAR Appeal Committee bestaat niet en de Chairperson daarvan evenmin. Inhoudelijk is ISNAR niet op dit punt ingegaan, maar heeft ermee volstaan te stellen dat dit punt niet van belang is voor de vraag of ISNAR immuniteit toekomt. De rechtbank denkt hier anders over. Immers, een ieder heeft - ook naar internationaal recht - aanspraak op een effectieve rechtsgang in zaken als de onderhavige. Mocht derhalve blijken dat de rechtsgang volgens de staff regulations in dit specifieke geval niet effectief is, dan komt de Nederlandse rechter alsnog een taak toe.'*

120. Uit het begin van rechtsoverweging 5.15 zou kunnen worden afgeleid dat de rechtbank slechts de jurisprudentie over de norm van artikel 105 lid 1 VN-Handvest bespreekt. Uit het vervolg van rechtsoverweging 5.15 blijkt echter dat de rechtbank in bredere zin in gaat op de norm van artikel 105 en ook in gaat op de vraag wat de rechtsgrond zou kunnen zijn voor een inbreuk op artikel 105 lid 1 VN-Handvest. Alvorens nader in te gaan op andere rechtsbronnen dan de jurisprudentie, herhaalt de Stichting c.s. dat zij primair van mening is dat hier geen sprake is van een inbreuk op artikel 105 lid 1 VN-Handvest, maar van een toepassing daarvan.

Als gezegd strekt de immuniteit niet verder dan de functionele noodzaak daartoe en van een dergelijke functionele noodzaak is thans geen sprake, althans die functionele immuniteit dient in het kader van een belangenafweging te wijken.

#### Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV)

121. In de dagvaarding (onder punt 452) heeft de Stichting c.s. reeds gememoreerd dat de door de Nederlandse Staat ingestelde Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken heeft geoordeeld dat bij afwezigheid van een andere rechtsgang, de toegang tot de rechter belangrijker is dan de immuniteit. De CAVV is het belangrijkste adviesorgaan van de Nederlandse Staat op het gebied van volkenrechtelijke vraagstukken. De CAVV schrijft in artikel 4.5.2 van haar rapport nr. 13 dat de nationale rechter:

*'(...) dient over te gaan tot een prima facie onderzoek in het licht van internationale rechtsnormen van de beschikbaarheid van adequate interne rechtsmiddelen die binnen een internationale organisatie ter beschikking staan van de gelaedeerde. Bij negatief resultaat is het wenselijk dat nationale rechtbanken de immuniteit niet toekennen en overgaan tot beslechting van het voorliggende geschil.'*

122. Inmiddels wordt in de meest recente literatuur aangenomen dat de immuniteit van internationale organisaties, zoals de VN, niet (meer) vanzelfsprekend is. Ook aan die literatuur is de rechtbank ten onrechte voorbijgegaan. De Stichting c.s. verwijst naar A. Reinisch, in R. Hofmann e.a., Die Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft, 2007, pagina 43).

123. Ook in de overige literatuur wordt bevestigd dat de Nederlandse rechter dient na te gaan of na vaststelling van de functionele immuniteit een alternatieve en effectieve rechtsgang bestaat voor de rechtzoekende. Indien dat niet het geval is, komt de internationale organisatie geen immuniteit toe (zie Kooijmans, t.a.p., pagina 175). K. Wellens is dezelfde mening toegedaan in zijn publicatie 'Fragmentation of international law and establishing an accountability regime for international organizations: The role of the judiciary in closing the gap' (zie Michigan Journal of International Law, 11 mei 2004). Wellens stelt, mede onder verwijzing naar Ch. Dominicé, dat de toegang tot de rechter zwaarder dient te wegen dan het belang van immuniteit (K. Wellens, aangehaald werk, pagina 18):

*'(...) access should prevail over immunity if no legal remedy is available.'*

Tenslotte wijst de Stichting c.s. op Van der Plas, t.a.p., bladzijde 265:

*'Meer in concreto volgt uit de rechtspraak van het EHRM dat het recht op toegang in de weg staat aan immuniteitsverlening, indien de eiser anders geen effectieve rechtsbescherming zou krijgen. De inperking op artikel 6 lid 1 EVRM zou in zo'n geval disproportioneel zijn, dan wel zou de essentie van het recht van de eiser aantasten.'*

## Grief 10

124. Ten onrechte heeft de rechtbank onder rechtsoverweging 5.16 overwogen dat:

*'Nu de interpretatie van artikel 105 van het VN-Handvest geen basis biedt voor beperking van de immuniteit, rijst de vraag of andere volkenrechtelijke normen - buiten het VN-kader - tot een afwijkend oordeel nopen. Dit onderzoek naar conflicterende normen is noodzakelijk omdat er onvoldoende grondslag is voor het aanvaarden van een volledige en onvoorwaardelijke voorrang van volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat onder het VN-Handvest boven andere volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat. De door de Staat ingeroepen regel van artikel 103 van het VN-Handvest biedt niet steeds en zonder meer uitkomst in geval van daarmee strijdige verplichtingen van dwingende aard (ius cogens) of conflicterende mensenrechtelijke verplichtingen van gewoonterrechtelijke aard.'*

## Toelichting grief 10

125. De eerste zin van rechtsoverweging 5.16 is een samenvatting van eerdere rechtsoverwegingen, waartegen de Stichting c.s. zelfstandige grieven heeft gericht. Met de onjuistheid van eerdere rechtsoverwegingen is ook de onjuistheid gegeven van de eerste zin van rechtsoverweging 5.16. Daarnaast geldt het volgende.

Uit de bovenstaande grieven en de toelichting daarop bleek dat de rechtbank bij haar oordeel essentiële bepalingen in het VN-Handvest, het Weens Verdragenverdrag, rechtspraak en literatuur ten onrechte buiten beschouwing heeft gelaten. De rechtbank had reeds in het kader van de interpretatie van artikel 105 lid 1 VN-Handvest dienen te toetsen of die interpretatie recht doet aan bijvoorbeeld artikel 6 EVRM. Het is immers niet voor te stellen dat het VN-Handvest in strijd met dat artikel zou moeten worden uitgelegd.

Immers, artikel 105 lid 1 VN-Handvest verwijst expliciet naar de doelstelling van de Verenigde Naties, welk artikel de bescherming van mensenrechten noemt als doel van de Verenigde Naties. Artikel 105 lid 1 VN-Handvest is slechts een middel om tot vervulling van die doelen te komen. Slechts indien immuniteit een doel op zich zou zijn - welke gedachte niet wordt gesteund door de tekst en strekking van artikel 1 van het VN-Handvest - zou ruimte zijn om immuniteit af te wegen tegen de normen van artikel 6 EVRM.

126. De rechtbank merkt op zich terecht op dat niet vanzelf spreekt dat het VN-Handvest boven andere verdragsrechtelijke verplichtingen of mensenrechten gaat. De Stichting c.s. merkt in dat verband op dat het getuigt van een veel te beperkte taakopvatting dat de Nederlandse Staat (en met hem: zijn orgaan het Openbaar Ministerie) geen enkele blijk heeft gegeven van de noodzaak om een afweging te maken tussen verschillende volkenrechtelijke verplichtingen. De Nederlandse Staat heeft kennelijk uitsluitend noodzakelijk gevonden om de immuniteit van de VN te bepleiten op grond van Section 2 van de Convention. Van alle daarmee conflicterende verdragsrechtelijke normen heeft de Nederlandse Staat zich niets aangetrokken. Het is niet te billijken dat de Nederlandse Staat zich heeft gericht op een enkele vermeende volkenrechtelijke verplichting. De mensenrechten hebben voor de Nederlandse Staat geen rol gespeeld. De rechtbank had dit standpunt van de Nederlandse Staat moeten corrigeren.

#### Grief 11

127. Ten onrechte heeft de rechtbank onder rechtsoverweging 5.18 overwogen dat:

*'Het Genocideverdrag bevat als hoofdregel de strafbaarheid van genocide. Blijkens artikel 1 van dit verdrag hebben de verdragsluitende partijen, waaronder Nederland, op zich genomen genocide te voorkomen - en dus ook niet zelf te plegen - en te bestraffen.'*

Verder heeft de rechtbank onder rechtsoverweging 5.19 ten onrechte overwogen dat:

*‘Noch de tekst van het Genocideverdrag of enig ander verdrag, noch het volkenrechtelijke gewoonterecht of de statenpraktijk op dit punt, geeft grond voor een verplichting van de Nederlandse rechter tot handhaving van de normen van het Genocideverdrag langs civielrechtelijke weg. De verdragsluitende partijen zijn verplicht alle handelingen die dit verdrag als genocide definieert, binnen de in artikel VI van het verdrag bepaalde grenzen te doen bestraffen. Ook zijn de staten, zoals vermeld, genocide te voorkomen en dus ook niet zelf te plegen. De staten hebben zich voorts gebonden tot nader omschreven verplichtingen inzake uitlevering van verdachten van genocide, maar de conventie voorziet niet in (enige verplichting aangaande) civielrechtelijke handhaving van de normen ter handhaving van het genocideverbod. Opmerking verdient hierbij dat het Internationaal Gerechtshof zich in 2007 heeft uitgesproken over de inhoud van verplichtingen van verdragsluitende partijen onder het Genocideverdrag en in dat kader niet heeft gerept over enige verplichting van staten tot handhaving van het verdrag langs civielrechtelijke weg (uitspraak van 26 februari 2007, betreffende de toepassing van het Genocideverdrag inzake Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, §§ 155-179).’*

#### Toelichting grief 11

##### Verplichting om genocide te voorkomen

128. De VN hebben in resolutie 96 (1) van 11 december 1946 overwogen dat genocide een misdrijf is krachtens internationaal recht, in strijd met de geest en de doelstellingen van de Verenigde Naties en veroordeeld door de beschaafde wereld.

129. Artikel 1 van het Genocideverdrag luidt:

*‘De Verdragsluitende Partijen stellen vast, dat genocide, ongeacht of het feit in vredes- dan wel in oorlogstijd wordt bedreven een misdrijf is krachtens internationaal recht, welk misdrijf zij op zich nemen te voorkomen en te bestraffen.’*

De vaststelling door de rechtbank dat de hoofdregel van het Genocideverdrag



strafbaarstelling van genocide zou zijn, is onjuist in het licht van de tekst van artikel 1 Genocideverdrag. Het voorkomen van genocide is minstens zo belangrijk, zo niet belangrijker dan de strafbaarstelling. Een individu of een groep slachtoffers van genocide krijgt zijn leven niet terug door bestraffing van genocide, maar behoudt het leven indien genocide wordt voorkomen. Het Genocideverdrag noemt in dat verband eerst het voorkomen en dan pas het bestraffen. Van belang is verder de uitspraak van het IGH in Den Haag van 26 februari 2007 (Bosnië-Herzegovina/Servië en Montenegro). De Stichting c.s. zal hieronder nader in gaan op die uitspraak. Voorafgaand merkt de Stichting c.s. ter illustratie op dat ook het IGH onder overweging 161 van zijn uitspraak verwijst naar een Advisory Opinion van het IGH van 1951, waarin reeds werd vastgesteld dat:

*'The Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose (...) it is indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree, since its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality.'*

Het gaat in het Genocideverdrag om het doel om mensen te beschermen en elementaire normen vast te leggen en niet alleen, zoals de rechtbank oordeelt, om de strafbaarheid van genocide.

130. Nadat het IGH oordeelt dat in Srebrenica genocide heeft plaatsgevonden, vervolgt het IGH in zijn uitspraak van 26 februari 2007 met de vaststelling dat het voorkomen van genocide als bedoeld in artikel 1 van het Genocideverdrag een zelfstandige verplichting is. Het is geen inleiding op de nader in het Genocideverdrag opgenomen verplichtingen. Het IGH oordeelt over de verplichting als bedoeld in artikel I van het Genocideverdrag als volgt (zie rechtsoverweging 155 en volgende, met de conclusie onder rechtsoverweging 165):

*'(...) confirm that Article I does impose distinct obligations over and above those imposed by other Articles of the Convention. In particular, the Contracting Parties have a direct obligation to prevent genocide.'*

131. Artikel VIII van het Genocideverdrag bepaalt dat iedere partij bij het verdrag bevoegd is om een beroep te doen op de VN, teneinde genocide te voorkomen en te bestrijden. De plicht

om genocide te voorkomen als bedoeld in artikel I van het Genocideverdrag houdt echter meer in dan het doen van een beroep op de VN. Het IGH heeft in zijn uitspraak van 26 februari 2007 bepaald dat de verdragsluitende staten verplicht zijn alle noodzakelijke maatregelen te nemen om genocide te voorkomen, ook al zijn de VN reeds ingeschakeld (zie rechtsoverweging 427).

