

Datum: 15 augustus 2023

Betreft: Preconsultatie Modernisering van het Nederlandse sanctiestelsel

## 1 INLEIDING

1. Als advocaten die in meerdere zaken schuldeisers vertegenwoordigen die slachtoffer zijn van het huidige regime aan de macht in de Russische Federatie, hebben wij kennisgenomen van de Preconsultatie Modernisering van het Nederlandse sanctiestelsel, en delen daarop graag onze visie.
2. De directe aanleiding voor de voorgenomen modernisering, aldus het Preconsultatiedocument,<sup>1</sup> is terug te vinden in "*de sterke toename van het gebruik van het sanctie-instrument naar aanleiding van de Russische aanvalsoorlog tegen Oekraïne*". Het Preconsultatiedocument erkent dat "[h]et gebruik en de vormen van sancties die worden toegepast blijven groeien".<sup>2</sup> De modernisering van de Sanctiewet ziet op verschillende thema's waaronder beheer en bewind van (langdurig) bevroren tegoeden en economische middelen.<sup>3</sup>
3. Op zowel EU als nationaal niveau wordt nagedacht over de vraag hoe de bevroren tegoeden gebruikt kunnen worden ten behoeve van de wederopbouw van Oekraïne,<sup>4</sup> maar ook om de tenuitvoerlegging te vergemakkelijken voor "*others to whom courts and tribunals have granted compensatory awards*".<sup>5</sup> Daarbij wordt met name gedacht aan de (bevroren) tegoeden van de Russische Federatie die zich in Nederland en de EU bevinden.
4. In het publieke debat wordt vaak simpelweg gesuggereerd de (bevroren) tegoeden maar te confisqueren. Aan het toe-eigenen van die tegoeden zonder dat daar een wettelijke basis of titel voor is, zij het op basis van het internationaal recht of op basis van een vonnis, kleven ernstige bezwaren.
5. Om die reden hebben wij eerder al een alternatief scenario geschetst, waarin het schuldeisers van de Russische Federatie – die dus al een door een rechter beoordeelde en toegewezen titel hebben – verhaal kunnen nemen op de in Nederland gelegen (bevroren) tegoeden, waarbij een deel van de executieopbrengsten ten goede komt aan een staatsfonds voor de wederopbouw van Oekraïne en/of aan de slachtoffers van de door de Russische Federatie gepleegde misdaden.<sup>6</sup>

6. Immers: aangezien de bevroren tegoeden van de Russische Federatie tot haar staatseigendom behoren, genieten die tegoeden in beginsel (staats)immunititeit. Dat maakt dat die tegoeden niet door de (door de rechter erkende) schuldeisers van de Russische Federatie uitgewonnen kunnen worden (terwijl zij zelf haar schulden niet voldoet). Naar aanleiding van de ernstige schendingen van het internationaal recht door de Russische Federatie in Oekraïne is de steun voor het opschorten van de staatsimmunititeit echter sterk toegenomen, onder meer om de Russische Federatie ertoe aan te zetten haar schendingen van het internationaal recht te beëindigen. Dit zou weerspiegeld kunnen worden in de nieuwe Sanctiewet, wat ook in lijn zou zijn met de doelstellingen van de modernisering van het sanctiestelsel – het "*komen tot betere en effectieve wetgeving die nauwer aansluit bij de nalevingpraktijk*".<sup>7</sup> Met het opschorten van deze immunititeit zou de hiervoor geschetste route begaanbaar worden en kunnen de bevroren tegoeden ten goede komen aan de slachtoffers van de Russische Federatie; niet alleen degenen die in rechte al een vergoeding daarvoor toegewezen hebben gekregen, maar ook de Oekraïense burgers die nog geen titel hebben.
7. In deze zienswijze gaan wij in op de juridische mogelijkheden voor de opschorting van staatsimmunititeit voor bevroren tegoeden, wat kan dienen als verdere inspiratie voor de bepalingen in de gemoderniseerde Sanctiewet. Wij belichten dit vanuit verschillende invalshoeken, waarbij zowel het belang van internationale mensenrechten als de behoefte aan effectieve rechtsmiddelen worden benadrukt.

