



**Commissie van advies inzake
volkenrechtelijke vraagstukken**

Advies over de ontwerpconclusies van de International Law Commission inzake algemene rechtsbeginselen

Advies 46, 12 juni 2024

Leden Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken



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

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

Inhoudsopgave



Introductie	4
— 1	
De algemene aanpak van de ILC	5
— 2	
De positionering van algemene rechtsbeginselen en verhouding tot de andere primaire bronnen van internationaal recht	6
— 3	
De aard van algemene rechtsbeginselen	7
— 4	
De functies van algemene rechtsbeginselen	8
— 5	
Categorieën van algemene rechtsbeginselen	10
— 6	
Methode ter identificatie van algemene rechtsbeginselen ontleend aan nationale rechtsstelsels	11
— 7	
Methode ter identificatie van algemene rechtsbeginselen die gevormd kunnen worden binnen de internationale rechtsorde	13
Afsluiting en advies	15
Eindnoten	17
Lijst van afkortingen	22

Introductie



inhoud

Op 19 mei 2023 heeft de International Law Commission (ILC) in eerste lezing elf ontwerpconclusies aangenomen inzake algemene rechtsbeginselen, en deze daarna in haar sessie van 24 tot 26 juli 2023 van toelichtingen voorzien.¹ De ontwerpconclusies en toelichtingen zijn voorbereid aan de hand van drie rapporten van de Speciale Rapporteur Marcelo Vázquez-Bermúdez uit Ecuador.² De minister van Buitenlandse Zaken heeft in een brief van 31 oktober 2023 de Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken (CAVV) verzocht een advies uit te brengen over de ontwerpconclusies.

De ILC heeft het rapport van het redactiecomité ontvangen en bestudeerd, nadat het redactiecomité de eerste lezing van de ontwerpconclusies over dit onderwerp had afgerond. Na het aannemen van de voornoemde elf ontwerpconclusies en commentaren daarop besloot de ILC, in overeenstemming met de artikelen 16 tot en met 21 van haar statuten, deze ontwerpconclusies via de VN secretaris-generaal aan de staten voor commentaar en opmerkingen toe te zenden.³

In het hiernavolgende advies zal ingegaan worden op de algemene aanpak van de ILC, de positionering van algemene rechtsbeginselen binnen artikel 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof (hierna: Statuut IGH)⁴ en hun 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. De CAVV heeft er voor gekozen om de ontwerpconclusies niet artikelsgewijs te bespreken, maar te ordenen aan de hand van de hierboven aangegeven inhoudelijke thema's. De relevante ontwerpconclusies worden telkens aan het begin van een paragraaf weergegeven in een tekstblok.

De CAVV heeft het advies op 31 mei 2024 vastgesteld, en beveelt de regering aan de hierna volgende opmerkingen in overweging te nemen bij het bepalen van haar positie betreffende het ILC project inzake algemene rechtsbeginselen.

Conclusion 1

Scope

The present draft conclusions concern general principles of law as a source of international law.

In ontwerpconclusie 1 geeft de ILC aan dat dit project algemene rechtsbeginselen als bron van het internationaal recht betreft. De toelichting bij ontwerpconclusie 1 vermeldt dat met ‘bron’ van internationaal recht wordt verwezen naar het proces waarmee en de vorm waarin een algemeen rechtsbeginsel tot stand komt.⁵ Hiermee wordt verduidelijkt dat algemene rechtsbeginselen, alhoewel mogelijk ontleend aan nationale rechtssystemen, niet simpelweg de inspiratie vormen voor het internationaal recht, maar daar integraal onderdeel van uitmaken. Dit volgt uit de aanhef (*chapeau*) van artikel 38 lid 1 Statuut IGH, waar wordt aangegeven dat de functie van het Hof de beslechting van geschillen *overeenkomstig het internationaal recht is*. Een andere reden om tot die conclusie te komen is de voorwaarde die in artikel 38 lid 1 sub c Statuut IGH wordt geformuleerd, namelijk dat het moet gaan om algemene rechtsbeginselen ‘erkend door beschaafde naties’. Deze voorwaarde geldt voor zowel rechtsbeginselen ontleend aan nationale rechtssystemen als voor rechtsbeginselen gevormd binnen de internationale rechtsorde, en duidt daarmee hun toepasselijkheid binnen de internationale rechtsorde aan.

Hoewel de ILC met ontwerpconclusie 1 de reikwijdte van het project aangeeft, blijft daarmee onduidelijk wat het doel daarvan is. Dat doel wordt in de toelichting gespecificeerd, namelijk om voor algemene rechtsbeginselen het bereik, de methode van identificatie en de functies van en verhouding met andere bronnen van het internationaal recht te verhelderen.⁶ Het project inzake algemene rechtsbeginselen sluit daarmee aan bij een aantal andere ILC-projecten van de afgelopen 25 jaar, te weten die over voorbehouden bij verdragen, latere overeenkomsten en latere praktijk bij de interpretatie van verdragen, de voorlopige toepassing van verdragen, internationaal gewoonterecht, *ius cogens*, subsidiaire methodes

voor de bepaling van regels van internationaal recht, en niet juridisch-bindende internationale overeenkomsten. Veelal richten deze projecten zich op aspecten van methodes ter identificatie van het bestaan van een regel en bij gelegenheid wordt aangegeven dat het project beoogt (praktische) richtsnoeren te bieden voor hen die in de praktijk dergelijke regels en hun inhoud, of juridische gevolgen, vaststellen.⁷

Een opmerking inzake het bieden van (praktische) richtsnoeren ontbreekt echter voor de algemene rechtsbeginselen, en de CAVV heeft ook haar bedenkingen bij het praktische nut en de toepasbaarheid van de huidige ontwerpconclusies. Zo legt de ILC niet uit wat het verschil is tussen beginselen en regels,⁸ gaat zij niet in op de vraag wat een beginsel onderscheidt van een rechtsbeginsel en besteedt ze geen aandacht aan wat een rechtsbeginsel tot ‘algemeen’ rechtsbeginsel maakt. In soortgelijke zin wordt het onderscheid tussen beginselen van internationaal recht (beginselen gevormd binnen de internationale rechtsorde) en regels van internationaal gewoonterecht niet expliciet besproken en de voorbeelden die gegeven worden van dergelijke beginselen zijn veelal geformuleerd als regel.