132. Het IGH oordeelt verder dat het bij de verplichting om genocide te voorkomen niet gaat om een resultaatsverbintenis, maar om een inspanningsverplichting. Die inspanningsverplichting gaat evenwel zeer ver. Ieder mogelijk middel moet worden ingezet om genocide te voorkomen. Een staat is niet verantwoordelijk omdat het gewenste resultaat niet is bereikt, maar wel verantwoordelijk indien niet alle maatregelen zijn genomen die in de macht van de betreffende staat lagen. De schending van artikel I Genocide Conventie (**idem**) bestaat zelfs indien de inzet van al die middelen door de staat de genocide niet had kunnen voorkomen (zie rechtsoverweging 430 van de IGH uitspraak d.d. 26 februari 2007):

*'(...) it is clear that the obligation in question is one of conduct and not one of result, in the sense that a State cannot be under an obligation to succeed, whatever the circumstances, in preventing the commission of genocide: the obligation of States parties is rather to employ all means reasonably available to them, so as to prevent genocide so far as possible. A State does not incur responsibility simply because the desired result is not achieved; responsibility is however incurred if the State manifestly failed to take all measures to prevent genocide which were within its power, and which might have contributed to preventing the genocide. In this area the notion of "due diligence", which calls for an assessment in concreto, is of critical importance. Various parameters operate when assessing whether a State has duly discharged the obligation concerned. The first, which varies greatly from one State to another, is clearly the capacity to influence effectively the action of persons likely to commit, or already committing, genocide. This capacity itself depends, among other things, on the geographical distance of the State concerned from the scene of the events, and on the strength of the political links, as well as links of all other kinds, between the authorities of that State and the main actors in the events. The State's capacity to influence must also be assessed by legal criteria, since it is clear that every State may only act within the limits permitted by international law; seen thus, a State's capacity to influence may vary depending on its particular legal position vis-à-vis the situations and persons facing the danger, or the reality of genocide. On the other hand, it is irrelevant whether the State whose responsibility is in issue claims, or even*

*proves, that even if it had employed all means reasonably at its disposal, they would not have sufficed to prevent the commission of genocide. As well as being generally difficult to prove, this is irrelevant to the breach of the obligation of conduct in question, the more so since the possibility remains that the combined efforts of several States, each complying with its obligation to prevent, might have achieved the result - averting the commission of genocide - which the efforts of only one State were insufficient to produce.'*

133. Terzijde merkt de Stichting c.s. op dat de VN en de Nederlandse Staat hun verplichting hebben geschonden om alles in het werk te stellen om genocide te voorkomen. Dat blijkt uit de in de inleidende dagvaarding beschreven feiten. De Nederlandse Staat heeft Dutchbat onvoldoende bewapend en getraind uitgezonden. De bewapening die is meegezonden is niet gebruikt toen dat noodzakelijk was. De VN en de Nederlandse Staat hadden de bevolking overeenkomstig de afspraken en toezeggingen moeten beschermen. Het luchtwapen is niet, althans niet tijdig en voldoende ingezet. Verder is de uiteindelijke luchtaanval op 11 juli 1995 (de dag dat de *Safe Area Srebrenica* zou vallen) stopgezet door toedoen van de Nederlandse Staat. Daarmee is niet alles gedaan om genocide te voorkomen. Sterker nog, daarmee heeft de Nederlandse Staat actief de weinige actie die werd ondernomen om genocide te voorkomen om zeep geholpen. Ook hadden de geconstateerde oorlogsmisdaden moeten worden gemeld, hetgeen veel levens had kunnen redden. Ook hebben de Verenigde Naties en de Nederlandse Staat uit eigen beweging een actieve rol gespeeld bij de scheiding van mannen en vrouwen. Herhaald zij hier dat het IGH heeft geoordeeld dat voor de schending van artikel I Genocideverdrag niet relevant is of de inzet van de beschikbare middelen de genocide zou hebben voorkomen. Verder vermeldt de Stichting c.s. nog dat ook tal van andere schendingen van mensenrechten hebben plaatsgevonden. De Stichting c.s. verwijst naar de punten 412 tot en met 417 van de inleidende dagvaarding.
134. Bij de toetsing van de vraag of er schending van artikel I van het Genocideverdrag heeft plaatsgevonden, is het niet van belang dat de verweten gedragingen (althans het verweten nalaten), hebben (heeft) plaatsgevonden voorafgaand aan de genocide die plaatsvond vanaf 13 juli 1995. Het voorkomen van genocide is immers per definitie een handeling die is gelegen op een tijdstip voorafgaand aan de genocide. Het IGH heeft hierover in zijn uitspraak van 26 februari 2007 geoordeeld dat (zie rechtsoverweging 431):

*'(...) a State can be held responsible for breaching the obligation to prevent genocide only if genocide was actually committed. (...) This obviously does not mean that the obligation*

*to prevent genocide only comes into being when perpetration of genocide commences; that would be absurd, since the whole point of the obligation is to prevent, or attempt to prevent, the occurrence of the act. In fact, a State's obligation to prevent, and the corresponding duty to act, arise at the instant that the State learns of, or should normally have learned of, the existence of a serious risk that genocide will be committed. From that moment onwards, if the State has available to it means likely to have a deterrent effect on those suspected of preparing genocide, or reasonably suspected of harboring specific intent (dolus specialis), it is under a duty to make such use of these means as the circumstances permit.'*

135. Het bovenstaande betekent dat de VN en de Nederlandse Staat alle ter beschikking staande middelen hadden moeten inzetten, vanaf het moment dat zij vermoedden of redelijkerwijs hadden dienen te vermoeden, dat er genocide zou plaatsvinden. Zoals hierboven al is besproken en hierna nog nader aan orde zal komen, waren de VN en de Nederlandse Staat reeds vanaf 1993 bekend met de dreigende genocide. Bovendien wisten de VN en de Nederlandse Staat dat de Bosnische Serven de *Safe Area* continu aanvielen en dat het doel van de Bosnische Serviërs de etnische zuivering van deze streek was. Ook de hierboven beschreven feiten en omstandigheden die zich afspeelden onder de ogen van Dutchbat, waren een onmiskenbare aankondiging van hetgeen zou plaatsvinden. De meeste moorden hebben plaatsgevonden in de dagen na de val van de *Safe Area*.
136. Dat de wetenschap dat genocide dreigde ook in specifieke zin bij de VN en de Nederlandse Staat bestond, blijkt uit het volgende. In het VN-rapport van 30 april 1993 (VN, S/25700, Report of the Security Council established pursuant to resolution 819 (1993)) is het volgende opgenomen:

*'(14) UNPROFOR had participated actively in the drafting and the process of convincing the Bosnian Commander to sign the agreement (toevoeging advocaat: demilitariseringsovereenkomst van 18 april 1993). The alternative could have been a massacre of 25,000 people.*

(...)

*(17) There is no doubt that had this agreement not been reached, most probably a massacre would have taken place, which justifies the efforts of the UNPROFOR Commander.*

*(...)*

*(19) During the Mission's briefing at Srebrenica, the representative of ICRC informed it that the Serbs were not allowing surgeons to enter the city, in direct violation of international humanitarian law. There were many wounded requiring surgery. The only surgeon in the city has not been authorized to stay by the Serbs. To impede medical assistance is a crime of genocide. This action, together with the cutting of the water supply and electricity, have put into effect a slow-motion process of genocide.*

*(...)*

*(27) (g) (...) The attitude of defiance of the Serbs towards the United Nations in general is a matter that should concern the Council. The Serbs obviously have little respect for UNPROFOR's authority.'*

137. Reeds voordat Dutchbat naar Srebrenica werd uitgezonden, was bij de VN - en bij de Nederlandse Staat - bekend dat in Srebrenica een genocide dreigde. De VN namen al in 1993 aan dat in Srebrenica genocide zou kunnen plaatsvinden. Het doel van het instellen van de *Safe Area* Srebrenica was nu juist het voorkomen van genocide. Voorts blijkt uit het hiervoor genoemde VN-rapport van 30 april 1993 dat de Bosnische Serven destijds al geen respect hadden voor de VN en hun resoluties. De VN en de Nederlandse Staat wisten derhalve reeds in 1993 dat zij er niet op mocht vertrouwen dat de Bosnische Serven de *Safe Area* zouden respecteren. Zij wisten dat de bewoners van de *Safe Area* bescherming behoeften tegen de dreigende genocide.
138. Ook het IGH oordeelt in zijn uitspraak van 26 februari 2007, onder rechtsoverweging 438, dat het klimaat van diepgewortelde haat tussen de bevolkingsgroepen bekend was en dat: *'(...) given all the international concern about what looked likely to happen at Srebrenica, (...), it must have been clear that there was a serious risk of genocide in Srebrenica.'*

139. In Srebrenica heeft genocide plaatsgevonden en de VN en de Nederlandse Staat hebben onvoldoende gedaan om die genocide te voorkomen, ondanks de wetenschap bij de VN en de Nederlandse Staat dat deze genocide dreigde. Daarmee hebben de VN en de Nederlandse Staat het internationale recht geschonden. De Verenigde Naties en de Nederlandse Staat hebben immers gehandeld in strijd met de hoofdregel van het Genocideverdrag, te weten het voorkomen van genocide. Dat is een heel andere hoofdregel dan de rechtbank als uitgangspunt neemt, te weten het straffen en niet zelf plegen.

#### **Handhaving norm Genocideverdrag**

140. Onder rechtsoverweging 5.19 oordeelt de rechtbank dat noch het Genocideverdrag, noch een ander verdrag, noch het volkenrechtelijk gewoonterecht of de statenpraktijk grond geeft voor een verplichting van de Nederlandse rechter tot handhaving van de normen van het Genocideverdrag langs civielrechtelijke weg.
141. Voorshands merkt de Stichting c.s. op dat de verwijzing van de rechtbank naar het volkenrechtelijk gewoonterecht of de statenpraktijk bijna cynisch overkomt. Er zijn geen precedentes voor de onderhavige zaak. Een praktijk kan pas gevestigd worden indien soortgelijke gevallen aan de rechter worden voorgelegd. Uit de jurisprudentie van het EVRM blijkt overigens wel degelijk dat in relatief minder ernstige gevallen van mensenrechtenschendingen, zoals het handelen in strijd met het verbod van foltering als bedoeld in artikel 3 EVRM, handhaving van de norm langs civielrechtelijke weg plaatsvindt. De Stichting c.s. wijst op de uitspraak van het EHRM van 21 november 2001 in de zaak Al-Adsani v. the UK (no. 35763/97). De Stichting c.s. zal op die uitspraak in het kader van de volgende grief nog uitvoerig in gaan.

Hierop vooruitlopend zij opgemerkt dat in die zaak de immuniteit van de staat Koeweit in stand werd gehouden, omdat een rechtsingang in Koeweit bestond. Voor het EHRM was het echter vanzelfsprekend dat het verbod op foltering een voor de individuele burger rechtstreeks afdwingbaar recht in het leven roept.

#### **Effectuering norm door individu**

142. De rechtbank heeft opgemerkt dat het IGH in zijn uitspraak van 26 februari 2007 niet heeft gerept over enige verplichting van staten tot handhaving van het Genocideverdrag langs

civielrechtelijke weg. Voor een dergelijke overweging van het IGH was ook geen aanleiding, zodat daar voor de onderhavige zaak geen conclusies aan kunnen worden verbonden. Het betrof immers een vordering van de ene staat tegen de andere staat.

143. Sommige bepalingen in verdragen geven - ongeacht de redactie van de betreffende bepaling - de mogelijkheid om een rechtstreeks beroep daarop te doen. In dit geval gaat het om de belangrijkste bepaling van het belangrijkste verdrag, te weten de verplichting om op grond van artikel 1 Genocideverdrag alles in het werk te stellen om genocide te voorkomen. De Stichting c.s. heeft het recht om de overheid, een staat of de organisatie die alle staten ter wereld vertegenwoordigt aan te spreken op hun verplichting uit hoofde van genoemd artikel. De verplichting om genocide te voorkomen zou tot een lege huls verworden indien die afhankelijk zou zijn van de welwillendheid van een staat om de betreffende verplichting te effectueren door het IGH te adiëren. Het feit dat Bosnië-Herzegovina heeft nagelaten het IGH te adiëren, mag niet met zich meebrengen dat de Nederlandse Staat en de Verenigde Naties weggelaten met de schending van de hoofdverplichting van het Genocideverdrag. Het zijn echter juist de (groepen van) burgers die tegen genocide dienen te worden beschermd en niet de staten en/of de VN. Uit het Genocideverdrag volgt derhalve een subjectief recht van de burgers.
144. Ook naar aanleiding van onderzoek door de CAVV en de VN is vastgesteld dat niet alleen staten over en weer een vordering kunnen instellen op grond van volkenrechtelijke normen, maar dat ook individuen een vordering op basis van volkenrechtelijke normen tegen staten en de VN kunnen instellen. De CAVV concludeert dat er een uitzondering bestaat op het beginsel dat alleen een staat een aanspraak op grond van het volkenrecht kan effectueren. Deze uitzondering geldt in geval van volkenrechtelijke normen die rechtstreeks rechten aan individuen toekennen op grond van het volkenrecht. In deze categorie vallen onder meer normen van mensenrechten (zie CAVV-advies, nr. 3.5).
145. Ook de VN hebben onafhankelijke deskundigen aangesteld om onderzoek te doen naar de problematiek van de effectuering van de rechten van het individu. Deze deskundigen hebben gedurende vijftien jaar hiernaar onderzoek verricht. Gedurende dat onderzoek zijn lidstaten van de VN, internationale organisaties en NGO's geraadpleegd. Het onderzoek heeft geleid tot de VN-resolutie van 16 december 2005 (nummer 60/147) *'Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of*

*International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*' (hierna: '*basic principles*'). De *basic principles* zijn onder meer gebaseerd op artikel 8 van de Universal Declaration of Human Rights (UVRM). Dit recht op een effectief rechtsmiddel vloeit ook voort uit artikel 6 EVRM (zie A. Reinisch, in R. Hofmann e.a., *Die Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft*, 2007, pagina 85) en artikel 2 lid 3 sub a IVBPR.

146. Onder artikel 2 van de *basic principles* bevelen de VN de lidstaten aan om deze richtlijnen onder andere te implementeren en in de rechtspraak toe te passen, hetgeen als volgt wordt geformuleerd:

*'Recommends that States take the Basic Principles and Guidelines into account, promote respect thereof and bring them to the attention of members of the executive bodies of government, in particular law enforcement officials and military and security forces, legislative bodies, the judiciary, victims and their representatives, human rights defenders and lawyers, the media and the public in general.'*

147. Teneinde de implementatie door de lidstaten van de *basic principles* te verzekeren, bepaalt artikel I, nummer 2 sub b, c en d van de *basic principles* dat de lidstaten van de VN er onder internationaal recht voor moeten zorgen dat zij het volgende doen:

*'(b) Adopting appropriate and effective legislative and administrative procedures and other appropriate measures that provide fair, effective and prompt access to justice;*  
*(c) Making available adequate, effective, prompt and appropriate remedies, including reparation, as defined below;*  
*(d) Ensuring that their domestic law provides at least the same level of protection for victims as that required by their international obligations.'*

148. Artikel II, nummer 3, onder c en d van de *basic principles* bepaalt de reikwijdte van de verplichtingen van de lidstaten. De lidstaten hebben de verplichting om:

*'(c) Provide those who claim to be victims of a human rights or humanitarian law violation with equal and effective access to justice, as described below, irrespective of who may ultimately be the bearer of responsibility for the violation;*  
*and*  
*(d) Provide effective remedies to victims, including reparation, as described below.'*



149. Artikel V, nummer 8 van de *basic principles* definieert het begrip slachtoffer:

*'(...) victims are persons who individually or collectively suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that constitute gross violations of international human rights law, or serious violations of international humanitarian law. (...) the term "victim" also includes the immediate family or dependants of the direct victim (...).'*

Het is onbegrijpelijk dat de Nederlandse Staat ook ten aanzien van deze volkenrechtelijke en verdragsrechtelijke verplichtingen er blijk van heeft gegeven dat hij de gestelde verplichting op grond van section 2 van de Convention zo veel belangrijker vindt.