## **2 OPSCHORTING VAN DE STAATSIMMUNITEIT BIJ ERNSTIGE SCHENDINGEN VAN HET INTERNATIONAAL RECHT**

### **2.1 Opschorting van de staatsimmunititeit op basis van een uitzondering bij ernstige schendingen van het internationaal recht**

#### **2.1.1 Ontwikkelingen**

8. Het beginsel van staatsimmunititeit wordt beheerst door internationaal gewoonterecht, dat voortdurend ontwikkelt als gevolg van het verschuiven van waarden en prioriteiten binnen de internationale gemeenschap – "*with the theoretical possibility of occurring nearly overnight*".<sup>8</sup> Wanneer universele mensenrechten en het humanitair recht in gevaar komen, kan het internationaal recht zich bijzonder snel ontwikkelen. Dit blijkt ook uit de reactie op de internationale misdrijven die de Russische Federatie heeft begaan in Oekraïne, die zijn vastgesteld door – onder meer – de VN en het Internationaal Gerechtshof ("IGH").<sup>9</sup>
9. Recent is er steeds meer steun gekomen voor een uitzondering op staatsimmunititeit – waaronder immunititeit tegen vervolging door de rechtelijke

macht van een andere staat (immunititeit van jurisdictie) en immunititeit tegen inbeslagname van zijn in het buitenland bevindende eigendommen (immunititeit van executie) – in gevallen waarin een staat ernstige schendingen van het internationaal recht heeft begaan, zoals oorlogsmisdaden of misdaden tegen de menselijkheid.

10. Al in 1999 constateerde de Commissie voor Internationaal Recht ("ILC") van de Verenigde Naties een ontwikkeling binnen de internationale gemeenschap waarbij "*immunity should be denied in the case of [...] acts of a State in violation of human rights norms having the character of jus cogens*". De ILC kwalificeerde dit als een trend "*which should not be ignored*".<sup>10</sup> Vanuit dat perspectief heeft de ILC,<sup>11</sup> net als individuele staten,<sup>12</sup> benadrukt dat toekomstige maatregelen over staatsimmunititeit kunnen worden aangenomen, nu deze in lijn zijn met de algemene richting waarin het internationaal recht zich geleidelijk ontwikkelt, vooral met betrekking tot de bescherming van mensenrechten.
11. Deze praktijk wordt bevestigd door de ontwikkeling waarbij staten immunititeit opheffen in het geval van dergelijke schendingen. Een aantal landen, waaronder de Verenigde Staten en Italië, hebben dergelijke uitzonderingen al erkend – zie bijvoorbeeld de terrorisme-uitzondering onder de *Foreign Sovereign Immunities Act* ("FSIA")<sup>13</sup> en een uitspraak van het Italiaanse Constitutionele Hof waarbij de immunititeit van Duitsland werd opgeheven vanwege ernstige schendingen begaan tijdens de Tweede Wereldoorlog.<sup>14</sup> Ook is de EU actief aan het zoeken naar mogelijkheden om bevroren Russische tegoeden, zoals reserves bij centrale banken, in beslag te nemen en de ontvangsten te gebruiken voor de wederopbouw van Oekraïne.<sup>15</sup> In het Verenigd Koninkrijk is onlangs de *Bill on the Seizure of Russian State Assets in Support of Ukraine* geïntroduceerd.<sup>16</sup> Het wetsvoorstel biedt een wettelijke basis en een administratieve procedure voor het in beslag nemen van Russische staatseigendommen, waarbij de regering een *trustee* kan aanstellen die de bewaring en het beheer van die tegoeden op zich neemt. Het doel is om financiële steun te geven aan de verdediging en wederopbouw van Oekraïne en de Russische Federatie verantwoordelijk te houden voor haar grove schendingen van het internationaal recht, onder andere door het verrichten van "*payments due to [...] any person pursuant to any final, outstanding and unpaid order of an international court or tribunal*".<sup>17</sup> Canada heeft eveneens verstrekkende wetten aangenomen die het mogelijk maken om Russische tegoeden in beslag te nemen.<sup>18</sup> Dergelijke maatregelen zien op zowel het opheffen van de staatsimmunititeit, als het creëren van een titel en gaan daarmee dus *verder* dan het hierboven genoemde voorstel, waarbij de staatsimmunititeit zou worden opgeheven ten aanzien van crediteuren met een reeds bestaande titel.

