

Ministerie van Buitenlandse Zaken

Aan de Voorzitter van de
Eerste Kamer der Staten-Generaal
Kazernestraat 52
Den Haag

**Ministerie van Buitenlandse
Zaken**

Rijnstraat 8
2515 XP Den Haag
Postbus 20061
Nederland
www.rijksoverheid.nl

Onze referentie
BZ2410918

Bijlage(n)
1

Datum 9 januari 2025
Betreft Kabinetsreactie advies nr. 46 van de Commissie advies inzake
volkenrechtelijke vraagstukken (CAVV)

Geachte voorzitter,

Graag bied ik u hierbij de kabinetsreactie aan op het advies van de Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken (CAVV) over de ontwerpconclusies van de International Law Commission inzake algemene rechtsbeginselen. Het is niet mogelijk gebleken om de kabinetsreactie binnen de gebruikelijke termijn van drie maanden aan uw Kamer te doen toekomen.

Het advies, dat ik op 12 juni 2024 ontving in de Nederlandse versie, is als bijlage toegevoegd.

De minister van Buitenlandse Zaken,

Caspar Veldkamp

Kabinetsreactie op het advies van de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV) 'Advies over de ontwerpconclusies van de International Law Commission inzake algemene rechtsbeginselen'

Ministerie van Buitenlandse Zaken

Onze referentie
BZ2410918

1. Inleiding

Op 19 mei 2023 heeft de International Law Commission (ILC) in eerste lezing elf ontwerpconclusies aangenomen over algemene rechtsbeginselen, en deze daarna van toelichting voorzien. Op 31 oktober 2023 heb ik de Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken (CAVV) verzocht een advies uit te brengen over de ontwerpconclusies. Op 12 juni 2024 heeft de CAVV hierover advies nr. 46 uitgebracht.¹

De CAVV bespreekt in het advies een zestal thema's: de algemene aanpak van de ILC; de positionering van algemene rechtsbeginselen binnen artikel 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof (IGH); de verhouding tot de andere primaire bronnen van internationaal recht; de aard en functies van algemene rechtsbeginselen; de categorieën van rechtsbeginselen die de ILC onderscheidt; en de verscheidene methodes op grond waarvan algemene rechtsbeginselen kunnen worden geïdentificeerd.

Het kabinet dankt de CAVV voor het uitbrengen van het advies. Het kabinet zal dit advies, en deze reactie van het kabinet, als uitgangspunt nemen bij het opstellen van het antwoord op het verzoek van de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties (VN) om commentaar op en opmerkingen over de ontwerpconclusies in te sturen. Daarbij zal het kabinet ook de Engelse vertaling van het advies en deze kabinetsreactie meesturen.

2. Kabinetsreactie op het advies

Algemene beginselen als bron van internationaal recht zijn van nature ongreepbaarder dan geschreven verdragsregels, maar ook dan regels van internationaal gewoonterecht. Over de methodologie om regels van internationaal gewoonterecht te identificeren bestaat alleen in algemene zin duidelijkheid, zoals het ILC project over de identificatie van internationaal gewoonterecht duidelijk laat zien.² Het zoeken naar de methodologie van de identificatie van algemene beginselen van internationaal recht toont volgens het kabinet de historische spanning tussen aanhangers van het natuurrecht enerzijds en van het positivisme anderzijds. Een discussie over het juridisch karakter van algemene beginselen als bron van internationaal recht wordt daarmee al snel een discussie over het karakter van internationaal recht zelf, of zelfs over recht in zijn algemeenheid. Het advies van de CAVV weerspiegelt deze spanning duidelijk in de bespreking van de twee categorieën algemene rechtsbeginselen als bron van internationaal recht en de wijze waarop deze kunnen worden geïdentificeerd.

Het kabinet bespreekt het advies van de CAVV hieronder in drie blokken:

¹ Adviescommissie Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV), *Advies over de ontwerpconclusies van de International Law Commission inzake algemene rechtsbeginselen*, Den Haag, 12 juni 2024.

² International Law Commission, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law*, Conclusion 2, Yearbook of the International Law Commission, 2018, Vol. II, Part Two; Adviescommissie Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV), *Advies inzake de identificatie van internationaal gewoonterecht* nr. 29, Den Haag, 1 november 2017; Kabinetsreactie op advies nr. 29 van de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV) inzake de identificatie van internationaal gewoonterecht, vergaderjaar 2017–2018, 34 775.