150. De zesduizend nabestaanden (van wie de belangen worden behartigd door de Stichting) zijn slachtoffers als bedoeld in de *basic principles*. Zoals in het voorgaande en de inleidende dagvaarding in eerste aanleg is gebleken, zijn zij, althans hun vermoorde familie, immers het slachtoffer geworden van grove schendingen van mensenrechten en het humanitair volkenrecht.

151. De *basic principles* bepalen dat individuen die het slachtoffer zijn geworden van een grove schending van hun mensenrechten of het humanitair volkenrecht, hun rechten kunnen effectueren gelijk een staat onder internationaal recht. De lidstaten dienen er voor te zorgen dat slachtoffers alle passende juridische middelen ter beschikking staan, teneinde hun rechten te kunnen uitoefenen. Zie artikel VIII, nummer 12 tot en met 14 van de *basic principles* waarin wordt bepaald:

*'A victim of a gross violation of international human rights law or of a serious violation of international humanitarian law shall have equal access to an effective judicial remedy as provided for under international law. (...) Obligations arising under international law to secure the right to access justice and fair and impartial proceedings shall be reflected in domestic laws. To that end, States should:  
(...)*

*(d) Make available all appropriate legal, diplomatic and consular means to ensure that victims can exercise their rights to remedy for gross violations of international human rights law or serious violations of international humanitarian law.'*

Op grond van artikel VIII, nummer 13 van de *basic principles* dient een lidstaat er op toe te zien dat naast individuen ook groepen van slachtoffers hun rechten kunnen effectueren. De Stichting vormt een in artikel VIII nummer 13 van de *basic principles* bedoelde groep van slachtoffers.

152. In deze zaak gaat het om een zeer grote groep van slachtoffers van grove schendingen van mensenrechten, zoals het recht op leven en op humanitaire verzorging. Bovendien hield het mandaat van de VN de bescherming van mensenrechten in. De door de Veiligheidsraad aangenomen resoluties gaven de opdracht om de *Safe Area* en de zich aldaar bevindende burgers te beschermen. Aangezien het doel van de resolutie de bescherming van mensenlevens was, verlenen ook de VN-resoluties 836 en 844 rechtstreeks rechten aan individuen.
153. Zowel het CAVV-rapport als de *basic principles* leiden tot het resultaat dat de Stichting c.s. haar rechten, ontleend aan het volkenrecht, in dit geval kan effectueren voor de Nederlandse rechter. Nu dit geldt voor grove schendingen van mensenrechten, geldt dit des te meer voor de schending van de verplichtingen uit het Genocideverdrag. De Stichting c.s. heeft een aanspraak op de VN en de Nederlandse Staat op grond van het volkenrecht, nu de overtreden normen uit het volkenrecht rechtstreeks rechten toekennen aan het individu (zie CAVV-advies, nr. 3.5.1 en 3.5.2).
154. De *basic principles* bepalen ook dat slachtoffers recht hebben op schadevergoeding, indien herstel van de toestand voor de schadetoebrengeende feiten niet mogelijk is. Deze schadevergoeding wordt onder meer toegekend voor lichamelijke of geestelijke schade, gemiste kansen, waaronder werk, opleiding en voorzieningen van sociale zekerheid. De schadevergoeding wordt voorts toegekend voor materiële schade en gederfde winst en voor immateriële schade (zie artikel IX, nummer 20 van de *basic principles*). In het licht van het bovenstaande dienen de VN en de Nederlandse Staat aan de Stichting c.s. schadevergoeding te betalen op grond van het volkenrecht. Daarvoor is uiteraard een bevoegde rechter noodzakelijk, zonder welke geen recht kan worden geëffectueerd.

155. Naast de hiervoor besproken *basic principles* wijst de Stichting c.s. in verband met de mogelijkheid om als individu aanspraken te maken op bepalingen uit internationale verdragen op artikel 93 van de Nederlandse Grondwet. Artikel 93 Grondwet bepaalt:

*‘Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt.’*

Deze rechtstreekse werking van internationale verdragen in de Nederlandse rechtsorde is van belang indien de internationale verdragen ook ieder verbindende bepalingen inhouden. ‘Ieder verbindende bepalingen’ zijn bepalingen die verbindende kracht hebben jegens burgers (private personen), inclusief privaatrechtelijke rechtspersonen (zie J.W.A. Fleuren, Tekst & Commentaar, Grondwet, 2004, artikel 93 nummer 3). Of een internationaal verdrag een ieder verbindende bepaling bevat ligt uitsluitend ter beoordeling van de Nederlandse rechter (zie F.M.C. Vlemminx en M.G. Boekhorst, De Grondwet, 2000, artikel 93 nummer 7; J.W.A. Fleuren, aangehaald werk, nummer 4 onder verwijzing naar de desbetreffende Kamerstukken; P. van Dijk en B.G. Tahzib in S.A. Riesenfeld and F.M. Abbott, Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties, 1994, pagina 113).

156. Het zogenaamde *self-executing* karakter van dergelijke bepalingen in internationale verdragen dient door de Nederlandse rechter in concreto te worden getoetst. In de onderhavige kwestie hebben het Genocideverdrag, de Geneefse Conventies en het EVRM als internationale verdragen door artikel 93 Nederlandse Grondwet ingang gevonden in de Nederlandse rechtsorde. Het Genocideverdrag en de Geneefse Conventies zijn juist in het leven geroepen om de civiele bevolking, en daarmee individuele burgers, tegen wandaden te beschermen. Hetzelfde geldt voor artikelen 2 lid 1 van het EVRM en artikel 6 lid 1 van het IVBPR, die vooral zien op de bescherming van het individu.
157. Het feit dat de staat Bosnië-Herzegovina zelf ook aanspraken tegenover de VN en de Nederlandse staat zou kunnen instellen, regardeert de Stichting c.s. in het onderhavige geschil niet. De staat Bosnië-Herzegovina heeft de afgelopen veertien jaar immers geen vordering terzake ingesteld en heeft tot op heden geen blijk gegeven van een dergelijke intentie.

158. Naast een rechtstreekse aanspraak op grond van de in het bovenstaande aangehaalde verdragen geldt ook dat de betreffende verdragen mede bepalen wat onrechtmatig is en wat niet, en aldus invloed hebben op de norm van artikel 6:162 lid 2 BW. Artikel 6:162 lid 2 BW luidt:

*‘Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.’*

In het bovenstaande kwam reeds aan de orde op welke wijze de Nederlandse Staat en de Verenigde Naties inbreuk hebben gemaakt op de rechten van de Stichting c.s. (althans op de rechten van de personen van wie de belangen door de Stichting c.s. worden behartigd). De rechtbank gaat voorbij aan het feit dat het niet voorkomen van genocide zonder twijfel niet in het maatschappelijk verkeer betaamt. Het ging hier immers om militairen met een bijzondere verplichting om de bevolking van de *Safe Area* te beschermen.

159. In het licht van artikel 6:162 lid 2 BW is van belang dat strafrechtelijke bepalingen, of bepalingen in verdragen die een staat bepaalde verplichtingen opleggen, vrijwel nooit letterlijk hun weg vinden naar een civielrechtelijke codex. Dat neemt niet weg dat handelen in strijd met strafrechtelijke bepalingen wel degelijk een civielrechtelijke grond kunnen opleveren voor aansprakelijkheid. Het Burgerlijk Wetboek verbiedt niet om een ander letsel toe te brengen. Het toebrengen van letsel is echter wel onrechtmatig in civielrechtelijke zin en brengt een schadevergoedingsverplichting met zich mee. Onrechtmatigheid leidt tot aansprakelijkheid. Wat onrechtmatig is, wordt bepaald door het doen of nalaten in de strijd met de wettelijke plicht en door hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Voor de invulling van die normen is wel degelijk het Genocideverdrag van het grootst mogelijk belang.

## Grief 12

160. De rechtbank heeft onder rechtsoverweging 5.20 ten onrechte overwogen dat:

*'In zijn arrest van 21 november 2001 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaak Al-Adsani v. the UK (no. 35763/97), beslist dat geen plaats is voor een inbreuk op de in beginsel bestaande immuniteit van een nationale staat, in dat geval Koeweit, ten aanzien van een civielrechtelijke vordering wegens strijd met het in artikel 3 EVRM neergelegde verbod van foltering. Nu aanwijzingen voor een latere afwijking van deze lijn door het EHRM ontbreekt, stelt de rechtbank vast dat er naar de huidige stand van het volkenrecht geen algemeen aanvaarde norm bestaat op grond waarvan geldende immuniteiten uitzondering leiden in het kader van civielrechtelijke handhaving van de normen van het ius cogens, zoals de verboden inzake genocide en foltering. Dat het in de hier aangehaalde zaak ging om de relatie tussen staatsimmuniteit en het folteringsverbod en niet om de relatie tussen immuniteit van internationale organisaties en het genocideverbod, leidt niet tot een ander oordeel in de onderhavige zaak. Evenmin als er enige rechtsbasis is voor een hiërarchie tussen verschillende vormen van immuniteit, bestaat er grond voor hiërarchie tussen verschillende normen van het ius cogens.'*

#### **Toelichting grief 12**

161. Het is onbegrijpelijk dat de rechtbank ter motivering van haar oordeel dat de Verenigde Naties immuniteit genieten een uitspraak aanhaalt die in gaat op de immuniteit van een staat. Onder rechtsoverweging 5.11 had de rechtbank immers al geoordeeld dat de immuniteit van staten sterk verschilt van de immuniteit van internationale organisaties en dat tussen beide vormen van immuniteit geen hiërarchie bestaat. Gegeven de juistheid van die constatering, kan het oordeel dat een staat ook immuniteit zou genieten in geval van schending van *ius cogens*, niet de conclusie dragen dat voor een internationale organisatie hetzelfde zou gelden. Nog afgezien van het feit dat de rechtbank de uitspraak van het EHRM met betrekking tot Al-Adsani onjuist en onvolledig interpreteert (waarop de Stichting c.s. hieronder nader zal in gaan), geldt dat nu juist op het punt van de rechtsingang een essentieel verschil tot uitdrukking komt tussen de immuniteit van staten en internationale organisaties. Dat verschil zit in het feit dat de rechter van de staat (in het geval van Al-Adsani/Koeweit) waartegen een vordering wordt ingesteld, bevoegd is. Bij een internationale organisatie ontbreekt een dergelijke bevoegde nationale rechter en zijn daarom internationale organisaties volkenrechtelijk verplicht om een rechtsingang te

scheppen. In het geval van de Verenigde Naties is die verplichting vastgelegd in section 29 van de Convention. Waar een andere rechter bevoegd is, mag een rechter eerder tot het oordeel komen dat hij onbevoegd is (zie: Van der Plas, De taak van de rechter en het IPR, p. 265). De immuniteit van een staat kan in dat geval gehandhaafd blijven.

162. In het internationaal recht gelden bepaalde regels die zo belangrijk zijn dat in geval van een conflict tussen die regels, andere regels van internationaal recht dienen te wijken. Dit hogere recht wordt aangeduid als *ius cogens*. De rechtbank doet het ten onrechte en ongemotiveerd voorkomen alsof immuniteit een vorm van *ius cogens* zou zijn. De rechtbank oordeelt dat er geen grond is voor hiërarchie tussen verschillende vormen van *ius cogens*. De rechtbank impliceert daarmee dat immuniteit *ius cogens* zou zijn. Die implicatie is op grond van de literatuur en jurisprudentie onhoudbaar.
163. Het verbod op genocide is *ius cogens* (zie J.A. Frowein, Encyclopedia of Public International Law, Volume Three, 1997, pagina 67). De Stichting c.s. is zich er van bewust dat de VN niet zelf de genocide heeft gepleegd. Het gaat in dit verband om de vraag of de VN hun verplichting uit het Genocideverdrag om genocide te voorkomen zijn nagekomen. Er is voorts sprake van *ius cogens* bij het schenden van overige mensenrechten, zoals bijvoorbeeld marteling, moord en verkrachting. Dat al die mensenrechten zouden worden geschonden was in juli 1995 voorspelbaar toen de VN op dat moment hun toezegging tot bescherming niet nakwamen (zie verder de nummers 408 tot en met 411 in de dagvaarding en de aldaar aangehaalde bronnen).
164. Voor een goed begrip zal de Stichting c.s. nader in gaan op de uitspraak van het EHRM in de zaak Al-Adsani, welke zaak mede betrekking heeft op de duiding van het *ius cogens*. De eisende partij was een burger uit de staat Koeweit die in het Verenigd Koninkrijk een vordering tot schadevergoeding had ingesteld tegen de staat Koeweit. De staat Koeweit werd door de eiser verantwoordelijk gehouden voor martelingen van eiser en aangesproken voor de daaruit voortvloeiende lichamelijke en geestelijke schade. De voorliggende rechtsvraag bij het EHRM was of de Engelse rechter terecht had geoordeeld dat aan de staat Koeweit immuniteit toekwam.
165. Opvallend is dat het EHRM het beroep op artikel 6 EVRM verwierp en de immuniteit van de staat Koeweit in stand hield met de kleinst mogelijke meerderheid in de stemverhouding

van de rechters, te weten negen tegen acht. Dat geeft al aan dat het absolute karakter van de immuniteit van staten onder bepaalde omstandigheden ter discussie staat.