### 2.1.2 De ratio

12. De gedachte achter het opschorten van staatsimmunititeit is dat *jus cogens* – oftewel dwingende normen van internationaal publiekrecht – de fundamentele waarden van de internationale gemeenschap beschermen, waarvan niet mag worden afgeweken.<sup>19</sup> Zij hebben dus voorrang op andere regels van internationaal recht, waaronder ook op staatsimmunititeit.<sup>20</sup>
13. Eén van de belangrijkste grondslagen van staatsimmunititeit is immers het bevorderen van stabiele internationale relaties en het voorkomen van diplomatieke incidenten.<sup>21</sup> De volkenrechtelijke immunititeit is echter een *voorrecht* dat wordt verleend door de ene staat aan de andere en kan alleen op basis van wederkerig respect tussen juridisch gelijk(waardig)e soevereine Staten een stabiliserende functie blijven vervullen. Wanneer een staat ernstige internationale misdrijven pleegt die aanleiding geven tot verstreckende sancties, die deze betrekkingen in feite stilleggen, is de ratio van het verlenen van immunititeit van executie buiten beeld geraakt.
14. Voorts vereist het internationaal recht dat staten niet passief toezien hoe ernstige schendingen van internationaal recht worden begaan<sup>22</sup> en verbiedt het staten om op enigerlei wijze hulp of bijstand te verlenen bij het in stand houden van dergelijke schendingen.<sup>23</sup> Het verlenen van onvoorwaardelijke immunititeit aan een staat die internationale misdrijven begaat zou de agressor *de facto* in staat kunnen stellen, of zelfs kunnen aanmoedigen, tot het voortzetten van deze gedragingen. De door de handhaving van de immunititeit beschermde tegoeden zouden in een dergelijk geval immers direct of indirect gebruikt kunnen worden om het plegen van deze grove schendingen van het internationaal recht te vergemakkelijken of te bestendigen.<sup>24</sup> Vanuit het oogpunt van de internationale openbare orde zou het toestaan van executiemaatregelen ten laste van specifieke tegoeden van staten een krachtige eerste stap zijn in de richting van het vervullen van de verplichting om niet passief toe te kijken bij schendingen van dwingende normen.<sup>25</sup>

### 2.2 Opschorting van de staatsimmunititeit als tegenmaatregel

15. Daarnaast biedt ook het bestaande stelsel van tegenmaatregelen een andere – deels overlappende<sup>26</sup> – route voor het opschorten van de staatsimmunititeit.
16. Tegenmaatregelen zijn in beginsel onwettige handelingen (waarbij geen geweld kan worden gebruikt) die niettemin toelaatbaar zijn wanneer ze door een staat worden genomen als reactie op de onwettige handelingen van een andere staat. Ze zijn bedoeld om de verantwoordelijke staat ertoe aan te zetten zijn verplichtingen uit hoofde van het internationaal recht weer na te komen.

17. De schendingen die de Russische Federatie in Oekraïne begaat, maken inbreuk op de fundamentele normen van internationaal recht welke de gehele internationale gemeenschap treffen.<sup>27</sup> Hierdoor zou elke staat tegenmaatregelen kunnen nemen als reactie op de schendingen door de Russische Federatie, als ware hij zelf een benadeelde staat, teneinde de Russische Federatie ertoe te bewegen haar schendingen te beëindigen en Oekraïne schadeloos te stellen.<sup>28</sup> Het opschorten van staatsimmunitet kan een dergelijke tegenmaatregel zijn.<sup>29</sup>
18. Tegenmaatregelen zijn onderworpen aan bepaalde vereisten.<sup>30</sup> Zo mag een tegenmaatregel niet onomkeerbaar zijn. De bedoeling is het tijdelijk opschorten, en niet het beëindigen, van een verplichting of voorrecht. Voor zover mogelijk, worden dergelijke maatregelen op zodanige wijze genomen dat de nakoming van de betrokken verplichtingen kan worden hervat (artikel 49 lid 3 van de ILC Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts ("**ILC-Artikelen**"). Tevens moet rekening worden gehouden met een evenredigheidsvereiste.<sup>31</sup> Tegenmaatregelen moeten in verhouding staan tot de geleden schade, rekening houdend met de ernst van de internationale onrechtmatige daad en de betrokken rechten (artikel 51 ILC-Artikelen).
19. De vereisten van omkeerbaarheid en evenredigheid zijn inherent met elkaar verbonden. Als een staat de keuze heeft tussen twee effectieve tegenmaatregelen, kan de keuze voor de maatregel die de minste onomkeerbare schade veroorzaakt – vooral als de schade voornamelijk beperkt is tot economisch verlies – helpen de evenredigheid van de tegenmaatregel te waarborgen.<sup>32</sup>
20. In dat verband geldt – zoals erkend door de ILC – dat het omkeerbaarheidsvereiste geen absoluut vereiste is.<sup>33</sup> Het zou ook ondoenlijk zijn om te verwachten dat "*it be possible in all cases to reverse all of the effects of countermeasures*".<sup>34</sup> Het zwaartepunt ligt bij de vraag of de bredere rechtsverhouding tussen de staten in stand kan worden gehouden of anderszins opnieuw kan worden opgebouwd, nadat de tegenmaatregelen zijn beëindigd – en niet zozeer bij de vraag of de materiële gevolgen ongedaan kunnen worden gemaakt. Er is daarom aangevoerd dat zelfs onomkeerbare tegenmaatregelen toelaatbaar zijn in uitzonderlijke omstandigheden.<sup>35</sup>
21. De opschorting van de immunitet is in elk geval per definitie omkeerbaar: zodra de Russische Federatie haar internationale verplichtingen weer nakomt, kan haar classificatie als pleger van dergelijke misdrijven volledig ongedaan worden gemaakt en kan haar immunitet volledig worden hersteld.
22. Tegenmaatregelen zijn immers niet alleen bedoeld om de aanhoudende onrechtmatige daad te beëindigen, maar ook om herstel door de