- I. Het bestaan van twee verschillende categorieën van algemene rechtsbeginselen in het internationaal recht;
- II. De functies van algemene rechtsbeginselen, waaronder de relatie met andere bronnen van internationaal recht; en
- III. De methodologie om algemene rechtsbeginselen te identificeren.

Ministerie van Buitenlandse Zaken

Onze referentie
BZ2410918

I Het bestaan van twee categorieën van algemene rechtsbeginselen in het internationaal recht

Het kabinet steunt de ontwerpconclusie van de ILC, dat naast algemene rechtsbeginselen die zijn ontleend aan nationale rechtstelsels ook een categorie bestaat van algemene rechtsbeginselen van het internationaal recht die zijn gevormd binnen de internationale rechtsorde. Het kabinet is het met de CAVV in dit verband eens dat de formulering van de ILC in ontwerpconclusie 3(b) ('may be formed') onnodig voorzichtig is en dat de twijfel van sommige leden van de ILC over het bestaan van deze categorie algemene rechtsbeginselen niet in de formulering van deze ontwerpconclusie tot uitdrukking zou moeten komen.

Bij brief van 27 december 2019 heeft de permanente vertegenwoordiging van het Koninkrijk der Nederlanden bij de Verenigde Naties een overzicht gestuurd aan de ILC met een selectie van uitspraken van Nederlandse rechters waarin algemene rechtsbeginselen worden gebruikt en daarnaast een overzicht van Nederlandse bijdragen bij internationale rechtbanken en tribunalen waarin naar algemene rechtsbeginselen wordt verwezen. In dit overzicht verwijst het kabinet niet alleen naar uitspraken over verschillende algemene rechtsbeginselen ontleend aan nationale rechtstelsels, maar ook naar het beginsel van vrijheid van navigatie op volle zee (*freedom of the high seas*). Dit laatste beginsel is naar zijn aard een beginsel dat niet is ontleend aan nationale rechtstelsels. Het Koninkrijk der Nederlanden erkent hiermee expliciet het bestaan van de categorie van algemene rechtsbeginselen gevormd binnen de internationale rechtsorde en heeft dit ook uitgedragen in de mondelinge interventies in de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties over het werk van de ILC in 2021, 2022 en 2023. Ook het beginsel van de soevereine gelijkheid van staten (waarnaar wordt verwezen in artikel 2, eerste lid, van het Handvest van de Verenigde Naties), dat door de CAVV wordt genoemd als het 'primaire' voorbeeld van algemene rechtsbeginselen van het internationaal recht die zijn gevormd binnen de internationale rechtsorde, valt volgens het kabinet onder deze categorie.

Hiermee bevestigt het kabinet bovendien dat algemene rechtsbeginselen van het internationaal recht die zijn gevormd binnen de internationale rechtsorde ook kunnen bestaan binnen een bepaald onderdeel van het internationaal recht, zoals in het internationaal recht van de zee. Dit is ook het geval binnen andere onderdelen van het internationaal recht, zoals het internationaal milieurecht³ en het humanitair oorlogsrecht.⁴

³ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 1996 (I), p. 242, para. 29; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)* ICJ Rep 2010, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, para. 197; *Iron Rhine (Belgium/The Netherlands)*, Award, ICGJ 373 (PCA 005), 24 May 2005, Permanent Court of Arbitration, para. 58.

⁴ J.C. van den Boogaard, *Principles of International Humanitarian Law: A New Framework*. In: *Making and Shaping the Law of Armed Conflict*, edited by Sandesh Sivakumaran and Christian R. Burne, *Lieber Studies* vol. 10, Oxford University Press, 2024, pp. 63-74; Winter, *Pillars not Principles: The Status of Humanity and Military Necessity in the Law of Armed Conflict*, *Journal of Conflict and Security Law*, Volume 25, Issue 1, Spring 2020, pp. 1-31; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 1996 (I), p. 242, para. 29, para. 78.