166. Het bovenstaande wordt geïllustreerd door de verschillende *dissenting opinions* die onderdeel zijn van de uitspraak. Alvorens daar nader op in te gaan geeft de Stichting c.s. de kernoverweging van de uitspraak weer (zie rechtsoverweging 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.'*

In deze kernoverweging valt het gebruik van twee woorden op. In de eerste plaats het woord 'yet', waarmee het EHRM aangeeft dat tijdsverloop tot een ander inzicht zal kunnen of zelfs zal leiden. In de tweede plaats het woord 'States' in relatie tot het feit dat de immuniteit beperkt blijft tot de rechter buiten het grondgebied van de betreffende staat. Al-Adsani had Koeweit in dat land kunnen aanspreken, in welk geval Koeweit zich niet op immuniteit had kunnen beroepen. Aan de Stichting c.s. ontbreekt het in deze zaak als gezegd aan een dergelijk alternatief.

167. In de *dissenting opinions* wordt overduidelijk dat de immuniteit voor staten in bepaalde gevallen zeer onder druk staat en dient te wijken voor de belangen van de burger wiens rechten zijn geschonden. In de dissenting opinion van rechter Loucaides:

*'In view of the absolute nature of torture it would be a travesty of law to allow exceptions in respect of civil liability by permitting the concept of State immunity to be relied on successfully against a claim for compensation by any victim of torture. The rationale behind the principle of international law that those responsible for atrocious acts of torture must be accountable is not based solely on the objectives of criminal law. It is equally valid to any legal liability whatsoever.'*

(...)

*'In my opinion, they (toevoeging advocaten: the relevant immunities) are incompatible with Article 6 § 1 in all those cases where their application is automatic without a balancing of the incompeting interests as explained above.'*

168. De gezamenlijke *dissenting opinion* van zes andere rechters van het EHRM (waaronder de voorzitter) geven een helder inzicht in de juridische redenering die gevolgd dient te worden in het geval van staten. Het verbod op marteling is volgens alle rechters een *ius cogens* (zie rechtsoverweging 60-61). Dat wil zeggen dat deze regel een dwingende regel van internationaal recht is (zie Kooijmans, t.a.p., pagina 18). Volgens de *dissenting opinion* dient in geval van conflict tussen een *ius cogens* en een andere regel van internationaal recht (zoals immuniteit), deze andere regel te wijken (zie rechtsoverweging 1 van de *dissenting opinion*):

*'In the event of a conflict between a jus cogens rule and any other rule of international law, the former prevails. The consequence of such prevalence is that the conflicting rule is null and void, or, in any event, does not produce legal effects which are in contradiction with the content of the peremptory rule.'*

169. Uit deze voorrangsregel volgt dan ook de volgende conclusie (zie rechtsoverweging 3 van de *dissenting opinion*):

*'The acceptance therefore of the jus cogens nature of the prohibition of torture entails that a State allegedly violating it cannot invoke hierarchically lower rules (in this case, those on State immunity) to avoid the consequences of the illegality of its actions.'*

170. Nog afgezien van het feit dat uit de *dissenting opinions* voortvloeit dat bij een zwaardere schending van het *ius cogens* eerder aanleiding bestaat om eventuele immuniteit te laten wijken, volgt zulks ook letterlijk uit de uitspraak zelf. Het EHRM heeft immers onder rechtsoverweging 55 toegelicht dat er een afweging dient te geschieden. Er moet worden vastgesteld of de beperking van artikel 6 EVRM proportioneel is in verhouding tot het doel dat met de immuniteit wordt nagestreefd. Er is derhalve wel degelijk sprake van hiërarchie tussen de verschillende normen van het *ius cogens*. Het ligt daarbij voor de hand dat bij een zwaardere schending of een schending van zwaarder wegende normen van het *ius cogens* de lager gerangschikte regel van immuniteit eerder zal dienen te wijken. De Stichting c.s. wijst op het onderscheid tussen de marteling van een individu (als in de zaak Al-Adsani) en de genocide op 10.000 mensen, die de Nederlandse Staat en de VN niet hebben voorkomen. De motivering van de uitspraak van het vonnis van het EHRM en de *dissenting opinion* leiden tot de slotsom dat in het geval van het verbod op genocide als regel van *ius cogens*, het EHRM



zal beslissen dat de immuniteit van een staat ondergeschikt zal zijn aan de rechten van het individu.

171. Overigens is het feit dat in de zaak Al-Adsani de immuniteit (door negen van de zeventien rechters) werd aangenomen fel bekritiseerd (zie bijvoorbeeld A. Orakhelashvili, *State Immunity and International Public Order Revisited*, *German Yearbook of International Law* 2006, pagina's 327 tot en met 365). Volgens de aangehaalde auteur dient er een hiërarchie van normen te zijn en dient er geen absolute onschendbaarheid van staten te zijn. De uitspraak in de zaak van Al-Adsani wordt gezien als een schending van het recht dat zou moeten worden gewaarborgd door artikel 6 EVRM (zie Orakhelashvili, t.a.p., pagina 347):

*'The Al-Adsani treatment of Art. 6 is incompatible with the principle repeatedly affirmed in the ECtHR's jurisprudence, that the Convention must be interpreted so as to make its safeguards practical and effective, and not illusory.'*

(...)

*'All these considerations demonstrate that Al-Adsani is an inconsistent and badly reasoned decision that was not worth following in subsequent cases.'*

172. De conclusies die de rechtbank trekt aan de hand van de uitspraak inzake Al-Adsani gaan veel verder dan is gerechtvaardigd aan de hand van die uitspraak. Al-Adsani gaat over de immuniteit van een staat, terwijl een andere rechter bevoegd was om van de vordering tegen die staat kennis te nemen. Het EHRM heeft slechts geoordeeld over *ius cogens* aan de hand van de in de betreffende zaak gestelde schending van artikel 3 EVRM, het verbod op foltering. De conclusie van de rechtbank dat geen algemeen aanvaarde norm bestaat op grond waarvan geldende immuniteiten uitzondering leiden in het kader van civielrechtelijke handhaving van de normen van het *ius cogens* is in dat verband niet terecht. Het gaat in het onderhavige geval immers om de immuniteit van een internationale organisatie en schending van de normen voortvloeiend uit het genocideverbod (naast tal van andere normen ter bescherming van mensenrechten).
173. De rechtbank heeft ten onrechte geen verschil gemaakt tussen de positie van een staat en een internationale organisatie. Ook maakt de rechtbank ten onrechte geen verschil tussen

de verschillende vormen van het *ius cogens*. De rechtbank had moeten oordelen dat gelet op het feit dat de immuniteit van de Verenigde Naties het doel heeft mensenrechtenschendingen te voorkomen, de relatie tussen het genocideverbod als *ius cogens* en de immuniteit in een totaal ander licht staat dan in de zaak Al-Adsani. In die zaak was immers geen genocide maar foltering van een individu aan de orde.

174. In het volkenrecht is er geen hogere norm dan het verbod op genocide. De handhaving daarvan is een belangrijke bestaansreden van het internationaal recht en van de belangrijkste internationale organisatie, de VN. Dit brengt met zich mee dat in geval van het niet voorkomen van genocide aan de internationale organisatie geen immuniteit toekomt. Een erger verwijt kan een internationale organisatie immers niet worden gemaakt, op het actief plegen van genocide na.

Dat is onverenigbaar met het functionele karakter van de immuniteit van de VN. De rechtbank had moeten concluderen dat er sprake is van schending van *ius cogens* en de belangen van de Stichting c.s. zwaarder wegen dan het belang van de VN bij immuniteit. Het oordeel dat de immuniteit van de Verenigde Naties absoluut is, zou betekenen dat de Verenigde Naties een absolute macht hebben en niet zijn onderworpen aan de *rule of law*, het principe dat niemand boven de wet staat en dat macht wordt beperkt en gereguleerd door het recht. De rechtbank verwerpt met haar oordeel dat principe. Een grenzeloze immuniteit van de Verenigde Naties is onacceptabel en ondermijnt de geloofwaardigheid van de Verenigde Naties als voorvechter van mensenrechten.

175. De Stichting c.s. is bij het bovenstaande van mening dat de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties in deze zaak de verplichting had om afstand te doen van een eventueel recht op immuniteit. Immers, in de Convention is in verschillende artikelen met betrekking tot de immuniteit van lidstaten, officials en deskundigen (zie artikel 14, 20 en 23) een soortgelijke regeling opgenomen, die er toe strekt dat er een toets dient plaats te vinden of de loop van het recht wordt belemmerd door de immuniteit. Indien die belemmering niet de belangen van de Verenigde Naties schaadt, dient de immuniteit te wijken. De Stichting c.s. vraagt zich af hoe het afleggen van verantwoording over het niet voorkomen van genocide, de belangen van de Verenigde Naties zou kunnen schaden. Een van de primaire doelstellingen van de Verenigde Naties is immers het voorkomen van genocide als dwingendrechtelijke internationaal-rechtelijke norm (*ius cogens*). De overweging van de rechtbank dat de rechtbank niet toekomt aan prioritering van met elkaar strijdige

volkenrechtelijke normen, miskent de betekenis van het dwingendrechtelijke karakter van het *ius cogens* in samenhang met het genocideverbod en de zware mensenrechtenschending, in relatie tot het ondergeschikte volkenrechtelijke begrip van immuniteit van de Verenigde Naties.

### Grief 13

176. Ten onrechte heeft de rechtbank onder rechtsoverweging 5.21 overwogen:

*‘De rechtbank concludeert uit hetgeen zij in de onderdelen 5.18-5.20 heeft vermeld, dat aan het Genocideverdrag of aan daarmee op één lijn staande dwingende volkenrechtelijke normen, zoals het verbod van foltering, geen grond kan worden ontleend voor uitzondering op de eerder vermelde norm van absolute immuniteit van de VN. Dit betekent dat de rechtbank niet toekomt aan een prioritering van met elkaar strijdige volkenrechtelijke normen. Voor een belangenafweging zoals de Stichting c.s. hebben bepleit is geen ruimte.’*

### Toelichting grief 13

177. Rechtsoverweging 5.21 is een samenvatting van eerdere rechtsoverwegingen van de rechtbank en bevat geen dragende onderdelen van de motivering. Dat neemt niet weg dat hetgeen de rechtbank overweegt pertinent onjuist is. De Stichting c.s. verwijst naar hetgeen zij in de bovenstaande grieven met toelichting, meer in het bijzonder de grieven met betrekking tot de rechtsoverwegingen 5.18 tot en met 5.20 en de toelichting daarop, heeft gesteld.

### Grief 14

178. Ten onrechte heeft de rechtbank onder rechtsoverweging 5.22 overwogen:

*‘De rechtbank komt tot dezelfde conclusie ten aanzien van de in artikel 6 EVRM verzekerde toegang tot de rechter, een fundamenteel element van het recht op een eerlijk proces. De*

*jurisprudentie van het EHRM biedt onvoldoende grondslag voor een uitleg van artikel 6 EVRM in deze zin dat het op dit punt voorgaat boven volkenrechtelijke immuniteiten. Het recht op toegang tot de rechter is voor zijn inhoud en strekking in aanzienlijke mate afhankelijk van bestaande volkenrechtelijke verplichtingen.*

*Dit geldt in het bijzonder en in elk geval ten aanzien van verplichtingen jegens de VN, zoals blijkt uit de arresten van 31 mei 2007 van het EHRM in de zaken Behrami v. France (no. 714/01) en Saramati v. France, Germany and Norway (no. 78166/01). In deze zaken heeft het EHRM geoordeeld dat het EVRM geen belemmeringen dient op te werpen voor een effectieve tenuitvoerlegging van taken van internationale missies in Kosovo onder de verantwoordelijkheid van de VN. Op grond hiervan kunnen volgens het Hof staten niet worden aangesproken voor het optreden van nationale troepen die zij ter beschikking hebben gesteld van internationale vredesoperaties. De rechtbank concludeert dat deze zelfde ratio meebrengt dat artikel 6 EVRM geen basis kan vormen voor een uitzondering op de - zoals gezegd absolute - volkenrechtelijke immuniteit van de VN zelf. De VN kan dus niet voor een nationale rechter worden gedaagd enkel op grond van de in artikel 6 EVRM verzekerde toegang tot de rechter.'*

179. Verder heeft de rechtbank ten onrechte onder rechtsoverweging 5.23 overwogen:

*'De rechtbank is zich bewust van het bestaan van ogenschijnlijk hiermee strijdige jurisprudentie van het EHRM in de arresten van 18 februari 1999 in de zaken van Beer and Regan v. Germany (no. 26083/9) en Waite en Kennedy v. Germany (no. 26083/94). In deze arresten heeft het Hof de zorg geuit dat de oprichting van internationale organisaties, met de daarbij behorende immuniteiten, ten koste kan gaan van de bescherming van mensenrechten. Staten mogen zich naar het oordeel van het Hof niet onttrekken aan hun verplichtingen onder het EVRM door bevoegdheden over te dragen aan internationale organisaties. Het Hof lijkt zich aldus op het standpunt te stellen dat immuniteiten van internationale organisaties alleen dan verenigbaar zijn met artikel 6 EVRM indien bij de betrokken internationale organisatie een redelijk alternatief tot bescherming van EVRM-rechten bestaat. Als dit niet het geval is, verplicht het EVRM tot het niet respecteren van de ingeroepen immuniteiten van de volkenrechtelijke organisatie.'*