verantwoordelijke staat te bewerkstelligen<sup>36</sup> – een verplichting uit hoofde van het recht inzake staatsaansprakelijkheid.<sup>37</sup> In november 2022 is dit formeel erkend door de Algemene Vergadering van de VN, welke stelde dat de Russische Federatie "*must bear the legal consequences of all of its internationally wrongful acts, including making reparation for the injury, including any damage, caused by such acts.*"<sup>38</sup>

23. Op internationaal niveau is ook het idee geopperd om een systeem te creëren waarbij Russische tegoeden worden overgedragen aan een internationaal fonds dat speciaal is opgericht om Oekraïne te compenseren en te helpen bij wederopbouw. Dit zou tevens een mogelijke tenuitvoerlegging vergemakkelijken voor andere partijen aan wie gerechten en internationale tribunalen schadevergoedingen hebben toegekend ten laste van de Russische Federatie.<sup>39</sup>
24. Overigens zijn bepaalde staatseigendommen, zoals diplomatieke en culturele tegoeden, in alle gevallen onaantastbaar, zodat voor die specifieke tegoeden de staatsimmunitet niet opgeheven of opgeschort kan worden. Zo bepaalt artikel 50 lid 2 (b) ILC-Artikelen dat de onschendbaarheid van diplomatieke of consulaire ambtenaren, gebouwen, archieven en documenten niet worden aangetast door tegenmaatregelen.
25. Kortom: er bestaat ons inziens voldoende juridische ruimte om de immunitet van bepaalde bevroren tegoeden van de Russische Federatie op te schorten. Daarmee wordt dan de weg geëffend om (door de rechter erkende) schuldeisers in staat te stellen zich op die tegoeden te verhalen. Daarbij kan aan die schuldeisers als voorwaarde voor verhaal, de verplichting worden opgelegd een (substantieel) deel van de executieopbrengsten ten goede te laten komen aan – bijvoorbeeld – een staatsfonds waaruit herstelbetalingen aan Oekraïne worden gedaan.

### **3 TOT SLOT**

26. Het is van groot belang dat de internationale gemeenschap samenwerkt om grove schendingen van internationaal (mensen)recht aan te pakken en ervoor te zorgen dat er effectieve mechanismen zijn om verantwoordelijkheid te bevorderen en gerechtigheid te bereiken. We kijken uit naar een reactie op deze zienswijzen en naar verdere stappen in de richting van de modernisering van het Nederlandse sanctiestelsel en de versterking van het internationale rechtsstelsel als geheel.
27. Wij zijn graag bereid om met u in gesprek te gaan over bovenstaande zienswijze en het voorstel voor de Modernisering van het Nederlandse sanctiestelsel.