De toegevoegde waarde van dit project ligt in het bijzonder in de explicitering van de methodologie ter identificatie van algemene rechtsbeginselen in de zin van artikel 38 Statuut IGH. Tegelijkertijd zal die waarde mogelijk beperkt zijn, aangezien in de visie van de ILC aan de primaire bronnen van internationaal recht genoemd in artikel 38 lid 1 Statuut IGH dezelfde rang en hetzelfde gewicht,⁹ en deels dezelfde functies,¹⁰ toekomen als aan algemene rechtsbeginselen. Met name het onderscheidend vermogen van algemene rechtsbeginselen ten opzichte van regels van internationaal gewoonterecht komt daarmee onvoldoende uit de verf.

Verder is het vermeldenswaard dat de ILC twee categorieën algemene rechtsbeginselen ontwaart. Zo kunnen op grond van ontwerpconclusies 3 en 7 worden onderscheiden:

- (a) algemene rechtsbeginselen ontleend aan de nationale rechtssystemen;
- (b) algemene rechtsbeginselen welke gevormd



kunnen worden binnen de internationale rechtsorde,¹¹ waaronder in het bijzonder:

- beginselen die intrinsiek zijn aan de internationale rechtsorde;
- andere beginselen gevormd binnen de internationale rechtsorde (zonder afbreuk clause).

Deze onderverdeling in categorieën is controversieel gebleken, zoals ook zal worden besproken hieronder in de paragrafen 5, 6 en 7 inzake Categorieën en Methodes.

De ILC heeft de vragen naar de verschillende categorieën van algemene rechtsbeginselen en de methodologie van hun identificatie centraal gesteld door deze te bespreken voorafgaand aan hun functies en verhouding tot de andere primaire bronnen van het internationaal recht. De CAVV meent dat in termen van structuur omkering daarvan geboden is, waarbij de ILC eerst ingaat op de positionering van algemene rechtsbeginselen binnen het internationaal recht en hun functies. De reden hiervoor is, in de visie van de CAVV, dat die positionering en de functies de toepasselijke methodologie bepalen en niet andersom.

— 2

De positionering van algemene rechtsbeginselen en verhouding tot de andere primaire bronnen van internationaal recht

Conclusion 11

Relationship between general principles of law and treaties and customary international law

1. General principles of law, as a source of international law, are not in a hierarchical relationship with treaties and customary international law.
2. A general principle of law may exist in parallel with a rule of the same or similar content in a treaty or customary international law.
3. Any conflict between a general principle of law and a rule in a treaty or customary international law is to be resolved by applying the generally accepted techniques of interpretation and conflict resolution in international law.

In ontwerpconclusie 11 gaat de ILC in op de verhouding tussen algemene rechtsbeginselen enerzijds en de andere primaire bronnen van internationaal recht anderzijds (verdragen en internationaal gewoonterecht). Deze primaire bronnen worden benoemd in artikel 38 Statuut IGH:

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
- b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- c. the general principles of law recognized by civilized nations;
- d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.

In lid 1 van ontwerpconclusie 11 wordt aangegeven dat algemene rechtsbeginselen niet in een hiërarchische betrekking staan met betrekking tot verdragen en internationaal gewoonterecht. Lid 2 stelt vast dat algemene rechtsbeginselen een parallel bestaan kunnen hebben met regels van internationaal gewoonte- of verdragsrecht met eenzelfde of vergelijkbare inhoud. Als laatste wordt in lid 3 gesteld dat enig conflict tussen een algemeen rechtsbeginsel en een regel van internationaal gewoonte- of verdragsrecht opgelost dient te worden middels toepassing van de algemeen aanvaarde methodes van interpretatie en van conflictoplossing.

Dat de bronnen van internationaal recht opgesomd in artikel 38 lid 1 sub a - c Statuut IGH strikt genomen niet in hiërarchische verhouding tot elkaar staan is algemeen aanvaard en derhalve ook neergelegd in lid 1 van ontwerpconclusie 11.¹²





Wel wordt eveneens algemeen aanvaard dat in de praktijk verdragen worden toegepast boven regels van internationaal gewoonterecht.¹³ Dit is logisch omdat verdragen vaak bijzondere regels bevatten die zich als *lex specialis* verhouden tot de *legi generali*. Tegelijkertijd geldt dat die laatste twee bronnen eveneens een parallel bestaan kunnen hebben, en dat de opname van een regel van internationaal gewoonterecht in een verdrag met dezelfde of vergelijkbare inhoud niet leidt tot het uitdoven van de gewoonterechtelijk regel.¹⁴ In soortgelijke zin kunnen ook algemene rechtsbeginselen een parallel bestaan kennen ten aanzien van de eerste twee bronnen genoemd in artikel 38 lid 1 Statuut IGH, zoals bevestigd wordt in lid 2 van ontwerpconclusie 11 en in de toelichting daarbij.¹⁵

De stelling die in de toelichting wordt ingenomen dat alle bronnen opgenomen in artikel 38 lid 1 sub a - c een gelijke status kennen,¹⁶ daarmee implicerend dat aan deze ook een gelijk gewicht toekomt, is niet onomstreden. Zo stellen bijvoorbeeld Pellet en Müller dat:

‘A formal source distinct from both conventions and custom, general principles of law are, without any doubt, a subsidiary or additional source of international law. (...) Yet they are subsidiary in the sense that the Court will usually only resort to them in order to fill a gap in the treaty or customary rules available to settle a particular dispute, and, what is even more apparent, will decline to invoke them when such other rules exist.’¹⁷