180. Voorts heeft de rechtbank ten onrechte onder rechtsoverweging 5.24 overwogen:

*‘De rechtbank acht het desondanks niet noodzakelijk om in het licht van deze jurisprudentie te onderzoeken of een alternatieve rechtsingang beschikbaar is voor de Stichting c.s. bij de VN. Zij overweegt hierover het volgende. De VN is opgericht vóór de inwerkingtreding van het EVRM. Er kan daarom geen sprake zijn van het beperken van mensenrechtenbescherming onder het EVRM door overdracht van bevoegdheden aan de VN. Bovendien is de VN een organisatie met, zoals gezegd, een nagenoeg universeel lidmaatschap. De internationale organisatie waarop de arresten van het EHRM inzake Beer and Regan v. Germany en Waite and Kennedy v. Germany betrekking hadden, te weten het Europees Ruimte Agentschap, is opgericht in 1980 en dus ruim na de inwerkingtreding van het EVRM. Deze organisatie heeft een beperkt - Europees - lidmaatschap. De positie van de VN wijkt hiervan dus sterk af. Het EHRM heft de bijzondere positie van de VN ook met zoveel woorden als uitgangspunt genomen in de eerder genoemde zaken Behrami v. France en Saramati v. France, Germany and Norway. Dit een en ander rechtvaardigt de conclusie dat de overwegingen van het Hof in de zaken Beer and Regan v. Germany en Waite and Kennedy v. Germany geen toepassing vinden voor de VN. Vermelding verdient nog dat als dit wel het geval zou zijn, onder het EVRM primair die staat aansprakelijk zou zijn voor het niet bieden van toegang tot de rechter als gevolg van het primaat van volkenrechtelijke immuniteiten, binnen welks grondgebied de desbetreffende organisatie haar zetel heeft of de gestelde onrechtmatige handeling heeft plaatsgevonden. In de onderhavige zaak is dat in geen geval Nederland.’*

#### **Toelichting grief 14**

181. Grief 14 richt zich tegen het oordeel van de rechtbank over de betekenis en toetsing van artikel 6 EVRM en de motivering van dat oordeel.
182. De rechtbank oordeelt onder rechtsoverweging 5.22 terecht dat het in artikel 6 EVRM vastgelegde recht op toegang tot de rechter een fundamenteel recht is. Het is onbegrijpelijk dat de rechtbank vervolgens met weinig omhaal oordeelt dat dit fundamenteel recht dient te wijken voor volkenrechtelijke immuniteiten. Het oordeel dat er toe strekt dat een - in de mensenrechtverdragen EVRM en IVBPR vastgelegd - mensenrecht dient te wijken is onjuist. Het oordeel is direct in strijd met de tekst van artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR, welke artikelen geen beperkingen stellen aan het recht op toegang. De Stichting c.s. wijst er op dat het recht op leven in artikel 2 EVRM is

geclausuleerd (*'behoudens door de tenuitvoerlegging van een gerechtelijk vonnis wegens een misdrijf waarvoor de wet in de doodstraf voorziet'*), alsook de rechten op vrijheid en het recht op eerbiediging van het privéleven (*'dan voor zover bij wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is'* etc.). Ook het recht op vrijheid van meningsuiting wordt in die zin beperkt.

Het recht op toegang tot de rechter is echter niet aan beperkingen onderworpen en door deze beperking aan te brengen oordeelt de rechtbank in strijd met artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR. Een dergelijke onbeperkte toegang is rechtvaardig en noodzakelijk. Het recht - daaronder inbegrepen het EVRM zelf - is een lege huls indien de toegang tot de rechter niet is verzekerd. Naarmate de tegenpartij groter en machtiger is, dient de behoefte aan bescherming van de burgers en hun fundamentele rechten zwaarder te wegen. De rechtbank heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van artikel 6 EVRM.

183. De rechtbank heeft haar oordeel gemotiveerd door onder rechtsoverweging 5.22, 5.23 en 5.24 in te gaan op de jurisprudentie van het EHRM, voor zover die betrekking heeft op de immuniteit van staten (rechtsoverweging 5.22) en internationale organisaties (rechtsoverweging 5.23). De Stichting c.s. zal beide uitspraken van het EHRM bespreken, alsook de relevante jurisprudentie die door de rechtbank onbesproken is gelaten. Een en ander had tot een ander oordeel moeten leiden dan waartoe de rechtbank is gekomen.

#### **Jurisprudentie EHRM: immuniteit staten**

184. De rechtbank bespreekt onder rechtsoverweging 5.22 de uitspraken van het EHRM van 31 mei 2007 inzake Berahmi tegen Frankrijk (nr. 71412/01) en Saramati tegen Frankrijk, Duitsland en Noorwegen (nr. 78166/01).
185. De Stichting c.s. herhaalt haar in eerste aanleg ingenomen standpunt omtrent de aangehaalde uitspraak. Uit die uitspraak volgt niet dat de Nederlandse rechter niet mag beoordelen in hoeverre de VN heeft gefaald bij hun taak om de internationale vrede en veiligheid te handhaven. Het aangehaalde arrest gaat over de vraag aan wie het handelen van nationale contingents in een VN-missie moet worden toegerekend. Het arrest gaat over staten en zegt niets over de immuniteit van de VN of de functionele noodzaak daartoe. Het aangehaalde arrest is derhalve niet relevant in het kader van de incidenten. Ook de Verenigde Naties zelf, die zich in het kader van de betreffende procedure mochten uitlaten,

repten in hun toelichting (vergelijk hoofdstuk 'the submission of third parties', onder punt 8) niet over immuniteit.

186. De uitspraak inzake Berahmi en Saramati van het EHRM geeft slechts aan dat de in die zaak aangesproken staten, als leverancier van VN-troepen, niet kunnen worden aangesproken. Het gaat dus om toerekening van mogelijk onrechtmatig optreden in VN-verband, welk optreden volgens het EHRM in die zaak moest worden toegerekend aan KFOR (rechtsoverweging 141). Het EHRM benadrukt daarbij overigens dat alle ruimte bestaat om per geval de omstandigheden te betrekken (rechtsoverweging 151). Er is door het EHRM derhalve geen algemene regel gegeven voor de toerekening. De rechtbank heeft geen blijk gegeven van een dergelijke afweging van de omstandigheden van het geval (zij het dat een afweging of beoordeling van de toerekening ook nog niet aan de orde was). Wat daar ook van zij, artikel 6 EVRM was in de betreffende uitspraak niet relevant. Behrami en Saramati hebben staten aangesproken, terwijl zij kennelijk de internationale organisatie hadden moeten aanspreken. Tegen een dergelijke situatie beoogt artikel 6 EVRM geen bescherming te bieden. Artikel 6 EVRM garandeert slechts de toegang tot de rechter. Artikel 6 EVRM garandeert niet dat een aangesproken partij de juiste partij is.
187. De besproken uitspraak is verder van een volstrekt andere orde dan de onderhavige zaak. Onder punt 17 van hoofdstuk III (the circumstances of the Saramati case) is aangegeven dat:

*'On 9 October 2002 the Supreme Court of Kosovo quashed Mr Saramati's conviction and his case was sent for re-trial. His release from detention was ordered. A re-trial has yet to be fixed.'*

Het recht op toegang op grond van artikel 6 EVRM werd niet verder getoetst, omdat dit recht - anders dan de rechtbank klaarblijkelijk meende - niet aan de orde was en indachtig het bovenstaande citaat ook voldoende was gewaarborgd, nu in Kosovo in een rechtsgang was voorzien. Het EHRM heeft in de betreffende zaken slechts een algemene inschatting gegeven over de toerekening in die zaak (zie rechtsoverweging 149:)

*'Since operations established by UNSC Resolutions under Chapter VII of the UN Charter are fundamental to the mission of the UN to secure international peace and security and since they rely for their effectiveness on support from member states, the Convention can not be interpreted in a manner which would subject the acts and omissions of Contracting Parties*

*which are covered by UNSC Resolutions and occur prior to or in the course of such missions, to the scrutiny of the Court.*

*To do so would be to interfere with the fulfilment of the UN's key mission in this field including, as argued by certain parties with effective conduct of its operations.'*

De aangehaalde overweging heeft betrekking op de interpretatie van het EVRM en geeft geen oordeel over de kwestie of de immuniteit van de Verenigde Naties moet wijken voor verplichtingen uit de mensenrechtverdragen of verplichtingen voortvloeiende uit het Genocideverdrag. Het EHRM maakt verschillende keren duidelijk dat de zaken Behrami en Saramati zich onderscheiden van andere zaken die door het EHRM zijn beslist. Het is daarom op zijn minst voorbarig om aan deze uitspraken verder strekkende gevolgtrekkingen te maken dan voor die zaak zelf. De Stichting c.s. wijst er nogmaals op dat de onderhavige zaak van een totaal andere orde is. Deze zaak overstijgt het individuele belang en raakt de essentie van internationale verplichtingen ter bescherming van de rechten van de mens en het genocideverbod.

188. In de uitspraken van het EHRM inzake Behrami en Saramati staat - anders dan de rechtbank oordeelt - nergens dat het EVRM geen belemmeringen dient op te werpen voor een effectieve tenuitvoerlegging van taken van internationale missies in Kosovo onder de verantwoordelijkheid van de Verenigde Naties. Nog afgezien daarvan, vormt artikel 6 EVRM in het onderhavige geval geen belemmering van de taak die destijds in Srebrenica is uitgevoerd. De rechtbank maakt niet duidelijk waar die belemmering in zou zijn gelegen indien de Stichting c.s. toegang tot de rechter zou worden geboden. De tenuitvoerlegging heeft - zoals uit de inleidende dagvaarding mag volgen - in Srebrenica gefaald en de tenuitvoerlegging laat zich door een procedure achteraf ook niet meer beïnvloeden. Zelfs de Verenigde Naties hebben in hun rapport geoordeeld dat zij niet effectief zijn geweest in hun tenuitvoerlegging. In deze zaak zou het enkel dienen te gaan om de vraag of, en zo ja, welke consequenties uit die niet-effectieve tenuitvoerlegging dienen voort te vloeien op civielrechtelijk en volkenrechtelijk vlak. Bovendien, indien de Verenigde Naties de verplichtingen voortvloeiende uit Section 29 van de Convention zouden zijn nagekomen, had hoe dan ook een toets plaatsgevonden, die kennelijk de tenuitvoerlegging ook niet had belemmerd, althans welke toets belangrijker werd gevonden dan mogelijke belemmeringen. Eerst omdat de Verenigde Naties geen mogelijkheid tot toegang hebben geboden op grond van Section 29 van de Convention is artikel 6 EVRM in beeld gekomen.



189. In de laatste zin van rechtsoverweging 5.23 overweegt de rechtbank dat de Verenigde Naties niet voor de nationale rechter kunnen worden gedaagd *enkel* op grond van de door artikel 6 EVRM verzekerde toegang tot de rechter. Die conclusie kan in elk geval niet worden getrokken op grond van de uitspraken van het EHRM in Behrami en Saramati en met inachtneming van Section 29 van de Convention.

#### Jurisprudentie EHRM: immuniteit internationale organisaties

190. Voor een goed begrip van de uitspraak van het EHRM d.d. 18 februari 1999 inzake Waite en Kennedy/Duitsland (nr. 26083/94), die ook in de dagvaarding is aangehaald (zie punt 456 e.v. van de dagvaarding) herhaalt de Stichting c.s. kort de casus. De aangehaalde uitspraak betrof twee werknemers van de Europese ruimtevaartorganisatie ESA. Die werknemers werden ontslagen en stelden een arbeidsrechtelijke vordering in voor de Duitse rechter. De Duitse rechter oordeelde dat hij niet bevoegd was van de vordering kennis te nemen, vanwege de immuniteit van ESA. Tegen dat oordeel richtten de werknemers zich in hun beroep bij het EHRM, onder verwijzing naar artikel 6 EVRM. De kernoverwegingen van de uitspraak van het EHRM zijn (zie rechtsoverwegingen 67 en 68):

*'It should be recalled that the Convention is intended to guarantee not theoretical or illusory rights, but rights that are practical and effective. This is particularly true for the right of access to the courts in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial.*

(...)

*'For the Court, a material factor in determining whether granting ESA immunity from German jurisdiction is permissible under the Convention is whether the applicants had available to them reasonable alternative means to protect effectively their rights under the Convention.'*

191. Vervolgens heeft het EHRM onder rechtsoverweging 69 geoordeeld dat de door ESA ingeroepen immuniteit alleen prevaleerde omdat er een alternatieve effectieve rechtsgang aanwezig was. Dit impliceert dat in het onderhavige geval immuniteit niet kan worden toegekend, nu de Stichting c.s. geen alternatieve effectieve rechtsgang tegen de VN ter beschikking staat. De Stichting c.s. zal hieronder nader in gaan op het ontbreken van een alternatieve effectieve rechtsgang in deze zaak.

192. De rechtbank erkent terecht dat staten zich naar het oordeel van het EHRM niet mogen onttrekken aan hun verplichtingen onder het EVRM door bevoegdheden over te dragen aan internationale organisaties. Het is sowieso de vraag is of dat oordeel is terug te voeren op de aangehaalde uitspraak van het EHRM, de rechtbank verwijst niet naar een bepaalde rechtsoverweging. Dit onttrekken aan verplichtingen onder het EVRM is echter precies wat in deze zaak gebeurt; de Nederlandse Staat geeft niet thuis en verwijst naar de Verenigde Naties. Vervolgens stelt de Nederlandse Staat dat de partij waar zij naar heeft verwezen op grond van immuniteit niet mag worden aangesproken. De rechtbank had die redenering nooit mogen volgen. De rechtbank vervolgt dat het EHRM zich op het standpunt 'lijkt' te stellen dat immuniteiten van internationale organisaties alleen dan verenigbaar zijn met artikel 6 EVRM indien bij de betrokken internationale organisatie een redelijk alternatief tot bescherming van EVRM-rechten bestaat. Door het woord 'lijkt' te gebruiken heeft de rechtbank blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het oordeel van het EHRM geeft geen aanleiding om aan te nemen dat het EHRM iets anders heeft bedoeld dan in de uitspraak is uitgedrukt. Het vervolg van de constatering van de rechtbank had dienen te zijn dat de immuniteit van de Verenigde Naties in de onderhavige zaak niet verenigbaar is met artikel 6 EVRM en dat de Verenigde Naties geen redelijk alternatief bieden tot bescherming van EVRM-rechten. Immers, aan Section 29 van de Convention is (al meer dan 60 jaar) geen uitvoering gegeven. De rechtbank heeft Section 29 in dit kader niet eens besproken, hetgeen zij had moeten doen.
193. In eerste aanleg en in het bovenstaande heeft de Stichting c.s. gewezen op de jurisprudentie van de Hoge Raad. Indien een alternatieve en effectieve rechtsgang ontbreekt, dient de immuniteit van de internationale organisatie te wijken voor de belangen van de rechtzoekende (20 december 1985, NJ 1986, 438 (Spaans/Iran-United States Claims Tribunal)). In het aangehaalde arrest werd verder uitdrukkelijk geoordeeld dat het feit dat de verweten gedraging onder de functionele immuniteit valt, niet in de weg staat aan de bovenbedoelde belangenafweging (zie rechtsoverweging 3.3.5). In het aangehaalde arrest werd immuniteit toegekend, uitsluitend omdat de desbetreffende internationale organisatie voorzag in een alternatieve en effectieve rechtsgang (zie rechtsoverweging 3.3.6). Ook in de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, 28 november 2001, NJkort 2002, 1, oordeelde de rechtbank dat zij bevoegd was van het geschil kennis te nemen indien een internationale organisatie een beroep doet op haar immuniteit, maar geen alternatieve effectieve rechtsgang ter beschikking staat.