**De Brauw Blackstone Westbroek N.V.**

**Prof. Tobias Cohen Jehoram**

Partner

- 
- 1 Preconsultatiedocument, p. 1.
- 2 Preconsultatiedocument, p. 1.
- 3 Brief aan de Tweede Kamer van 4 november 2022 betreffende modernisering van het Nederlandse sanctiestelsel; Preconsultatiedocument.
- 4 Brief aan de Tweede Kamer van 21 april 2023 betreffende stand van zaken sanctienaleving en handhaving, p. 5.
- 5 New Lines Institute for Strategy and Policy, "Multilateral Asset Transfer: A Proposal for Ensuring Reparations for Ukraine" (June 2023), p. 11. See also P. Zelikow, "A Legal Approach to the Transfer of Russian Assets to Rebuild Ukraine", *Lawfare* (12 May 2022).
- 6 Zie bijv. "Wederopbouw van Oekraïne met Russisch geld? Het kan", *NRC* (19 mei 2022).
- 7 Preconsultatiedocument, p. 2.
- 8 R.B. Baker, "Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates", *European Journal of International Law*, Vol. 21(1) (2010) 173.
- 9 Op 14 november 2022 erkende de Algemene Vergadering van de VN formeel dat de Russische Federatie "*must bear the legal consequences of all of its internationally wrongful acts, including making reparation for the injury, including any damage, caused by such acts.*" – Resolutie 11/5 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (14 november 2022) *Furtherance of remedy and reparation for aggression against Ukraine*, *UN Doc A/RES/ES-11/5* ([A/RES/ES-11/5 : UN Documents : Security Council Report](#)). Zie ook bijv. IGH, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Order on Provisional Measures, 16 maart 2022, I.C.J. Reports 2022, r.o. 81; OSCE, Verslag van de OVSE Moscow Mechanism's Mission of Experts getiteld 'Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine' (1 april-25 juni 2022), pp. 3-4.
- 10 ILC, Report of the Working Group on jurisdictional immunities of States and their property (1999), p. 172.
- 11 Yearbook of the ILC, 1980, Vol. II(2), Ch. VI, p. 151 ("*the executive [...] could make a declaration of general policy regarding the application of the rule of State immunity, for instance by imposing certain restrictions or limitations. [...] It could also introduce, or cause to be adopted, legislation more in line with the general direction in which it considers international law to be progressively developing*").
- 12 Declarations and Reservations to the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, UNTC, Ch. III-13 ([III-13.en.pdf \(un.org\)](#)), multiple of which contain statements to the effect that "*the Convention is without prejudice to any future international legal development concerning the protection of human rights*".
- 13 De FSIA is een van de meest in het oog springende voorbeelden van dit uitgangspunt. De terrorisme-uitzondering op de soevereine immuniteit in de FSIA (28 USC §§ 1605(a)(7) en 1605A) heft de immuniteit van staten op met betrekking tot staten die zijn aangewezen als "*State sponsors of terrorism*", maar niet met betrekking tot ernstige schendingen van het internationaal recht in een andere context dan terrorisme. De uitzondering strekt zich uit tot zowel immuniteit voor rechtsvervolging als immuniteit voor tenuitvoerlegging. De FSIA heeft geleid tot vonnissen tegen buitenlandse staten zoals Libië en Iran, en heeft de aanzet gegeven tot het IGH-arrest inzake *Certain Iranian Assets*. Zie bijv. *Bank Markazi v. Peterson* (2016), waar de eisers bijna USD 2 miljard aan tegoeden van de Iraanse Centrale Bank wisten te verkrijgen. Volgens Iran "*have [de Amerikaanse rechters] awarded approximately US\$ 56 billion against Iran in respect of its alleged involvement in various terrorist acts mainly outside the USA.*" – IGH, *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Application Instituting Proceedings, r.o. 25.
- 14 Een uitspraak van het Italiaanse Constitutionele Hof van 2014 verklaarde als ongrondwettelijk bepaalde nationale bepalingen die de Italiaanse rechter verbood de staatsimmuniteit van tenuitvoerlegging te beperken

op grond van het argument dat slachtoffers van oorlogsmisdaden en misdrijven tegen de menselijkheid, begaan door het Duitse Rijk, toegang moeten krijgen tot de rechter. Zie bijv. J.H.H. Weiler, "Editorial: Germany v Italy: Jurisdictional immunities – Redux (and redux and redux)", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 19(5) (2021), p. 1482. Verdere ontwikkelingen leidden er uiteindelijk toe dat Italië een [decreet](#) uitvaardigde tot oprichting van een zelf gefinancierd schadefonds bedoeld om de slachtoffers in kwestie schadeloos te stellen zonder afbreuk te doen aan de immuniteit van Duitsland tegen executie; de maatregel ondermijnt echter aantoonbaar de immuniteit van Duitsland tegen rechtsvervolging.