Daarmee is dan ook verre van duidelijk of de positie van de ILC in lid 3 van ontwerpconclusie 11 dat in geval van conflict de methodes van conflictoplossing toegepast kunnen worden,¹⁸ correct is. Het hierboven weergegeven citaat suggereert dat indien een regel in internationaal gewoonterecht of een verdrag is neergelegd een mogelijk conflict juist uit de weg wordt gegaan door simpelweg een algemeen rechtsbeginsel niet in overweging te nemen. Er wordt derhalve niet onderzocht of een mogelijk conflict zelfs maar aan de orde is, en het mag betwijfeld worden of er een rationele basis is om te oordelen dat methodes van conflictoplossing ten faveure van algemene rechtsbeginselen kunnen worden toegepast.¹⁹

In de toelichting noemt de ILC verder nog dat voor wat betreft erkende hiërarchische verhoudingen rekening moet worden gehouden met dwingende regels van internationaal recht (*ius cogens*), en met bepalingen als artikel 103 van het Handvest van de Verenigde Naties (hierna: VN-Handvest).²⁰ In de ontwerpconclusies van de ILC met betrekking tot dwingende regels van algemeen internationaal recht (*ius cogens*) heeft de ILC de positie ingenomen dat algemene rechtsbeginselen mogelijk een basis zouden kunnen vormen voor een regel van dwingend recht. De CAVV heeft echter in een eerder advies twijfels uitgesproken op dit punt en opgemerkt dat de ILC zelf geen enkel voorbeeld daarvan noemt.²¹ Ook op dit punt lijkt er dus geen reden te zijn om aan te nemen dat een algemeen rechtsbeginsel voorrang zou dienen te krijgen op een regel van internationaal gewoonte- of verdragsrecht.

— 3

De aard van algemene rechtsbeginselen

Conclusion 2

Recognition

For a general principle of law to exist, it must be recognized by the community of nations.

Het mag geen verbazing wekken dat de ILC de problematische en anachronistische notie van ‘beschaafde naties’ – een pijnlijke herinnering aan de kolonialistische geschiedenis van het internationaal recht – niet overneemt. De CAVV is het hier uiteraard mee eens, maar heeft enige kanttekeningen bij de voorgestelde formulering. Mogelijk kan beter worden gesproken van ‘de internationale gemeenschap’, of van ‘de internationale gemeenschap van staten en internationale organisaties’. Voor inclusie van internationale organisaties pleit in ieder geval dat bepaalde organisaties, in het bijzonder de Europese Unie, de ontwikkeling laten zien van eigen algemene rechtsbeginselen die de basis kunnen vormen voor ontwikkelingen op mondiaal niveau.

Zoals hierboven opgemerkt wordt maar beperkt verheldering geboden voor wat betreft het onderscheid tussen rechtsregels en

rechtsbeginselen. Vanuit juridisch oogpunt is het duidelijk dat beide normatief van aard zijn en als zodanig onderdeel uitmaken van de internationale rechtsorde. De CAVV meent echter dat bij rechtsbeginselen sprake is van normen met een hoger abstractieniveau dan het geval is voor rechtsregels.²² Veelal is de normadressaat – de natuurlijke of rechtspersoon die gebonden wordt aan de norm – niet gegeven voor een algemeen rechtsbeginsel, en lang niet altijd is duidelijk welke concrete gedragingen, handelingen of omissies op grond daarvan geboden, verboden of toegestaan zijn. In soortgelijke zin kan worden opgemerkt dat bepaalde algemene rechtsbeginselen relatief ruime discretie bieden om af te wijken van de daarin verwoorde norm. Als voorbeeld daarvan kan worden opgemerkt dat het VN-Handvest in artikel 2 lid 1 weliswaar de soevereine gelijkheid van haar leden proclameert, maar vervolgens vijf staten een permanente zetel in de Veiligheidsraad toekent met daaraan gekoppeld het recht om middels een tegenstem een veto uit te brengen.²³

— 4

De functies van algemene rechtsbeginselen

Conclusion 10

Functions of general principles of law

1. General principles of law are mainly resorted to when other rules of international law do not resolve a particular issue in whole or in part.
2. General principles of law contribute to the coherence of the international legal system. They may serve, *inter alia*:
 - (a) to interpret and complement other rules of international law;
 - (b) as a basis for primary rights and obligations, as well as a basis for secondary and procedural rules

In ontwerpconclusie 10 leden 1 en 2 voorziet de ILC in twee hoofdfuncties voor algemene rechtsbeginselen. In lid 1 wordt de eerste hoofdfunctie verwoord, welke gezien wordt als de primaire functie door aan te geven dat algemene rechtsbeginselen hoofdzakelijk

(‘*mainly*’) kunnen worden gebruikt wanneer andere regels geen uitsluitel bieden. Deze positie wordt ingegeven door de voorbereidende werken van het Statuut van het Permanente Hof voor Internationale Justitie, die aantonen dat de opname van algemene rechtsbeginselen voornamelijk bedoeld was om te voorkomen dat de rechter op grond van een lacune in het recht een *non liquet* zou uitspreken en daarmee zich aan rechtsweigeren zou schuldig maken.²⁴ Voor de eerste functie geldt, aldus de ILC, dat de verwijzing naar ‘toevlucht’ niet inhoudt dat dit de enige manier is, dat zij ook direct kunnen worden toegepast, en dat zij derhalve niet slechts een bijkomstige rol spelen.²⁵

De tweede hoofdfunctie die de ILC identificeert in lid 2 betreft de bijdrage van algemene rechtsbeginselen aan de coherentie van de internationale rechtsorde.²⁶ Deze bijdrage ligt bij hun rol in de interpretatie van regels van internationaal recht en het bevorderen van hun samenhang, en als basis voor primaire rechten en plichten en voor secundaire en procedurele regels. De ILC noemt deze twee subfuncties slechts als voorbeelden, gezien het gebruik van ‘*inter alia*’. De woorden ‘*they may serve [to/as]*’ in lid 2 houden volgens de ILC in dat de functie van algemene rechtsbeginselen per geval dient te worden vastgesteld aan de hand van hun inhoud en bereik.²⁷