## Rechtsoverweging 5.24

194. Onder rechtsoverweging 5.24 borduurt de rechtbank voort op haar eerdere oordeel dat staten zich niet aan hun verplichtingen onder het EVRM mogen onttrekken door bevoegdheden over te dragen aan internationale organisaties. Van een dergelijke beperking door overdracht van bevoegdheden is volgens de rechtbank geen sprake, omdat de Verenigde Naties zijn opgericht voor de inwerkingtreding van het EVRM. Deze overweging is zeer gekunsteld en lijkt te zijn ingegeven door de wens van de rechtbank om hoe dan ook de immuniteit van de Verenigde Naties te handhaven. De rechtbank had dienen te toetsen aan artikel 6 EVRM en niet aan de door de rechtbank geformuleerde regel over de overdracht van bevoegdheden. Hier wreekt zich het feit dat de rechtbank zich baseert op een uitspraak die betrekking heeft op toerekening. In die zaak werden juist niet de Verenigde Naties aangesproken maar staten. Die staten mogen zich niet aan hun verantwoordelijkheid onttrekken door bevoegdheden over te dragen, maar daar gaat het in casu niet om. De Verenigde Naties worden immers aangesproken. Evenmin is juist de overweging van de rechtbank dat de overwegingen van het EHRM inzake Waite en Kennedy geen toepassing vinden voor de Verenigde Naties. Ook is het onjuist te oordelen dat het EVRM niet meer zou gelden omdat de Verenigde Naties eerder zijn opgericht dan het EVRM in werking is getreden. Het volgende is daarbij van belang.

195. Het EVRM is geen verdrag dat op de datum van ondertekening in november 1953 uit de lucht kwam vallen. Het is een codificatie van op dat moment reeds lang bestaande overtuigingen omtrent mensenrechten. De regeringen van de verdragsluitende staten overwogen onder andere:

*‘Gelet op de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens die op 10 december 1948 door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties is afgekondigd’*

en:

*‘dat deze Verklaring ten doel heeft de universele en daadwerkelijke erkenning en toepassing van de rechten die daarin zijn nedergelegd te verzekeren.’*

en verder:

*‘Opnieuw haar diep geloof bevestigende in deze fundamentele vrijheden die de grondslag vormen voor gerechtigheid en vrede in de wereld en welke handhaving vooral steunt, enerzijds op een waarlijk democratische regeringsvorm, anderzijds op het gemeenschappelijk begrip en de gemeenschappelijke eerbiediging van de rechten van de mens waarvan die vrijheden afhankelijk zijn.’*

196. Uit de bovenstaande citaten blijkt dat het EVRM een codificatie is van langer bestaande, diep gewortelde overtuigingen over mensenrechten en democratie. Die overtuigingen zijn ouder dan de Verenigde Naties zelf en de betreffende rechten (waaronder het recht op toegang tot de rechter) die zijn gecodificeerd bestonden reeds bij de oprichting van de Verenigde Naties. Dat komt overigens ook wel tot uitdrukking in het bestaan van section 29 van de Convention. Het argument van de rechtbank ontleend aan de gedachte dat de Verenigde Naties ouder zijn dan het EVRM is derhalve onjuist. Aan het recht op toegang tot de rechter ontleen de Verenigde Naties mede hun bestaansrecht en bestaansgrond.
197. De rechtbank doet het in haar oordeel voorkomen alsof oudere normen voorrang zouden hebben boven jongere. Dat oordeel is op niets gebaseerd en onjuist, en de rechtbank laat ook na haar oordeel te onderbouwen.
198. Ook de beperking die de rechtbank aanbrengt op artikel 6 EVRM op grond van het feit dat de Verenigde Naties groter zijn dan de landen aangesloten bij het EVRM is in strijd met het recht. Die beperking gaat uit van de onjuiste gedachte dat het recht wordt bepaald door de grootte van een organisatie. Die redenering is het tegenovergestelde van rechtsbescherming. Naar mate een machtsconcentratie groter is, groeit de noodzaak van rechtsbescherming van burgers. Niet de macht zelf maar degene over wie macht wordt uitgeoefend moet worden beschermd door het recht. Dat is de essentie van fundamentele mensenrechten.

#### **Arrest EHvJ inzake Kadi & Al-Barakaat**

199. Het Europees Hof van Justitie heeft op 3 september 2008 een ook voor deze zaak belangrijke uitspraak gedaan over de verhouding tussen VN-resoluties en de grondrechten voortvloeiende uit het EU-Verdrag, daaronder mede begrepen artikel 6 EVRM.

De Stichting c.s. zal uitvoerig op die uitspraak in gaan. De Stichting c.s. zal achtereenvolgens bespreken de feiten, de conclusie van de advocaat-generaal en het arrest van het Hof in tweede aanleg. Kort gezegd brengt de uitspraak ten eerste met zich mee dat de communautaire rechtsorde los staat van verplichtingen uit internationale verdragen, waaronder VN-verdragen en regelgeving. Ten tweede brengt de uitspraak met zich mee dat de lidstaten van de Europese Unie en haar organen voor de nakoming van internationale verplichtingen dienen te toetsen of de uit het EU-verdrag voortvloeiende grondrechten van de burgers worden gewaarborgd. Daarmee is de onjuistheid van de redenering van de rechtbank evident.

## Feiten

200. De feiten kunnen in de zaak Kadi en Al-Barakaat (Hof van Justitie, d.d. 3 september 2008, zaak C-415/05 P, Al Barakaat International Foundation tegen Raad van de Europese Unie en Commissie van de Europese Gemeenschappen) als volgt kort worden weergegeven.
201. Het sanctiecomité van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties heeft Kadi en Al-Barakaat International Foundation aangemerkt als van steun aan het terrorisme verdachte personen, waarvan de tegoeden en andere financiële middelen moeten worden bevroren. Kadi en Al-Barakat hebben de rechtmatigheid van de verordening betwist, waarbij de Raad het bevel tot bevroering van haar tegoeden in de Europese Gemeenschap ten uitvoer heeft gelegd. Kadi en Al-Barakaat hebben onder andere betoogd dat de betreffende verordening inbreuk maakte op een aantal grondrechten, ondanks de beoogde bestrijding van het internationaal terrorisme en de doelstelling van de Verenigde Naties om vrede en veiligheid te brengen. De Raad en de Commissie hebben zich op het standpunt gesteld dat de verordening noodzakelijk is voor de tenuitvoerlegging van verbindende resoluties van de Veiligheidsraad en dat daarom de communautaire rechtelijke instanties zich er van dienen te onthouden deze verordening te toetsen aan de grondrechten. In wezen stelden zij dat wanneer de Veiligheidsraad heeft gesproken, het Hof dient te zwijgen.
202. De Nederlandse Staat heeft in de betreffende procedure geïntervenieerd aan de zijde van de Raad en de Commissie. De Nederlandse Staat heeft voor het Hof betoogd dat een door de Veiligheidsraad vastgestelde resolutie *‘in beginsel ontsnapt aan elke controle door de gemeenschapsrechter, ook op het gebied van de eerbieding van de grondrechten, en dus in zoverre immuniteit van jurisdictie geniet’* (zie nummer 262 bij het arrest).

Het standpunt van de Nederlandse Staat komt ook in deze procedure terug. Ook de rechtbank heeft geoordeeld in lijn met de aangehaalde redenering. Zowel de advocaat-generaal als het Hof heeft korte metten gemaakt met het geciteerde standpunt.

#### Conclusie advocaat-generaal bij het HvJ EG

203. In zijn conclusie van 23 januari 2008 heeft advocaat-generaal M. Poiares Maduro zijn mening gegeven over de zaak Al-Barakat. De conclusie is zeer lezenswaardig en geeft een goed onderbouwd beeld van de communautaire rechtsorde in verhouding tot andere volkenrechtelijke verplichtingen. De Stichting c.s. kan niet nalaten hier te wijzen op de conclusie die het Openbaar Ministerie op 7 november 2007 heeft genomen en haar pleitnotities van 18 juni 2008. Zoals reeds ter zitting van 18 juni 2008 bij gelegenheid van de dupliek is opgemerkt, had de conclusie van het OM het karakter van een rechtskundig advies moeten hebben. De conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro is een goed voorbeeld van zo een rechtskundig advies aan de gerechtelijke instantie. Gemotiveerd en met oog voor de belangen over en weer. Daartegenover kunnen de enkele pagina's die van de zijde van het OM in deze zaak zijn ingediend nog niet de minimale toets der kritiek doorstaan. Het is een eenzijdig stuk, waarin vrijwel letterlijk het standpunt van de Nederlandse Staat en de Verenigde Naties is overgenomen, zonder op de uitvoerige redenering van de Stichting c.s. ook maar met een woord in te gaan. Het Openbaar Ministerie is niet alleen voorbij gegaan aan het grote belang in deze zaak, waar de verantwoording voor het laten gebeuren van genocide aan de orde is, maar heeft ook geheel in strijd gehandeld met de juridische traditie voor het indienen van een conclusie door het OM.

204. Nu aan de conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro weinig valt toe te voegen, citeert de Stichting c.s. een aantal kernoverwegingen:

'21. *Het logische uitgangspunt van onze uiteenzetting dient natuurlijk het bekende arrest Van Gend & Loos te zijn, waarin het Hof heeft geoordeeld dat de communautaire rechtsorde een zelfstandige rechtsorde is. Het Hof oordeelde dat het Verdrag niet slechts een overeenkomst tussen staten is, maar een overeenkomst tussen de volkeren van Europa. Het was van mening dat het Verdrag "een nieuwe rechtsorde" in het leven heeft geroepen, die haar wortels vindt in, maar onderscheiden moet worden van het bestaande internationaal publiekrecht.*

*Met andere woorden, het Verdrag heeft een interne rechtsorde van grensoverschrijdende omvang gecreëerd, waarvan het zelf het “constitutionele handvest” vormt.’*

- ‘24. *Al deze zaken hebben gemeen dat, ofschoon het Hof er zorgvuldig op toeziet dat de Gemeenschap de krachtens het internationale recht op haar rustende verplichtingen nakomt, het eerst en vooral het door het Verdrag gecreëerde constitutionele kader tracht te beschermen. Het is daarom verkeerd, te concluderen dat, zodra de Gemeenschap door een regel van internationaal recht is gebonden, de communautaire rechterlijke instanties zich daaraan moeten onderwerpen en deze regel onvoorwaardelijk dienen toe te passen in de communautaire rechtsorde. De verhouding tussen het internationale recht en de communautaire rechtsorde wordt beheerst door de communautaire rechtsorde zelf en het internationale recht kan daarin alleen interfereren onder de voorwaarden die voortvloeien uit de constitutionele beginselen van de Gemeenschap.’*
- ‘32. *Daarbij komt dat de uit artikel 307 EG voortvloeiende verplichtingen en de daarmee verband houdende verplichting tot loyale samenwerking in beide richtingen werken: zij gelden zowel voor de Gemeenschap als voor de lidstaten. Artikel 307, tweede alinea, EG bepaalt dat “de betrokken lidstaat of [...] de betrokken lidstaten gebruik [maken] van alle passende middelen om de [...] onverenigbaarheid” tussen hun verplichtingen uit eerdere overeenkomsten en hun uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen “op te heffen”. Daartoe “verlenen de lidstaten elkaar bijstand [...] en volgen [zij] in voorkomende gevallen een gemeenschappelijke gedragslijn”. Op grond van die verplichting moeten de lidstaten hun bevoegdheden en verantwoordelijkheden in een internationale organisatie zoals de Verenigde Naties uitoefenen op een wijze die verenigbaar is met de primaire regels en de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht. Als leden van de Verenigde Naties dienen de lidstaten en vooral - in de context van deze zaak - de lidstaten die deel uitmaken van de Veiligheidsraad, aldus te handelen dat zo veel mogelijk wordt vermeden dat de organen van de Verenigde Naties besluiten nemen die in strijd kunnen zijn met de basisbeginselen van de communautaire rechtsorde. De lidstaten zelf zijn dus ertoe gehouden, het risico van conflicten tussen de communautaire rechtsorde en het internationale recht zo veel mogelijk te beperken.’*