15 Zie bijv. [EU looks at investing frozen Russian state assets to raise cash for Ukraine – POLITICO](#).  
 16 [Seizure of Russian State Assets and Support for Ukraine Bill - Parliamentary Bills - UK Parliament](#).  
 17 [Seizure of Russian State Assets and Support for Ukraine Bill - Parliamentary Bills - UK Parliament](#), p. 4.  
 18 Zie de Canadese wet van 2022, de Special Economic Measures (Russia) Regulations, aangenomen als onderdeel van [wetsvoorstel C-19](#), die de regering in staat stelt om "economic measures" te nemen, ook "in relation to a foreign state", in het geval van "a grave breach of international peace and security has occurred, gross and systematic human rights violations have been committed in a foreign state" en "cause to be **seized or restrained in the manner set out in the order any property situated in Canada that is owned — or that is held or controlled, directly or indirectly — by [o.a.] a foreign state**", waarvan de opbrengsten onder andere kunnen worden gebruikt voor "the reconstruction of a foreign state adversely affected by a grave breach of international peace and security".

19 Zie Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, artikel 53.

20 Zie C. Barker, "Negotiating the Complex Interface between State Immunity and Human Rights: An Analysis of the International Court of Justice Decision in Germany v. Italy", *International Community Law Review*, Vol. 15 (2013); A. Orakhelashvili, "State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got it Wrong", *European of Journal International Law* (2008) 18; C.K. Hall, "UN Convention on State Immunity: the need for a Human Rights Protocol", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55(2) (2006), p. 426; P. da Sena en F. de Vittor, "State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case", *European Journal of International Law*, Vol. 16(1) (2005). Zie ook A. Pellet, "Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!", *European Journal of International Law* Vol 10(2) (1999), pp. 425-434. Het arrest van het IGH van 2012 inzake *Jurisdictional Immunities of the State* (IGH, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, I.C.J. Reports 2012) en het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ("EHRM") uit 2001 in de zaak *Al-Adsani/Verenigd Koninkrijk* (EHRM 21 november 2001, *Al-Adsani/Verenigd Koninkrijk* (nr. 35763/97)) worden vaak aangehaald als tegenstroom tegen deze trend. Deze uitspraken zijn echter door een toenemend aantal commentatoren en rechters bekritiseerd. Het voornaamste punt van kritiek betreft het feit dat de rechters niet voldoende rekening hebben gehouden met het onderlinge verband tussen het behoud van staatsimmuniteit en schendingen van dwingende normen van internationaal recht. Zie bijv. IGH, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, *Separate Opinion of Judge Bennouna*, par. 9, *Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade*, par. 297, 306, 316, en *Dissenting Opinion of Judge Yusuf*, par. 26; *Al-Adsani v. United Kingdom* (Application no. 35763/97), ECtHR, Judgment, 21 November 2001, *Joint Dissenting Opinion of Judges Rozakis and Caflisch joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajic*, par. 1-3; R. Pavoni, "An American Anomaly? On the ICJ's Selective Reading of United States Practice in *Jurisdictional Immunities of the State*", 21 *Italian YB Intl L* (2011), p. 143 (en [Germany versus Italy reloaded: Whither a human rights limitation to State immunity? - QIL QDI \(qil-gdi.org\)](#)); C. Espósito, "Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: 'A Conflict Does Exist'", *Italian YB Intl L* 21 (2011), p. 162; A. Bianchi, "Gazing at the Crystal Ball (again): State Immunity and Jus Cogens beyond Germany v Italy", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 4(3) (2013), p. 462; N. Ronzitti, "La Cour constitutionnelle italienne et l'immunité juridictionnelle des États", *Annuaire Français de Droit International* Vol. 60(3) (2014), p. 8; P. Webb, "A Moving Target. The Approach of the Strasbourg Court to Immunity" in A. van Aaken en I. Motoc (eds.), *The European Convention on Human Rights and General International Law* (Oxford University Press, 2018); C.E.M. Jervis, "Jurisdictional Immunities Revisited: An Analysis of the Procedure Substance Distinction in International Law", *European Journal of International Law*, Vol. 30 no. 1 (2019) ([www.ejil.org/pdfs/30/1/2954.pdf](#)); J. Polakiewicz,



"States' obligations under public international law in relation to the immunity of State officials – the European Court of Human Rights' perspective" (Boekarest, september 2022) (<https://rm.coe.int/seminar-bucharest-speaking-notes-jorg-polakiewicz/1680a86368>).