Of de functies opgesomd in ontwerpconclusie 10 de achterliggende beweegredenen voor de opname van algemene rechtsbeginselen in artikel 38 Statuut IGH volledig weerspiegelen, kan worden betwijfeld. De auteurs van de bepaling van artikel 38 hadden, ten tijde van de oprichting van het Permanente Hof van Internationale Justitie, weliswaar in gedachten dat een verwijzing naar (rechts)beginselen noodzakelijk was om te voorkomen dat het Hof een *non liquet* zou uitspreken vanwege een lacune in het recht, maar voorzagen niet in de mogelijkheid als wetgever op te treden.²⁸ Vanuit dat oogpunt zou men derhalve niet verwachten dat alle primaire bronnen van internationaal recht in alle opzichten dezelfde of vergelijkbare functies vervullen, aangezien het onderscheidend vermogen tussen de verschijningsvormen van de verschillende bronnen daarmee zou komen te vervallen. In dit verband kan worden



inhoud

opgemerkt dat (de termen) regels en beginselen veelvuldig door elkaar worden gebruikt, waarbij men zich dan ook zou kunnen afvragen of een onderscheid in deze zin wel (enig) nut heeft.²⁹ Dit blijkt natuurlijk al uit de formulering van ontwerpconclusie 11 zelf, nu gesproken wordt over algemene rechtsbeginselen in verhouding tot ‘andere’ regels.

De zojuist benoemde problematiek komt ten volle tot uiting in de positie van de ILC dat algemene rechtsbeginselen de basis kunnen zijn van primaire rechten en verplichtingen en van secundaire en procedurele regels.³⁰ De tekst van ontwerpconclusie 10 lijkt erop te duiden dat algemene rechtsbeginselen slechts als inspiratiebron fungeren voor de ontwikkeling van primaire rechten en plichten en secundaire en procedurele regels. De toelichting laat echter een andere interpretatie toe:

‘The term ‘primary rights and obligations’ covers the proposition that, like any other source of international law, general principles of law may give rise to substantive rights and obligations incumbent upon States and other subjects of international law, and that international responsibility may be engaged for a breach thereof.’³¹

Hiermee lijkt te worden gesuggereerd dat algemene rechtsbeginselen zelfstandig primaire rechten en plichten genereren zelfs bij afwezigheid van parallele regels van verdrags- of gewoonterecht. De redenen voor aarzelingen op dit punt zijn gelegen in de hierboven reeds aangehaalde omstandigheid dat rechtsbeginselen (veelvuldig) zodanig abstract geformuleerd en algemeen van aard zijn dat onduidelijk blijft welk gedrag in feite wordt geboden, verboden of toegestaan, en doordat de voorbeelden die de ILC noemt vrijwel zonder uitzondering ook bestaan als regels van internationaal gewoonte- en verdragsrecht.³²

Wat betreft de eerste aarzeling kan verwezen worden naar het beginsel van de goede trouw, hetgeen weliswaar als fundamenteel wordt beschouwd, maar waaruit geen concrete gedragslijn kan worden afgeleid. Dit verklaart in het bijzonder de stellingname van het Internationaal Gerechtshof in de *Armed Actions*

zaak, waar men overigens tevergeefs naar zoekt in de toelichting van de ILC, waarbij het Hof opmerkt:

‘The principle of good faith is, as the Court has observed, “one of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations” (...); it is not in itself a source of obligation where none would otherwise exist.’³³

Van veel algemene rechtsbeginselen kan hetzelfde worden gezegd, en de toelichting van de ILC geeft geen inzicht in de omstandigheden waaronder dit anders zou zijn. Het enige dat uit de toelichting kan worden opgemaakt, is dat dit per geval dient te worden beoordeeld aan de hand van hun inhoud en bereik, maar zonder dat nadere aanknopingspunten worden geboden die een oordeel hierover mogelijk maken.³⁴

De tweede aarzeling betreft de voorbeelden die de ILC geeft, die eerder geformuleerd worden in termen van een regel van internationaal gewoonte- of verdragsrecht dan als algemeen rechtsbeginsel. Zo spreekt de ILC over het verbod op ongerechtvaardigde verrijking, verbod op misdrijven onder internationaal recht, de verplichting voor staten om hun grondgebied niet te laten gebruiken voor handelingen die indruisen tegen de rechten van andere staten, de verplichting om rechtsherstel te bieden en de verplichting om rente te betalen, enzovoort.³⁵ In de literatuur is er wel op gewezen dat algemene rechtsbeginselen naar hun aard transitoir zijn, dat wil zeggen dat zij regelmatig leiden tot de vorming van regels van internationaal gewoonterecht.³⁶ Het hoeft dan echter geen betoog dat mogelijke rechten en plichten in dat geval eerder voortvloeien uit het bestaan van de regel van internationaal gewoonterecht dan dat zij noodzakelijkerwijs gegenereerd worden door het betreffende algemeen rechtsbeginsel.

De CAVV is positief over de hoofdfuncties van algemene rechtsbeginselen voor wat betreft het voorkomen van een *non liquet* bij lacunes in het recht en hun bijdrage aan de coherentie van de internationale rechtsorde. De CAVV is ook overtuigd van hun constructieve rol bij de interpretatie van regels van internationaal recht en het bevorderen van hun samenhang. De verwijzing in ontwerpconclusie 11 naar algemene



rechtsbeginselen als basis voor primaire rechten en plichten en voor secundaire en procedurele regels roept echter vragen op. Daarbij meent de CAVV dat duidelijkheid dient te worden geboden of algemene rechtsbeginselen zelfstandig dergelijke rechten, plichten of regels genereren en, indien dat het geval is, welke overwegingen of aanknopingspunten tot een dergelijke conclusie kunnen leiden.

— 5

Categorieën van algemene rechtsbeginselen

Conclusion 3

Categories of general principles of law

General principles of law comprise those:

- (a) that are derived from national legal systems;
- (b) that may be formed within the international legal system.