II Functies van algemene rechtsbeginselen en de relatie met de andere bronnen van internationaal recht

Ministerie van Buitenlandse Zaken

Onze referentie
BZ2410918

Het bestaan van algemene rechtsbeginselen als bron van internationaal recht volgt volgens het kabinet uit het feit dat deze beginselen als zodanig zijn opgenomen in artikel 38 IGH Statuut en wordt gerechtvaardigd door de functie die deze in de praktijk (kunnen) spelen. Deels is deze functie gelijk aan de functie van regels van verdragsrecht en van internationaal gewoonterecht, namelijk het voorschrijven of verbieden van bepaalde gedragingen.

Toch hebben algemene rechtsbeginselen een aantal karakteristieken die doorgaans ontbreken bij de andere hoofdbronnen van het internationaal recht. In de eerste plaats geeft de term zelf al weer dat een 'algemeen rechtsbeginsel' doorgaans een norm is met een hoger abstractieniveau dan andere normen (regels van verdrags- of gewoonterecht), en die bovendien daaraan ten grondslag ligt.⁵

Het kabinet merkt op dat waar de CAVV aangeeft dat de ILC niet ingaat op de vraag wat een beginsel onderscheidt van een rechtsbeginsel, het kabinet het zo begrijpt, dat een *rechts*beginsel een juridisch bindende norm is die de oorsprong kan zijn van andere regels, terwijl een beginsel een buiten het recht gelegen uitgangspunt is dat zelf niet juridisch bindend is.

Het kabinet merkt hierbij op dat de CAVV aangeeft dat de ILC niet uitlegt wat het verschil is tussen regels en beginselen. Het kabinet is het eens met de stelling van de CAVV dat het lastig kan zijn om altijd onderscheid te maken tussen algemene rechtsbeginselen en regels van internationaal gewoonterecht. In veel gevallen vallen deze simpelweg samen. In die gevallen is het onnodig om dat onderscheid toch te proberen te maken. Ook begrijpt het kabinet dat in juridisch taalgebruik belangrijke regels soms worden aangeduid als 'beginsel'. Dat betekent dat het kan voorkomen dat een regel als 'beginsel' wordt aangeduid omdat deze als bijzonder belangrijk wordt gezien, maar op zichzelf verder niet het karakter heeft van een algemeen rechtsbeginsel. Een voorbeeld is de proportionaliteitsregel van het humanitair oorlogsrecht, die vaak als het 'beginsel' van proportionaliteit wordt aangeduid, maar duidelijk een regel is. Desondanks kan worden betoogd dat deze wel is gebaseerd op een breder beginsel van proportionaliteit in het internationaal recht. Als voorbeeld van een norm van internationaal recht die zowel regel als rechtsbeginsel is, kan het beginsel van onderscheid in het humanitair oorlogsrecht worden genoemd. Dit is zeker een regel,⁶ als ook een algemeen rechtsbeginsel, omdat het de basis vormt voor een groot aantal andere specifieke regels van het humanitair oorlogsrecht over het maken van onderscheid bij het uitvoeren van militaire operaties.⁷

Het kabinet is het eens met de ILC en de CAVV dat de bronnen van internationaal recht opgesomd in artikel 38, eerste lid 1, onder a - c, van het IGH Statuut niet in hiërarchische verhouding tot elkaar staan. Omdat regels zijn gebaseerd op

⁵ *Delimitation of Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 246, p. 288-290: "In the Chamber's opinion, the association of the terms 'rules' and 'principles' is no more than the use of a dual expression to convey one and the same idea, since in this context 'principles' clearly means principles of law, that is, it also includes rules of international law in whose case the use of the term 'principles' may be justified because of their more general and more fundamental character."; *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 12.

⁶ Zie artikel 48 Additional Protocol I (API) to the Geneva Conventions of 1977.

⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, para. 61 en para. 434; Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, International Committee of the Red Cross (ICRC), 2005, Rule 1 op pp. 3-8 en Rule 14 op pp. 46-50.

algemene rechtsbeginselen komt het weinig voor dat een conflict bestaat tussen een regel van verdrags- of internationaal gewoonterecht enerzijds en een algemeen rechtsbeginsel anderzijds binnen een bepaald onderdeel van internationaal recht. Bij parallelle regels en beginselen is het dan logisch dat de meest duidelijk vastgelegde versie van de regels wordt gehanteerd. Dat is in de regel een verdragsregel, of bij het ontbreken daarvan een regel van internationaal gewoonterecht. De functie van algemene rechtsbeginselen als instrument voor interpretatie van regels kan ook een eventueel conflict tussen een regel van verdrags- of internationaal gewoonterecht en een algemeen rechtsbeginsel oplossen.