- <sup>21</sup> Zie bijv. H. Fox, *The Law of State Immunity* (2e edn., 2008), p. 751 ("[staatsimmunititeit fungeert] as a holding device by which confrontation between States is avoided"); L.M. Caplan, "State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory", *AJIL* 97 (2003) 741, p. 777 ("the sole raison d'être for state immunity under customary international law is so that states can perform their public functions effectively and ensure that international relations are conducted in an orderly fashion"); *Restatement (Third) of Foreign Relations Law* (1987), hoofdstuk 5, punt (A) ("[het beginsel van staatsimmunititeit wordt gerechtvaardigd als] necessary for the effective conduct of international intercourse and the maintenance of friendly relations"). Zie ook ILC, *Report of the International Law Commission to the General Assembly*, p. 156: "considerations of friendly and co-operative international relations".
- <sup>22</sup> Zie ook "Erga omnes obligations", [www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095756413](http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095756413).
- <sup>23</sup> ILC-Artikelen, artikel 41 lid 2: "[n]o State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation". Zie ook Commentary to Article 26 of the Draft Articles on State Responsibility, par. 6 ("one State cannot dispense another from the obligation to comply with a peremptory norm").
- <sup>24</sup> Vgl. het advies van de Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken ("CAVV") – een onafhankelijk orgaan dat de regering, de Tweede Kamer en de Eerste Kamer adviseert over volkenrechtelijke kwesties – in dit verband: CAVV, "Rechtsgevolgen van een ernstige schending van een regel van dwingend recht: de internationale rechten en plichten van staten bij schending van het agressieverbod", Advies Nr. 14, 17 November 2022, pp. 11-12.
- <sup>25</sup> E. Suy, "The Concept of Jus Cogens in Public International Law: papers and proceedings", *Conference on International Law*, Lagonissi (1966).
- <sup>26</sup> De terrorisme-uitzondering op staatsimmunititeit in de FSIA (zie hierboven 13) kan worden gezien als een tegenmaatregel in de vorm van het intrekken van immunititeit voor buitenlandse staten en hun tegoeden als reactie op de internationale onrechtmatige daad van het verlenen van materiële steun aan terrorisme. Zie bijvoorbeeld D. Franchini, "State Immunity as a Tool of Foreign Policy: The Unanswered Question of Certain Iranian Assets", *Virginia Journal of International Law* (2019) ([https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3449086](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3449086)). Zodra de staat zich conformeert aan de internationale praktijk en niet langer steun verleent aan terrorisme, wordt de immunititeit weer ingesteld. De VS hebben bijvoorbeeld de aanwijzingen voor staatsterrorismen van Irak en Libië verwijderd nadat respectievelijk Saddam Hoessein en Muammar Kadhafi waren afgezet. De herinvoering van de immunititeit betekende echter niet dat Irak en Libië werden ontheven van de verplichting van de vonnissen die tegen hen waren uitgesproken terwijl de immunititeit was opgeschort. In feite betaalden beide landen deze vonnissen door middel van schikkingen, wat resulteerde in de uitbetaling van fondsen via de US Foreign Claims Settlement Commission.
- <sup>27</sup> Zie bijv. noot 21 hierboven.
- <sup>28</sup> Het is algemeen aanvaard dat schendingen van erga omnes-normen aanleiding geven tot universele rechtsmacht. Zie bijv. ILC-Artikelen, artikelen 48, 51; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, par. 33 ("In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection"); CAVV, "Rechtsgevolgen van een ernstige schending van een regel van dwingend recht: de internationale rechten en plichten van staten bij schending van het agressieverbod", Advies Nr. 14, 17 november 2022, pp. 13ff. Zie ook C.J. Tams, "Standing to Take Countermeasures" in *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law* (2009), pp. 249-251.
- <sup>29</sup> Zie A. Tzanakopoulos, "Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 34 (2012) 133, p. 149.
- <sup>30</sup> De ILC-artikelen over de verantwoordelijkheid van staten bepalen onder andere dat de agressorstaat in kennis moet worden gesteld en de gelegenheid moet krijgen om zijn verplichtingen na te komen, inclusief zijn plicht om schadeloosstelling te bieden, voordat er tegenmaatregelen tegen hem worden genomen. Zie ILC-Artikelen, artikelen 43 en 52, lid 1. Met andere woorden, staten die tegenmaatregelen voorbereiden, zijn verplicht om de