Zoals hierboven al aangehaald, onderscheidt de ILC een tweetal categorieën van algemene rechtsbeginselen. Ten eerste rechtsbeginselen die afkomstig zijn uit nationale rechtsstelsels en ten tweede rechtsbeginselen welke gevormd kunnen worden binnen de internationale rechtsorde. Het bestaan van de eerste categorie wordt bevestigd, aldus de ILC, door de jurisprudentie van hoven en tribunalen, de doctrine, en de voorbereidende werken van het Statuut.³⁷ Wat betreft het bestaan van de tweede categorie geeft de ILC aan dat deze *lijkt* te worden gesteund door de jurisprudentie van hoven en tribunalen en de doctrine.³⁸ In de toelichting bij ontwerpconclusie 7 voegt de ILC daaraan toe dat de internationale rechtsorde, zoals andere rechtssystemen, in staat dient te worden geacht eigen algemene rechtsbeginselen te genereren, en dat niets in de tekst van artikel 38 lid 1 sub c Statuut IGH of diens ontstaansgeschiedenis algemene rechtsbeginselen beperkt tot die afkomstig uit de nationale rechtsstelsels.³⁹

Zoals al opgemerkt is de inclusie van de categorie van algemene rechtsbeginselen gevormd binnen de internationale rechtsorde controversieel gebleken.⁴⁰ Wat er ook zij van de voorbereidende werken van het Statuut van het Permanente

Hof van Internationale Justitie (voorganger van het huidige Statuut IGH),⁴¹ die tot zeer verschillende interpretaties kunnen leiden,⁴² de CAVV meent met de ILC dat de tekst van artikel 38 lid 1 sub c Statuut IGH inderdaad zodanig ruim is geformuleerd dat ook de tweede categorie hieronder kan vallen. Met de ILC is de CAVV dan ook van mening dat het internationaal recht zijn eigen algemene rechtsbeginselen kan genereren.

Het primaire voorbeeld daarvan betreft het beginsel van de soevereine gelijkheid van staten, gecodificeerd in artikel 2 lid 1 VN-Handvest. Daarmee is de horizontale structuur van de internationale rechtsorde gegeven, waarbij staten uit hoofde van hun soevereiniteit geen hogere autoriteit boven zich dulden. Dit fundamentele beginsel staat aan de basis van een aantal positiefrechtelijke regels van internationaal gewoonte- en verdragsrecht.⁴³ Zo heeft het IGH in 2012 nog gesteld:

‘... the rule of State immunity occupies an important place in international law and international relations. It derives from the principle of sovereign equality of States, which, as Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations makes clear, is one of the fundamental principles of the international legal order.’⁴⁴

Uit deze passage blijkt dat de twijfel van bepaalde leden van de ILC over het bestaan van algemene rechtsbeginselen die eigen zijn aan het internationaal recht niet gerechtvaardigd is. De soevereine gelijkheid van staten betreft een algemeen rechtsbeginsel dat specifiek is aan de internationale rechtsorde. Een daaruit voortvloeiend en daaraan gekoppeld rechtsbeginsel brengt met zich mee dat staten instemming dienen te verlenen voor de beslechting van hun internationale geschillen, en dat geen enkele staat tegen zijn wil aan de rechtsmacht van een internationale tribunaal of hof kan worden onderworpen.⁴⁵

Alhoewel de CAVV zich kan vinden in de positie van de ILC dat artikel 38 lid 1 sub c Statuut IGH ruim genoeg is geformuleerd om ook rechtsbeginselen gevormd binnen de internationale rechtsorde te omvatten, is het taalgebruik van ontwerpconclusie 3 wel erg voorzichtig. Zo wordt gesproken over



inhoud

rechtsbeginselen die *gevormd kunnen worden* binnen de internationale rechtsorde, alsof er twijfel over kan bestaan dat dergelijke rechtsbeginselen zich al hebben ontwikkeld binnen die rechtsorde (*quod non*). In de toelichting bij ontwerpconclusie 3 merkt de ILC in dit verband op:

'The phrase "may be formed" was considered appropriate to introduce a degree of flexibility to the provision, acknowledging that there is a debate as to whether a second category of general principles of law exists.'⁴⁶

Het is echter ongebruikelijk en onwenselijk dat tegengestelde meningen zich vertalen naar de tekst van een ontwerpconclusie; opname daarvan in de toelichting, of in het rapport van de ILC zelf, dient daartoe voldoende te zijn. Op grond van het voorgaande meent de CAVV dat beter gesproken kan worden over algemene rechtsbeginselen *gevormd* binnen de internationale rechtsorde.

— 6

Methode ter identificatie van algemene rechtsbeginselen ontleend aan nationale rechtssystemen

Conclusion 4

Identification of general principles of law derived from national legal systems

To determine the existence and content of a general principle of law derived from national legal systems, it is necessary to ascertain:

- (a) the existence of a principle common to the various legal systems of the world; and
- (b) its transposition to the international legal system.

Conclusion 5

Determination of the existence of a principle common to the various legal systems of the world

1. To determine the existence of a principle common to the various legal systems of the world, a comparative analysis of national legal systems is required.
2. The comparative analysis must be wide and representative, including the different regions of the world.

3. The comparative analysis includes an assessment of national laws and decisions of national courts, and other relevant materials.

Conclusion 6

Determination of transposition to the international legal system

A principle common to the various legal systems of the world may be transposed to the international legal system insofar as it is compatible with that system.