- '34. *De stelling dat het in de onderhavige zaak gaat om een "politieke kwestie" met betrekking tot welke zelfs het geringste rechterlijk ingrijpen misplaatst is, valt mijns inziens niet te verdedigen. De omstandigheid dat een maatregel nodig is voor het behoud van de vrede en van de internationale veiligheid, kan de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht niet buiten spel zetten en kan particulieren hun grondrechten niet ontnemen. Dit doet geen afbreuk aan het belang van behoud van de vrede en van de internationale veiligheid, maar betekent eenvoudig dat het de plicht van de rechterlijke instanties blijft, de rechtmatigheid te onderzoeken van maatregelen die in conflict kunnen komen met andere belangen die eveneens zwaar wegen en waarvan de bescherming aan de rechterlijke instanties is opgedragen. (...)*'
- '35. *Buitengewone omstandigheden kunnen ongetwijfeld een rechtvaardigingsgrond vormen voor beperkingen van de individuele vrijheid die in normale omstandigheden onaanvaardbaar zouden zijn. Dit mag echter niet leiden tot de opvatting dat "er gevallen zijn waarin tijdelijk een sluier dient te worden gelegd over de vrijheid, zoals ooit een sluier werd gelegd over de beelden der goden". Het betekent evenmin dat, zoals het Verenigd Koninkrijk betoogt, in die gevallen alleen "uiterst marginale" rechterlijke toetsing mogelijk is. Integendeel, wanneer wordt aangenomen dat het gevaar voor de openbare veiligheid buitengewoon hoog is, is er ook een bijzonder grote druk om maatregelen te nemen die voorbijgaan aan de rechten van particulieren, vooral van particulieren die weinig of geen toegang hebben tot de politieke besluitvorming. Daarom dienen de rechterlijke instanties in die gevallen meer waakzaamheid te betrachten bij het vervullen van hun taak van handhaving van het recht. Aldus eisen de omstandigheden die buitengewone beperkingen van de grondrechten kunnen rechtvaardigen, tevens dat de rechterlijke instanties zorgvuldig nagaan of die beperkingen niet verder gaan dan nodig is. Zoals ik hieronder zal uiteenzetten, moet het Hof nagaan of er voldoende grond is om aan te nemen dat er bijzonder groot gevaar voor de veiligheid bestaat, en moet het zich ervan vergewissen dat de getroffen maatregelen het juiste evenwicht bewaren tussen de aard van het gevaar voor de veiligheid en de mate waarin die maatregelen inbreuk maken op de grondrechten van particulieren.'*



- '37. *Het is ongetwijfeld juist dat het Hof van Justitie bij de handhaving van de grondrechten binnen de gemeenschap inspiratie put uit de rechtspraak voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Er blijven echter aanzienlijke verschillen bestaan tussen de twee rechterlijke instanties. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft tot taak, de nakoming te verzekeren van de verplichtingen die voor de verdragsluitende staten uit het EVRM voortvloeien. (...) Het EG-Verdrag heeft daarentegen een autonome rechtsorde in het leven geroepen waarbinnen zowel staten als particulieren rechtstreekse rechten hebben. Het Hof van Justitie heeft tot taak, te handelen als de grondwettelijke rechter van de interne rechtsorde die de Gemeenschap is. (...)*'
- '38. *Ter terechtzitting heeft de Raad verklaard dat het Hof, door zijn rechterlijke taak uit te oefenen met betrekking tot handelingen van de gemeenschapsinstellingen die hun oorsprong vinden in resoluties van de Veiligheidsraad, de grenzen van zijn eigen functie zou overschrijden en "namens de internationale gemeenschap zou spreken". Deze stelling gaat duidelijk te ver. Indien het Hof oordeelt dat de omstreden resolutie niet kan worden toegepast binnen de communautaire rechtsorde, zal dat wellicht een aantal gevolgen hebben op internationaal vlak. Deze gevolgen dienen echter niet noodzakelijkerwijs negatief te zijn. Zij zijn de rechtstreekse consequentie van het feit dat bij de huidige stand van de regels die de werking van de Verenigde Naties beheersen, de enige mogelijkheid voor particulieren om toegang te krijgen tot een onafhankelijke rechterlijke instantie met het oog op passende bescherming van hun grondrechten erin bestaat, voor een nationale rechterlijke instantie op te komen tegen de nationale uitvoeringsmaatregelen.(...)*'
- '44. *(...) Het Hof mag echter niet, uit eerbied voor de opvattingen van die instellingen (bedoeld: zoals de Veiligheidsraad, toevoeging advocaten), voorbijgaan aan de fundamentele waarden die ten grondslag liggen aan de communautaire rechtsorde en die het dient te beschermen. Eerbied voor andere instellingen is alleen zinvol indien zij kan worden gebaseerd op een gemeenschappelijke opvatting van deze waarden en op een wederzijds streven om deze te beschermen.*

*In situaties waarin de fundamentele waarden van de Gemeenschap op het spel staan, kan het Hof dus genoopt zijn, door de gemeenschapsinstellingen getroffen maatregelen te toetsen en eventueel te vernietigen, zelfs wanneer die maatregelen uitdrukking geven aan de wensen van de Veiligheidsraad.*

45. *Dat de betrokken maatregelen bedoeld zijn om het internationale terrorisme te onderdrukken, mag het Hof niet ervan weerhouden, zijn opdracht van handhaving van het recht te vervullen. Daarmee betreedt het Hof niet het terrein van de politiek, maar herinnert het aan de grenzen die het recht aan bepaalde politieke beslissingen stelt. Dit is geen gemakkelijke taak en het is zeker een uitdaging voor een rechterlijke instantie om wijsheid te betrachten op het gebied van terrorismebestrijding. Hetzelfde geldt echter voor de politieke instellingen. Vooral op het gebied van de openbare veiligheid bestaat het gevaar dat bij de politieke besluitvorming al te veel wordt gereageerd op een algemeen heersend gevoel van bezorgdheid en zijn de autoriteiten geneigd, de vrees van velen te bedaren ten koste van de rechten van enkelen. Precies op dit punt dienen de rechterlijke instanties te interveniëren om te voorkomen dat de politieke eisen van vandaag de juridische werkelijkheid van morgen worden. Het is hun taak, ervoor te zorgen dat wat op een bepaald ogenblik politiek aangewezen lijkt, in overeenstemming is met het recht, zonder hetwelk op lange termijn een democratische samenleving niet daadwerkelijk kan bloeien. (...)*
- ‘49. *(...) Met betrekking tot het recht op effectieve rechterlijke toetsing heeft het Hof geoordeeld “dat de Europese Gemeenschap een rechtsgemeenschap is in die zin dat de instellingen niet ontkomen aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met het Verdrag en met de algemene rechtsbeginselen, waaronder de grondrechten. (...) Particulieren moeten zich bijgevolg daadwerkelijk voor de rechter kunnen beroepen op door hen aan de communautaire rechtsorde ontleende rechten, aangezien het recht op een daadwerkelijke rechtsbescherming een van de algemene rechtsbeginselen is die voortvloeien uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten.”(...)*

- '52. *Het recht op effectieve rechterlijke bescherming neemt een belangrijke plaats in onder de grondrechten. Ofschoon andere dwingende belangen een rechtvaardiging kunnen vormen voor een aantal beperkingen van dat recht, is het in een democratische samenleving onaanvaardbaar, afbreuk te doen aan de kern van dat recht. Zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Klass e.a. heeft geoordeeld "impliceert het rechtsstaatbeginsel onder meer dat elke aantasting van de rechten van een particulier door de uitvoerende macht het voorwerp moet kunnen zijn van een doeltreffende toetsing, die in de regel moet worden verricht door een rechterlijke instantie, althans in laatste aanleg, omdat toetsing door de rechter de beste waarborgen voor onafhankelijkheid, onpartijdigheid en een volgens de regels gevoerde procedure biedt".'*
- '54. *Het bestaan van een echt en effectief stelsel van toetsing door een onafhankelijke rechterlijke instantie op het niveau van de Verenigde Naties, zou de Gemeenschap wellicht hebben ontheven van de verplichting om te voorzien in rechterlijke toetsing van uitvoeringsmaatregelen die van toepassing zijn binnen de communautaire rechtsorde. Op dit ogenblik bestaat een dergelijk stelsel echter niet. Zoals de Commissie en de Raad in hun pleidooien zelf hebben beklemtoond, valt de beslissing om een persoon al dan niet te verwijderen van een sanctielijst van de Verenigde Naties, nog steeds onder de zuiver discretionaire bevoegdheid van het sanctiecomité, dat een diplomatiek orgaan is. In die omstandigheden moet worden geoordeeld dat het recht op toetsing door een onafhankelijke rechterlijke instantie niet is gewaarborgd op het niveau van de Verenigde Naties. Bijgevolg kunnen de gemeenschapsinstellingen niet aan een passende rechterlijke toetsing ontsnappen wanneer zij de betrokken resoluties van de Veiligheidsraad in de communautaire rechtsorde ten uitvoer leggen.'*

#### **Oordeel Hof van Justitie**

205. In de uitspraak van het Hof is de zaak van Al-Barakat gevoegd met de zaak van Kadi. Hierboven kwam al aan de orde dat de Nederlandse Staat (en met hem een aantal andere landen) in de procedure heeft geïntervenieerd. Het standpunt van de Nederlandse Staat wordt onder andere in de volgende rechtsoverwegingen besproken:

- '262. *De Franse Republiek, het Koninkrijk der Nederlanden, het Verenigd Koninkrijk en de Raad daartegen zijn het in grote lijnen eens met de analyse die het Gerecht dienaangaande in de bestreden arresten heeft verricht, en sluiten zich aan bij de conclusie die het daaruit heeft getrokken, namelijk dat, wat de materiële wettigheid van de litigieuze verordening betreft, dient de worden vastgesteld dat deze uitvoering geeft aan krachtens hoofdstuk VII van het Handvest van de Verenigde Naties vastgestelde resoluties van de Veiligheidsraad en als zodanig in beginsel ontsnapt aan elke controle door de gemeenschapsrechter, ook op het gebied van de eerbiediging van de grondrechten, en dus in zoverre immuniteit van jurisdictie geniet.*
263. *Anders dan het Gerecht zijn deze deelnemers aan de procedure evenwel van mening dat de gemeenschapsrechter geen enkele wettigheidscontrole kan uitoefenen op de inhoud van de resoluties van de Veiligheidsraad. Zij verwijten het Gerecht dus dat het heeft beslist dat een toetsing aan het jus cogens mogelijk is.'*
- '265. *Verder zijn de Franse Republiek, het Koninkrijk der Nederlanden, het Verenigd Koninkrijk en de Commissie van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de in de onderhavige zaken aan de orde zijnde grondrechten onder het jus cogens vallen.'*
- '268. *De Franse Republiek en het Koninkrijk der Nederlanden stellen het Hof voor, de motivering te veranderen en vorderen de verwerping van de middelen van Kadi en Al Barakaat betreffende het jus cogens omdat de gemeenschapsrechter volkomen onbevoegd is om de resoluties van de Veiligheidsraad te toetsen, ook aan het jus cogens.'*
- '281. *Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de Europese Gemeenschap een rechtsgemeenschap is in die zin dat noch haar lidstaten noch haar instellingen ontkomen aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met het constitutionele basishandvest dat in het EG-Verdrag is belichaamd, en dat dit Verdrag een volledig stelsel van rechtsmiddelen en procedures in het leven heeft geroepen, waarbij het toezicht op de wettigheid van de handelingen van de instellingen aan het Hof is opgedragen.*

282. *Verder mag een internationale overeenkomst geen inbreuk maken op de in de Verdragen vastgestelde bevoegdheidsregeling en dus op de autonomie van het communautaire rechtsstelsel waarvan het Hof krachtens de hem bij artikel 220 EG verleende exclusieve bevoegdheid de eerbiediging verzekert, welke bevoegdheid het Hof overigens reeds als een van de grondslagen van de Gemeenschap heeft beschouwd. (...)*
283. *Bovendien vormen de grondrechten volgens vaste rechtspraak een integrerend deel van de algemene rechtsbeginselen waarvan het Hof de eerbiediging verzekert. Het Hof laat zich daarbij leiden door de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten alsmede door de aanwijzingen die te vinden zijn in de internationale rechtsinstrumenten inzake de bescherming van de rechten van de mens waaraan de lidstaten hebben meegewerkt of waarbij zij zich hebben aangesloten. Aan het EVRM komt in dit opzicht bijzondere betekenis toe (...).*
284. *Voorts volgt uit de rechtspraak van het Hof dat de eerbiediging van de mensenrechten een vereiste is voor de wettigheid van communautaire maatregelen (...) en dat maatregelen die onverenigbaar zijn met de eerbiediging van deze rechten, in de Gemeenschap niet toelaatbaar zijn (...).*
285. *Uit al bovenstaande volgt dat de bij een internationale overeenkomst opgelegde verplichtingen geen afbreuk kunnen doen aan de constitutionele beginselen van het EG-Verdrag, waaronder het beginsel dat alle communautaire maatregelen de grondrechten moeten eerbiedigen, wat een voorwaarde is voor hun wettigheid, die door het Hof dient te worden gecontroleerd in het kader van het door dit Verdrag in het leven geroepen volledige stelsel van rechtsmiddelen.'*
- '290. *Bijgevolg dient te worden onderzocht of de beginselen die het verband tussen de in het kader van de Verenigde Naties tot stand gekomen internationale rechtsorde en de communautaire rechtsorde beheersen, zoals het Gerecht heeft geoordeeld, impliceren dat de rechter de materiële wettigheid van de litigieuze verordening in beginsel niet kan toetsen aan de grondrechten, ondanks het feit dat een dergelijke controle blijktens de in de punten 281 tot en met 284 van het onderhavige arrest in herinnering geroepen rechtspraak, een tot de grondslagen van Gemeenschap behorende constitutionele garantie vormt.'*