Russische Federatie van hun besluit daartoe in kennis te stellen en aan te bieden met de Russische Federatie te onderhandelen voordat ze daartoe overgaan. De internationale gemeenschap heeft aan deze verplichting voldaan door de Russische Federatie ruimschoots de kans te geven om te onderhandelen, wat het land voortdurend heeft afgewezen en vooralsnog toont het ook geen intentie om die opstelling te veranderen. Zoals hierboven in noot 3 is opgemerkt, hebben onder andere de VN-resolutie van 2022 en het arrest van het Internationaal Gerechtshof de Russische Federatie volledig op de hoogte gesteld van de eis tot herstelbetalingen en de intentie van de staten om op te treden. Aan de kennisgevingsverplichting zou dus al kunnen worden geacht te zijn voldaan.

<sup>31</sup> ILC-Artikelen, artikel 51: "[c]ountermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking into account the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question."

<sup>32</sup> Het Internationaal Gerechtshof verklaarde dat het doel van een tegenmaatregel "*must be to induce the wrongdoing state to comply with its obligations under international law*" and that "*the measure must therefore be reversible*" (IGH, Zaak betreffende het *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hongarije/Slowakije)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, par. 87). Het Hof heeft het omkeerbaarheidsvereiste niet daadwerkelijk toegepast, omdat het al had vastgesteld dat niet aan het evenredigheidsvereiste was voldaan. Het wordt echter geacht de toepassing ervan te hebben geïmpliceerd door te verwijzen naar de "*continuing*" ecologische effecten van de maatregel in kwestie, namelijk de omleiding van de Donau door Slowakije (zie IGH, *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, bijv. par. 140). De maatregel had aanzienlijke gevolgen voor het milieu, waarvan de waarde niet gemakkelijk in geld is uit te drukken of gemakkelijk is te herstellen als de schade eenmaal is toegebracht. Dit suggereert dat als tegenmaatregelen een effect hebben dat verder gaat dan economisch verlies of de rechten van de staat die rechtstreeks overeenkomen met de rechten die door de oorspronkelijke fout zijn geschonden, moeilijk aan zowel evenredigheid als omkeerbaarheid kan worden voldaan.

<sup>33</sup> ILC-Artikelen, artikel 49(3). Opmerking verdient dat "*inflicting irreparable damage on the responsible State could amount to punishment or a sanction for non-compliance, not a countermeasure* [...]. *The phrase 'as far as possible' [...] indicates that if the injured State has a choice between a number of lawful and effective countermeasures, it should select one which permits the resumption of performance of the obligations suspended as a result of countermeasures*" – ILC, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, p. 131. Zie ook bijvoorbeeld E. Fitzgerald, "Helping states help themselves: rethinking the doctrine of countermeasures. Are countermeasures an effective means of resolving disputes between states?" *Macquarie Law Journal* Vol. 16 (2016) 67, p. 80.

<sup>34</sup> Zie ILC, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, p. 131.

<sup>35</sup> Zie bijvoorbeeld L.A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite* (1990), p. 269; O.Y. Elagab, *The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law* (1988), p. 87. Zie ook ILC-Artikelen, artikel 51: "[c]ountermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking into account the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question."

<sup>36</sup> Zie ILC, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, p. 131. Zie ook bijvoorbeeld D. Franchini, "Ukraine Symposium – Seizure of Russian State assets: State immunity and countermeasures", *Lieber Institute West Point* (8 March 2023).

<sup>37</sup> Zie ILC-Artikelen, artikelen 31 en 35-36 ("*[t]he responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act*", waaronder zowel materiële als immateriële schade).

<sup>38</sup> Resolutie 11/5 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (14 november 2022). *Furtherance of remedy and reparation for aggression against Ukraine*, UN Doc A/RES/ES-11/5 ([A/RES/ES-11/5 : UN Documents : Security Council Report](#)).

<sup>39</sup> New Lines Institute for Strategy and Policy, "Multilateral Asset Transfer: A Proposal for Ensuring Reparations for Ukraine" (June 2023), p. 11. Zie ook P. Zelikow, "A Legal Approach to the Transfer of Russian Assets to Rebuild Ukraine", *Lawfare* (12 mei 2022).