De vraag, hoe moet worden vastgesteld dat de internationale gemeenschap een rechtsbeginsel heeft erkend, wordt beantwoord in ontwerpconclusies 4 tot en met 9. Het is meteen duidelijk dat het er niet om gaat dat de internationale erkenning een wilsbeschikking is van de internationale gemeenschap als geheel, maar dat die erkenning vastgesteld dient te worden in twee stappen middels inductie en deductie.⁴⁷

Voor het vaststellen van het bestaan en de inhoud van een algemeen rechtsbeginsel ontleend aan nationale rechtssystemen geldt dat de eerste stap (inductief) vereist dat een beginsel gemeenschappelijk is aan de verscheidene rechtssystemen van de wereld.⁴⁸ Om dit vast te stellen is een vergelijkende analyse vereist, die wijdverbreid en representatief dient te zijn, waaronder inbegrepen alle regio's van de wereld, met een beoordeling van nationale wetten, jurisprudentie en andere materialen.⁴⁹ De tweede stap (deductief) vergt de transpositie van het beginsel naar de internationale rechtsorde.⁵⁰ In de toelichting bij ontwerpconclusie 4 wordt gesteld dat de eis van transpositie dient om aan te tonen dat een algemeen rechtsbeginsel erkend wordt in de zin van artikel 38 lid 1 sub c Statuut IGH. Daar wordt aan toegevoegd dat het daarbij gaat om aan te tonen dat het beginsel *toepasselijk* is binnen de internationale rechtsorde. Als laatste wordt aangegeven dat een beginsel, of elementen daarvan, mogelijk niet geschikt (*suitable*) zouden zijn voor toepassing binnen de internationale rechtsorde, en dat derhalve een algemeen rechtsbeginsel geïdentificeerd volgens de twee stappen van ontwerpconclusie 4 qua inhoud niet identiek hoeft te zijn aan het beginsel zoals gevonden in verschillende nationale rechtssystemen.⁵¹



inhoud

In de toelichting bij ontwerpconclusie 6 geeft de ILC de ratio aan voor de eis van transpositie, namelijk dat de internationale rechtsorde en nationale rechtssystemen onderscheiden structuren en eigenschappen kennen.⁵² Algemene rechtsbeginselen die gemeenschappelijk zijn aan nationale rechtssystemen zijn bedoeld om de noden van een specifieke gemeenschap te lenigen, en zijn niet noodzakelijkerwijs in staat te functioneren op het internationale niveau. Het (tegen)voorbeeld dat de ILC hierbij geeft is het recht op toegang tot de rechter, hetgeen bij afwezigheid van een rechtelijk orgaan met universele en verplichte rechtsmacht rechtstreeks in zou gaan tegen het beginsel van instemming door staten voor de beslechting van internationale geschillen.⁵³ De ILC stelt verder dat transpositie kan worden vastgesteld indien het betreffende rechtsbeginsel *verenigbaar* is met de internationale rechtsorde, met de daaraan gekoppelde opmerking dat een beginsel verenigbaar is wanneer het geschikt is voor toepassing binnen de internationale rechtsorde.⁵⁴

De eis van transpositie kent geen tekstuele basis in de formulering van artikel 38 lid 1 sub c Statuut IGH en kan ook niet ondubbelzinnig worden afgeleid uit de eis van erkenning door de gemeenschap van naties. De ILC lijkt dan ook eerder gepreoccupeerd te zijn met een al te ruime toepassing van de zogenaamde nationale analogie (*domestic analogy*), gezien haar verwijzing naar onderscheiden structuren en eigenschappen. Daarbij sluit de ILC zich mogelijk aan bij de opmerkingen van de Beroepskamer van het Joegoslavië Tribunaal in de *Blaškić* zaak. Hierin werd de vraag opgeworpen of het Tribunaal een (bindend) bevel (*subpoena*) kon geven aan staatsfunctionarissen onder strafbedreiging (*contempt of court*), en waarin het stelde met betrekking tot de nationale analogie:

“The setting is totally different in the international community. It is known *omnibus lippis et tonsoribus* that the international community lacks any central government with the attendant separation of powers and checks and balances. In particular, international courts, including the International Tribunal, do not make up a judicial branch of a central government. The international community primarily consists of sovereign States; each

jealous of its own sovereign attributes and prerogatives, each insisting on its right to equality and demanding full respect, by all other States, for its domestic jurisdiction. Any international body must therefore take into account this basic structure of the international community. It follows from these various factors that international courts do not necessarily possess, *vis-à-vis* organs of sovereign States, the same powers which accrue to national courts in respect of the administrative, legislative and political organs of the State. Hence, the transposition onto the international community of legal institutions, constructs or approaches prevailing in national law may be a source of great confusion and misapprehension. In addition to causing opposition among States, it could end up blurring the distinctive features of international courts.’⁵⁵

Dat voorzichtigheid geboden is bij het naar analogie toepassen binnen de internationale rechtsorde van regels die zich ontwikkeld hebben binnen een nationale rechtsorde behoeft geen betoog. Tegelijkertijd is het toch ook zaak om koudwatervrees te vermijden, nu analogieën met nationaal recht zowel in het verleden als in het heden veelvuldig werden of worden getrokken en een nuttige bron van inspiratie zijn (geweest) voor de progressieve ontwikkeling van het internationaal recht.⁵⁶ Wellicht vermeldenswaardig is de opvatting dat ‘...in neither case [as analogy or a material source] are domestic rules as such applied (or applicable) by the Court.’⁵⁷

Wat daar verder ook van zij, de eis van transpositie lijkt de CAVV te strikt. Vanuit een temporeel oogpunt lijkt ontwerpconclusie 4 qua formulering te vooronderstellen dat om te worden toegepast, transpositie al dient te hebben plaatsgevonden. Onduidelijk is echter op welk moment en door wie transpositie dient plaats te vinden. Aangezien transpositie bedoeld is om uiting te geven aan de erkenning door de internationale gemeenschap van naties ligt het voor de hand dat de opvattingen van staten daarvoor bepalend zijn. Maar indien, zoals de toelichting aangeeft, transpositie niet automatisch plaatsvindt maar ook geen formele of uitdrukkelijke handeling vereist, zou enige

duiding in de toelichting gepast zijn ter indicatie waar deze opvattingen dan gevonden zouden kunnen worden.⁵⁸

In de toelichting op ontwerpconclusie 4 motiveert de ILC de keuze voor transpositie (*transposition*) boven transposeerbaarheid (*transposability*).⁵⁹ De CAVV is niet overtuigd op dit punt. Verderop in de toelichting koppelt de ILC de transpositie van algemene rechtsbeginselen aan termen als verenigbaarheid, toepasselijkheid en geschiktheid voor toepassing binnen de internationale rechtsorde.⁶⁰ Deze standaarden duiden eerder op een eis van transposeerbaarheid dan van transpositie. Aangezien de ILC ook geen formele of uitdrukkelijke handeling van transpositie vereist, maar deze ook niet (formeel) in de handen van de rechter legt, dient een onderzoek naar de transposeerbaarheid en een grondige motivering daarvan naar het oordeel van de CAVV voldoende te zijn. Het is de CAVV overigens niet geheel duidelijk wie dit onderzoek in een concreet geval (zoals in een rechtszaak) moet uitvoeren.