Volgens het kabinet hangt het karakter van algemene rechtsbeginselen nauw samen met de functies daarvan, en de bespreking van de positionering en functies van algemene rechtsbeginselen hangen nauw samen met de methodologie om deze algemene rechtsbeginselen te identificeren.

Dat brengt mij bij de functies van algemene rechtsbeginselen. De ILC identificeert in ontwerpconclusie 10 twee hoofdfuncties van algemene rechtsbeginselen. In de eerste plek worden algemene rechtsbeginselen met name gebruikt wanneer andere regels geen uitsluitel bieden. Ook dragen algemene rechtsbeginselen bij aan de coherentie van de internationale rechtsorde. De ILC geeft twee voorbeelden over de manier waarop algemene rechtsbeginselen deze bijdragen kunnen leveren: algemene rechtsbeginselen vervullen een rol in het interpreteren en aanvullen van andere regels van internationaal recht, en algemene rechtsbeginselen kunnen dienen als basis voor primaire rechten en verplichtingen, alsook als basis voor secundaire en procedurele regels.

De CAVV is positief over de functies die de ILC noemt in ontwerpconclusie 10, maar heeft aarzelingen bij de functie van algemene rechtsbeginselen om als basis te fungeren voor primaire rechten en plichten alsook voor secundaire en procedurele regels. De aarzeling van de CAVV is gelegen in de veelal abstracte formulering en algemene aard van algemene rechtsbeginselen, die kan leiden tot onduidelijkheid over het gedrag dat in feite wordt geboden, verboden of toegestaan. Ook benoemt de CAVV dat de ILC vrijwel zonder uitzondering algemene rechtsbeginselen noemt als voorbeeld die ook bestaan als regels van internationaal gewoonte- en verdragsrecht.

Ten aanzien van het eerste argument stelt het kabinet dat de inclusie van 'may serve' in de formulering van ontwerpconclusie 10, tweede lid, gelezen in samenhang met de toelichting bij deze ontwerpconclusie, suggereert dat de functie van een rechtsbeginsel afhangt van de aard en reikwijdte daarvan, en daarmee ook van de specificiteit van het beginsel. Voorbeeld van rechtsbeginselen die bepaald gedrag verbieden, zijn de beginselen onderliggend aan het Verdrag inzake de voorkoming en bestraffing van genocide. Dergelijke beginselen kunnen een basis vormen voor primaire rechten en plichten. Het kabinet volgt het CAVV in de suggestie dat de ILC meer aanknopingspunten moet bieden om een oordeel mogelijk te maken over het inhoud en bereik van een algemeen rechtsbeginsel en de functie die het vervult. Het feit dat algemene rechtsbeginselen vaak ook bestaan als regels van internationaal gewoonte- en verdragsrecht doet niet af aan algemene rechtsbeginselen als bron van een primaire norm, zeker gezien het feit dat deze subfunctie moet worden gezien in het licht van de hoofdfunctie van algemene rechtsbeginselen die hieraan verbonden is: namelijk het bevorderen van de samenhang van het internationaal recht.

Ministerie van Buitenlandse Zaken

Onze referentie
BZ2410918

De CAVV uit de zorg dat de auteurs van 'artikel 38' ten tijde van de oprichting van het Permanent Hof van Internationale Justitie niet voorzagen in de mogelijkheid om als wetgever op te treden. Een veelgenoemde zorg met betrekking tot algemene rechtsbeginselen betreft namelijk hun ongrijpbare karakter en de mogelijkheid dat deze beginselen de regel van instemming door staten om gebonden te zijn, door het ondertekenen van een verdrag of het uiten van een rechtsopvatting (*opinio juris*), zouden kunnen omzeilen. Volgens het kabinet ligt de oplossing bij een duidelijkere analyse van de methodologie voor de identificatie van algemene rechtsbeginselen ontleend aan de internationale rechtsorde door de ILC.

Ministerie van Buitenlandse Zaken

Onze referentie
BZ2410918

III De methodologie om algemene rechtsbeginselen te identificeren

De CAVV wijdt in het advies een aparte paragraaf aan ontwerpconclusie 2 van de ILC, waarin staat dat een algemeen beginsel om te bestaan, moet zijn erkend door de 'gemeenschap van naties'. Het kabinet is het eens met de CAVV dat de ILC hier beter had kunnen spreken over 'de internationale gemeenschap', waartoe in ieder geval staten en internationale organisaties behoren als entiteiten die een rol kunnen spelen bij het erkennen, en dus het vormen, van algemene rechtsbeginselen.