- '299. *Uit al het bovenstaande volgt dat de beginselen die de in het kader van de Verenigde Naties tot stand gekomen internationale rechtsorde beheersen, niet impliceren dat de rechter de materiële wettigheid van de litigieuze verordening niet kan toetsen aan de grondrechten omdat deze verordening beoogt uitvoering te geven aan een krachtens hoofdstuk VII van het Handvest van de Verenigde Naties vastgestelde resolutie van de Veiligheidsraad.*
300. *Verder vindt de stelling dat een gemeenschapshandeling als de litigieuze verordening ten gevolge van het beginsel van internationaalrechtelijke voorrang van de uit het Handvest van de Verenigde Naties voortvloeiende verplichtingen, in het bijzonder van die tot uitvoering van de krachtens hoofdstuk VII van dit Handvest vastgestelde resoluties van de Veiligheidsraad, immuniteit van jurisdictie zou genieten, geen steun in het EG-Verdrag.'*
- '303. *Deze bepalingen (bedoeld zijn: artikel 297 en 307 EG, toevoeging advocaten) kunnen evenwel niet aldus worden opgevat dat zij een afwijking toestaan van de beginselen van vrijheid, democratie en eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, die in artikel 6. lid 1, EU als grondslagen van de Gemeenschap worden beschouwd.*
304. *Artikel 307 EG biedt immers geenszins de mogelijkheid om de beginselen die behoren tot de grondslagen van de communautaire rechtsorde op de helling te zetten. Tot deze beginselen behoort het beginsel van de bescherming van de grondrechten, dat mede betrekking heeft op de controle door de gemeenschapsrechter van de wettigheid van de gemeenschapshandelingen, meer bepaald van hun verenigbaarheid met deze grondrechten.*
305. *Een vrijstelling van de litigieuze verordening van iedere vorm van rechterlijke controle van de verenigbaarheid ervan met de grondrechten die haar oorsprong zou vinden in de vermeende absolute voorrang van de resoluties van de Veiligheidsraad waaraan deze verordening uitvoering beoogt te geven, kan evenmin worden gebaseerd op de positie die de uit het Handvest van de Verenigde Naties voortvloeiende verplichtingen zouden innemen in de hiërarchie van de normen in*

*de communautaire rechtsorde indien deze verplichtingen een plaats kregen toebedeeld in deze hiërarchie.'*

- '321. *Hoe dan ook kan het feit dat deze regeling van de Verenigde Naties voorziet in een herzieningsprocedure voor het sanctiecomité niet leiden tot een algemene immuniteit van jurisdictie in het kader van de interne communautaire rechtsorde, zelfs niet indien rekening wordt gehouden met de wijzigingen die recentelijk aan deze procedure zijn aangebracht.*
322. *Een dergelijke immuniteit, die een belangrijke afwijking zou vormen van het bij het EG-Verdrag vastgestelde systeem van rechterlijke bescherming van de grondrechten, is immers niet gerechtvaardigd, aangezien deze herzieningsprocedure duidelijk niet de garanties van een rechterlijke bescherming biedt.'*
- '326. *Uit het bovenstaande volgt dat de gemeenschapsrechter overeenkomstig de hem bij het EG-Verdrag verleende bevoegdheden de wettigheid van alle gemeenschapshandelingen, daaronder begrepen de gemeenschapshandelingen die, zoals die litigieuze verordening, beogen uitvoering te geven aan krachtens hoofdstuk VII van het Handvest van de Verenigde Naties vastgestelde resoluties van de Veiligheidsraad, in beginsel volledig dient te toetsen aan de grondrechten die behoren tot de algemene beginselen van gemeenschapsrecht.*
327. *Bijgevolg heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de punten 212 tot en met 231 van het bestreden arrest Kadi en de punten 263 tot en met 282 van het bestreden arrest Yusuf en Al Barakaat te oordelen dat uit de beginselen die het verband tussen de in het kader van de Verenigde Naties tot stand gekomen internationale rechtsorde en de communautaire rechtsorde beheersen, voortvloeit dat, aangezien de litigieuze verordening beoogt uitvoering te geven aan een resolutie van de Veiligheidsraad die is vastgesteld krachtens hoofdstuk VII van het Handvest van de Verenigde Naties, dat dienaangaande geen enkele beoordelingsruimte laat, de inhoud ervan vrijgesteld dient te zijn van iedere vorm van rechterlijke wettigheidscontrole, behalve voor wat de verenigbaarheid ervan met de regels van het jus cogens betreft.'*

335. *Volgens vaste rechtspraak vormt het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming immers een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht dat voortvloeit uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten en dat is neergelegd in de artikelen 6 en 13 EVRM en dat ook opnieuw is bevestigd in artikel 47 van het op 7 december 2000 te Nice vastgestelde Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. (...)*
206. Het besproken arrest heeft betrekking op maatregelen van de Europese Gemeenschap. Uit het arrest blijkt dat het Europees Hof een toetsing aan de grondrechten van de communautaire rechtsorde ook bij resoluties voortvloeiende uit het VN-Handvest noodzakelijk vindt, zulks ter bescherming van de Europese burgers. Daarnaast spreekt het Hof zich uit dat een effectieve rechtsbescherming een grondrecht is binnen de communautaire rechtsorde, dat niet mag worden geschonden. De rechtbank is aan deze grondrechten van de Stichting c.s. ten onrechte voorbij gegaan, door te oordelen dat de Verenigde Naties een absolute immuniteit zou toekomen.

#### **Overige overwegingen rechtbank**

207. De rechtbank vermeldt in de laatste twee zinnen van rechtsoverweging 5.24 dat onder het EVRM primair die staat aansprakelijk zou zijn voor het niet bieden van toegang tot de rechter, binnen welk grondgebied de onrechtmatige handeling heeft plaatsgevonden. Die staat is volgens de rechtbank niet Nederland. De rechtbank laat ten onrechte na die vermelding te motiveren en zonder motivering is de opmerking onbegrijpelijk. Voor zover de rechtbank bedoelt dat mogelijk een andere rechter relatief bevoegd zou zijn, merkt de Stichting c.s. op dat het EVRM niet de relatief bevoegde rechter aanwijst. Daarop zijn de gewone regels van toepassing, die tot de slotsom leiden dat de rechtbank Den Haag bevoegd is (zie nummers 289 tot en met 292 van de dagvaarding in eerste aanleg).
208. Uit het bovenstaande vloeit voort dat de beperkingen die de rechtbank op artikel 6 heeft aangebracht onjuist zijn. De lezing van de rechtbank omtrent artikel 6 EVRM geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Ook waar de belangen van de Verenigde Naties mogelijk in het geding zijn, blijven de rechten op grond van artikel 6 EVRM gewaarborgd. De communautaire rechtsorde houdt in dat deze niet in rangorde ondergeschikt is aan de rechtsorde van de Verenigde Naties. Ook handelingen die voortvloeien uit VN-resoluties kunnen worden getoetst aan mensenrechten die worden gegarandeerd door het EVRM.



De lidstaten, waaronder Nederland, dienen er voor zorg te dragen dat deze communautaire rechtsorde - inclusief de mensenrechten voortvloeiende uit onder andere artikel 6 EVRM - worden gewaarborgd. In elk geval kan de redenering geen stand houden dat het EVRM niet zou gelden omdat het EVRM van een latere datum is dan de datum van oprichting van de Verenigde Naties.

209. Tot slot wijst de Stichting c.s. er nog op dat in de bovenaangehaalde zaak Al-Barakaat de Nederlandse Staat heeft geïntervenieerd aan de zijde van de Europese Raad. De Nederlandse staat heeft toen een gelijklopend standpunt ingenomen als in de onderhavige procedure, te weten dat al hetgeen de Verenigde Naties doen in het kader van de resoluties van de Veiligheidsraad krachtens Hoofdstuk VII van het VN-handvest, buiten de controle van de gemeenschapsrechter valt, ook op het gebied van de grondrechten en dat de Verenigde Naties in zoverre immuniteit van jurisdictie genieten (zie rechtsoverweging 262). Dat standpunt is in het licht van de aangehaalde uitspraak onjuist gebleken.

#### Grief 15

210. Ten onrechte heeft de rechtbank onder rechtsoverweging 5.25 overwogen:

*‘Toetsing aan artikel 14 IVBPR leidt niet tot een andere uitkomst.’*

#### Toelichting grief 15

211. Uit de hierboven geformuleerde grieven en toelichting daarop volgt dat toetsing aan artikel 14 IVBPR het gevolg zou moeten hebben dat de rechtbank bevoegd is om kennis te nemen van de vordering van de Stichting c.s. tegen de Verenigde Naties.
212. De rechtbank heeft verder miskend dat - anders dan bij het EVRM - vrijwel alle landen van de Verenigde Naties zijn toegetreden tot het IVBPR. De overweging van de rechtbank onder rechtsoverweging 5.24 dat aan bepaalde jurisprudentie geen betekenis toekomt in verband met het feit dat de uitspraken van het EHRM betrekking hadden op een Europese internationale organisatie met een slechts beperkt Europees lidmaatschap, kan op het IVBPR niet van toepassing zijn. Zonder nadere motivering, die ontbreekt, is het onbegrijpelijk dat de rechtbank heeft geconcludeerd dat toetsing aan artikel 14 IVBPR niet tot een andere uitkomst zou leiden.

Immers, vrijwel alle landen van de Verenigde Naties hebben met het IVBPR het recht op toegang tot de rechter gegarandeerd, welk beginsel overigens ook al tot uitdrukking is gebracht in section 29 van de Convention.

#### Grief 16

213. Ten onrechte heeft de rechtbank onder rechtsoverweging 5.26 overwogen:

*‘Het onderzoek van de rechtbank naar een mogelijke botsing van de volkenrechtelijk geldende absolute immuniteit van de VN en andere normen van internationaal recht leidt dus niet tot een uitzondering op deze immuniteit.’*

#### Toelichting grief 16

214. In het licht van de hierboven geformuleerde grieven en de toelichting daarop dient te worden geconcludeerd dat rechtsoverweging 5.26 onjuist is. Kortheidshalve verwijst de Stichting c.s. naar de bovenstaande grieven met toelichting.

#### Grief 17

215. Ten onrechte heeft de rechtbank onder rechtsoverweging 5.27 overwogen:

*‘Op grond van het voorgaande dient de incidentele vordering van de Staat tot onbevoegdverklaring van de rechtbank in de zaak van de Stichting c.s. tegen de VN te worden toegewezen.’*

Verder heeft de rechtbank onder rechtsoverweging 5.28 ten onrechte overwogen:

*‘Gegeven deze uitkomst kan de tweede incidentele vordering van de Staat, tot tussenkomst dan wel voeging in het geding van de Stichting c.s. tegen de VN, buiten behandeling blijven.’*

216. Voorts heeft de rechtbank onder rechtsoverweging 5.29 ten onrechte overwogen:

*‘De Stichting c.s. dienen, als de in het ongelijk gestelde partij, te worden veroordeeld in de kosten van dit incident.’*

#### **Toelichting grief 17**

217. In het licht van de hierboven geformuleerde grieven en de toelichting daarop, had de rechtbank de incidentele vordering tot onbevoegdverklaring in de zaak van de Stichting c.s. tegen de VN moeten afwijzen. Dat brengt met zich mee dat de rechtbank de vorderingen van de Nederlandse Staat tot tussenkomst, subsidiair voeging, had dienen te behandelen. Die behandeling zal alsnog dienen plaats te vinden. De Stichting c.s. volhardt in haar verweer tegen die incidentele vordering en verwijst naar hetgeen zij in haar incidentele conclusie van antwoord en pleitnotities in eerste aanleg heeft gesteld. Ook de incidentele vorderingen van de Nederlandse Staat tot tussenkomst en voeging dienen te worden afgewezen.

#### **Grief 18**

218. De rechtbank heeft onder rechtsoverweging 6 ten onrechte beslist zoals zij heeft gedaan.

#### **Toelichting grief 18**

219. In het licht van de hierboven geformuleerde grieven en de toelichting daarop had de rechtbank de incidentele vorderingen van de Nederlandse Staat moeten afwijzen en beslissen dat zij bevoegd was kennis te nemen van de vorderingen van de Stichting c.s. jegens de Verenigde Naties. Uit het bovenstaande vloeit verder voort dat de rechtbank de Stichting c.s. ten onrechte uitvoerbaar bij voorraad in de kosten heeft veroordeeld en dat de rechtbank ten onrechte geen beslissing heeft genomen in het incident tot tussenkomst, subsidiair voeging.

220. Bij het bovenstaande dient nogmaals te worden betrokken dat de Verenigde Naties zich in deze procedure niet zelf heeft laten horen.

Slechts de Nederlandse Staat stelt dat hij voldoende belang heeft bij het bepleiten van de immuniteit van de Verenigde Naties, op grond van de volkenrechtelijke verplichting die de

Nederlandse Staat daartoe zou hebben. In het bovenstaande bleek dat er tal van andere, zwaarwegender volkenrechtelijke en mensenrechtelijke verplichtingen op de Nederlandse Staat rusten die met het beroep op immuniteit zijn veronachtzaamd. Bedacht dient te worden dat het daarbij niet gaat om een toevallige veronachtzaming van de volkenrechtelijke en mensenrechtelijke plichten, daaronder medebegrepen de verplichting van de Nederlandse Staat in het kader van zijn lidmaatschap van de Europese Unie. De actie van de Nederlandse Staat moet worden teruggevoerd op haar werkelijk belang. Immers, indien immuniteit wordt toegekend en de Nederlandse rechter zich onbevoegd verklaard, kan de Nederlandse Staat zich in zijn verweer beperken en blijven verwijzen naar de Verenigde Naties.

**Met conclusie:**

Dat het uw gerechtshof mag behagen bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad:

1. te vernietigen het vonnis waartegen beroep is ingesteld;
2. alsnog te bepalen dat de rechtbank 's-Gravenhage bevoegd is om kennis te nemen van de vorderingen die de Stichting c.s. heeft ingesteld bij exploit van dagvaarding van 4 juni 2007 tegen de Verenigde Naties;
3. om de Nederlandse Staat te veroordelen om al hetgeen de Stichting c.s. ter uitvoering van het bestreden vonnis aan de Nederlandse Staat mocht hebben voldaan aan appellanten terug te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling tot de dag van terugbetaling;
4. om de Nederlandse Staat te veroordelen in de kosten van beide instanties, te vermeerderen met de nader door het gerechtshof te bepalen nakosten, een en ander te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het arrest, en - voor het geval voldoening van de (na)kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt - te vermeerderen met de wettelijke rente over de (na)kosten te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening.

M.R. Gerritsen (procesadvocaat)

A. Hagedorn

J. Staab

S.A. van der Sluijs