— 7

Methode ter identificatie van algemene rechtsbeginselen die gevormd kunnen worden binnen de internationale rechtsorde

Conclusion 7

Identification of general principles of law formed within the international legal system

1. To determine the existence and content of a general principle of law that may be formed within the international legal system, it is necessary to ascertain that the community of nations has recognized the principle as intrinsic to the international legal system.
2. Paragraph 1 is without prejudice to the question of the possible existence of other general principles of law formed within the international legal system

Ontwerpconclusie 7 betreft de tweede categorie van algemene rechtsbeginselen die gevormd kunnen worden binnen de internationale rechtsorde. In termen van methodologie echter merkt de ILC op dat de eerste stap (inductief)

een analyse vereist van bestaande regels binnen de internationale rechtsorde, en dat het vereist is dat zij een autonome status bezitten. De betreffende analyse dient gebruik te maken van al het voorhanden zijnde bewijs ter zake de erkenning van zo'n rechtsbeginsel, zoals bijvoorbeeld in internationale instrumenten, resoluties aangenomen door internationale organisaties en verklaringen van staten.⁶¹ Voor de tweede stap (deductief) is noodzakelijk, aldus de ILC, dat de gemeenschap van naties een beginsel heeft erkend als intrinsiek (*intrinsic*) aan de internationale rechtsorde. In de toelichting geeft de ILC echter aan dat zo'n rechtsbeginsel 'specifiek' (*specific*) is voor de internationale rechtsorde en diens fundamentele kenmerken weerspiegelt en ordent.⁶²

Twee van de voorbeelden die de ILC vervolgens bespreekt – het beginsel van instemming van staten met rechtsmacht en mogelijk het beginsel van *uti possidetis (juris)*⁶³ – kunnen inderdaad geacht worden algemene rechtsbeginselen te zijn die zich (specifiek) ontwikkeld hebben binnen de internationale rechtsorde. Wel blijft onduidelijk in deze context wat een rechtsbeginsel algemeen van aard maakt.⁶⁴ Voor beginselen ontleend aan nationale rechtsstelsels kan dit gebaseerd worden op de aanwezigheid van die beginselen aan de hand van een wijdverbreide en representatieve analyse van die stelsels.⁶⁵ Dit ligt echter anders voor het internationaal recht, waar zich beginselen of rechtsbeginselen ontwikkelen die een zeer beperkt toepassingsbereik kennen of eigen zijn aan bepaalde deelgebieden van dat recht. Terwijl het beginsel van instemming algemeen van toepassing is binnen de internationale rechtsorde en alle deelgebieden daarvan, kan hetzelfde niet gezegd worden van *uti possidetis (juris)*, dat enkel van toepassing is voor wat betreft de omzetting van voorheen intern administratieve grenzen naar de internationale grenzen van opvolgerstaten.⁶⁶

Van sommige andere voorbeelden is het minder duidelijk of zij gekwalificeerd kunnen worden als exclusief ontwikkeld binnen de internationale rechtsorde, slechts een abstractie vormen van bestaande regels, of ook een vermenging met bestaande regels van internationaal gewoonte- of verdragsrecht vertonen.⁶⁷ In dit verband kan de CAVV de sceptis van bepaalde ILC-leden wel



inhoud

begrijpen, mede omdat onduidelijk blijft aan de hand van de toelichting hoe bepaald dient te worden of een algemeen rechtsbeginsel intrinsiek (specifiek) is aan de internationale rechtsorde en daarmee een autonome status bezit. Een algemeen rechtsbeginsel dat simpelweg een abstractie vormt van (een stelsel van) bestaande regels van internationaal gewoonte- of verdragsrecht kan die conclusie waarschijnlijk niet dragen.⁶⁸

Verder is het bijzonder moeilijk vast te stellen hoe algemene rechtsbeginselen zich onderscheiden van regels van internationaal gewoonte- of verdragsrecht, nu de vaststelling van hun bestaan ook juist afhankelijk wordt gemaakt van een analyse van bestaande regels van internationaal recht. Indien daarnaast de functies van algemene rechtsbeginselen vergelijkbaar zijn met die van de andere primaire bronnen, bestaat al gauw het risico dat de toevlucht wordt genomen tot algemene rechtsbeginselen als fundering voor primaire rechten en plichten zonder dat staten deze op juridisch gronden hebben aanvaard (*opinio juris*) voor internationaal gewoonterecht of daarmee hebben kunnen instemmen bij verdragen.⁶⁹

Lid 2 van ontwerpconclusie 7 legt neer dat lid 1 geen afbreuk doet aan het mogelijk bestaan van andere algemene rechtsbeginselen gevormd binnen de internationale rechtsorde. In de toelichting legt de ILC uit dat sommige leden de formulering van lid 1 te nauw achtten, aangezien binnen de internationale rechtsorde zich mogelijk ook beginselen vormen die niet 'intrinsiek' zijn aan die orde.⁷⁰ Hoe dergelijke 'andere' rechtsbeginselen zouden of kunnen worden gevormd, blijft echter volstrekt duister. Wel moge duidelijk zijn dat binnen allerhande deelgebieden van het internationaal recht rechtsbeginselen zijn neergelegd, of zich hebben gevormd, die naar hun aard niet 'algemeen' toepasbaar zijn.⁷¹ Gezien de opmerkingen hierboven is de CAVV van mening dat een uitgebreidere taxonomie van algemene rechtsbeginselen gevormd binnen de internationale rechtsorde wenselijk is, en op grond waarvan een meer verfijnde categorisering en methodologie kan worden vastgesteld.⁷²



inhoud

Afsluiting en advies



inhoud

De CAVV beveelt de regering aan de hierna volgende opmerkingen in overweging te nemen bij het bepalen van haar positie betreffende het ILC project inzake algemene rechtsbeginselen.