Ten aanzien van het identificeren van algemene rechtsbeginselen ontleend aan nationale rechtsstelsels, acht de CAVV de eis van transpositie te strikt en pleit in plaats daarvan voor transposeerbaarheid. De ILC koppelt de eis van transpositie van algemene rechtsbeginselen aan termen zoals verenigbaarheid, toepasselijkheid en geschiktheid voor toepassing binnen de internationale rechtsorde. Volgens de CAVV duiden deze termen op de eis van transposeerbaarheid in plaats van transpositie. Omdat de ILC ook stelt dat transpositie niet automatisch plaatsvindt en geen uitdrukkelijke handeling vereist, acht de CAVV een onderzoek naar transposeerbaarheid en een grondige motivering daarvan voldoende. Het kabinet volgt het CAVV hierin.

Ten aanzien van de identificatie van algemene rechtsbeginselen gevormd binnen de internationale rechtsorde, merkt de CAVV op dat de eis dat een algemeen rechtsbeginsel intrinsiek moet zijn aan de internationale rechtsorde meer uitleg behoeft. Volgens de ILC is een algemeen rechtsbeginsel intrinsiek aan de internationale rechtsorde als een algemeen rechtsbeginsel specifiek is aan de internationale rechtsorde en diens fundamentele kenmerken weerspiegelt en ordent. Het kabinet volgt de CAVV dat deze eis verder uitgewerkt dient te worden. Ook acht het kabinet het van belang dat de ILC specificeert hoe algemene rechtsbeginselen die niet intrinsiek zijn aan de internationale rechtsorde, zoals bedoeld in ontwerpconclusie 7, tweede lid, worden gevormd. Daarom volgt het kabinet de aanbeveling van de CAVV dat een uitgebreidere taxonomie van algemene rechtsbeginselen gevormd binnen de internationale rechtsorde wenselijk is, op basis waarvan een meer verfijnde categorisering en methodologie kan worden vastgesteld.

3. Conclusie

Hoewel de CAVV benoemt dat het toegevoegde waarde ziet in de explicitering door de ILC van de methodologie ter identificatie van algemene rechtsbeginselen als bedoeld in artikel 38 IGH Statuut, schat de CAVV de toegevoegde waarde van de ontwerpconclusies van de ILC in als beperkt. Volgens de CAVV komt dit doordat

het onderscheid tussen met name internationaal gewoonterecht en algemene rechtsbeginselen in dit project onvoldoende naar voren komt. De CAVV vindt dit onderscheid onvoldoende duidelijk, omdat de ILC stelt dat de bronnen hetzelfde gewicht hebben als bron van internationaal recht, gedeeltelijk dezelfde functies vervullen en de methodologie een analyse vereist van bestaande regels van internationaal recht.

Volgens het kabinet blijkt het onderscheid tussen algemene rechtsbeginselen en andere bronnen van internationaal recht uit de specifieke aard van algemene rechtsbeginselen. Ook blijkt het onderscheid uit de verschillende functies die algemene rechtsbeginselen kunnen vervullen. Ten aanzien van de functie om te kunnen fungeren als basis voor een primaire verplichting volgt het kabinet de aanbeveling van de CAVV dat er meer aanknopingspunten moeten worden geboden om een oordeel mogelijk te maken over de inhoud en het bereik van een algemeen rechtsbeginsel en de functie die het vervult.

Het kabinet acht de methodologie zoals gepresenteerd door de ILC in de ontwerpconclusies een goed beginpunt. Wel behoeven enkele elementen meer uitleg, zoals de invulling van het intrinsiek zijn aan de internationale rechtsorde. Ook blijft aandacht nodig voor het kunnen vaststellen van instemming door staten met de totstandkoming van rechtsbeginselen en de inhoud daarvan, zoals dit ook in de totstandkoming van internationaal gewoonterecht is verankerd door de vereisten van het bestaan van statenpraktijk en een rechtsopvatting (*opinio juris*) die daarbij aansluit.

Ministerie van Buitenlandse Zaken

Onze referentie
BZ2410918