1. De toegevoegde waarde van het ILC project inzake algemene rechtsbeginselen ligt in de explicitering van de methodologie ter identificatie van algemene rechtsbeginselen in de zin van Artikel 38 lid 1 sub c Statuut IGH. Tegelijkertijd is die waarde mogelijk beperkt doordat het onderscheidend vermogen van algemene rechtsbeginselen ten opzichte van regels van internationaal gewoonterecht onvoldoende uit de verf komt. De praktische toepasbaarheid van de ontwerpconclusies is niet verzekerd omdat slechts zeer beperkt wordt ingegaan op het onderscheid tussen regels en (rechts)beginselen, en de voorbeelden die ter illustratie worden gegeven op dit punt juist verwarring scheppen. De CAVV meent verder dat de ontwerpconclusies een andere structuur zouden dienen aan te houden, waarbij eerst wordt ingegaan op de positionering van algemene rechtsbeginselen en hun functies, en pas daarna de verschillende categorieën worden onderscheiden met bijbehorende methodologie.
2. De primaire bronnen van internationaal recht die in Artikel 38 lid 1 Statuut IGH zijn neergelegd staan niet in een hiërarchische verhouding tot elkaar (ontwerpconclusie 11 lid 1), hoewel vanuit praktisch oogpunt bij de toepassing veelal de volgorde wordt aangehouden waarin zij worden opgesomd. De primaire bronnen zullen ook veelvuldig leiden tot een parallel bestaan van algemene rechtsbeginselen en regels van internationaal gewoonte- en verdragsrecht met dezelfde inhoud en strekking (ontwerpconclusie 11 lid 2). Of algemene rechtsbeginselen ingeval van conflict op grond van methodes van conflictoplossing worden toegepast met voorbijgaan aan de parallelle regels van internationaal gewoonte- of verdragsrecht kan betwijfeld worden.
3. De ILC besteedt maar zeer beperkt aandacht aan de aard van algemene rechtsbeginselen. De CAVV is van mening dat bij algemene rechtsbeginselen sprake is van normen met een hoger abstractieniveau, waarbij de normadressaat niet gegeven is, en veelal niet duidelijk zal zijn welke concrete gedragingen, handelingen of omissies op grond daarvan verboden, geboden of toegestaan zijn. Bepaalde algemene rechtsbeginselen bieden ook relatief ruime discretie om af te wijken van de daarin verwoorde norm.
4. De CAVV ondersteunt de ILC voor wat betreft de formulering van de twee hoofdfuncties van algemene rechtsbeginselen, namelijk om een oplossing te bieden ingeval van lacunes in het internationaal recht en om bij te dragen aan de coherentie van de internationale rechtsorde. Ontwerpconclusie 10 en de daarbij behorende toelichting zijn niet volledig duidelijk over de vraag of algemene rechtsbeginselen zelfstandig primaire rechten en plichten, en secundaire en procedurele regels, kunnen genereren. De CAVV heeft haar bedenkingen bij een positief antwoord op deze vraag, maar meent dat in dat geval de toelichting duidelijkheid zou dienen te bieden over de aanknopingspunten die een oordeel hierover mogelijk maken.
5. De ILC heeft de positie ingenomen dat algemene rechtsbeginselen onder artikel 38 lid 1 sub c Statuut IGH zowel rechtsbeginselen omvatten ontleend aan de nationale rechtsstelsels als die gevormd worden binnen de internationale rechtsorde. De CAVV ondersteunt deze keuze, maar meent dat ontwerpconclusies 3 en 7 te voorzichtig zijn geformuleerd en dat beter gesproken kan worden over algemene rechtsbeginselen gevormd binnen de internationale rechtsorde.
6. De methode die de ILC identificeert voor het vaststellen van een algemeen rechtsbeginsel ontleend aan de nationale rechtsstelsels, met zowel inductieve als deductieve elementen, kan op steun van de CAVV rekenen. Wel heeft de CAVV aarzelingen bij de eis van transpositie,

die niet noodzakelijkerwijs voortvloeit uit de eis van erkenning door de gemeenschap van naties en eerder een preoccupatie laat zien met de problematiek van de nationale analogie (*domestic analogy*). Naar het oordeel van de CAVV kan daarom beter gesproken worden over transponeerbaarheid. De ILC geeft in de toelichting aan dat transpositie niet automatisch plaatsvindt, maar ook geen formele of uitdrukkelijke handeling vereist. Onduidelijk blijft daarmee op welke wijze, op welk moment en door wie transpositie of transponeerbaarheid dient te worden beoordeeld en/of vastgesteld.

7. Voor de methode ter identificatie van algemene rechtsbeginselen die gevormd kunnen worden binnen de internationale rechtsorde hanteert de ILC eveneens inductieve en deductieve elementen, en de CAVV ondersteunt ook deze keuze. Desalniettemin zijn er aspecten die nadere uitwerking behoeven. Allereerst mag worden opgemerkt dat de toelichting weinig aanknopingspunten biedt om te bepalen wanneer een algemeen rechtsbeginsel

‘intrinsiek’ is aan de internationale rechtsorde en daarmee aan dit beginsel een ‘autonome’ status toekomt. Ten tweede blijft onduidelijk wat een rechtsbeginsel gevormd binnen de internationale rechtsorde ‘algemeen’ toepasbaar maakt.

8. Dit is des te prangender, nu zich binnen het internationaal recht rechtsbeginselen hebben ontwikkeld die een zeer beperkt toepassingsbereik kennen of die eigen zijn aan specifieke deelgebieden daarvan. Dit verklaart dan ook de ‘zonder afbreuk’ clause van ontwerpconclusie 7 lid 2 inzake rechtsbeginselen die niet ‘intrinsiek’ zijn aan de internationale rechtsorde. De toelichting geeft echter geen indicaties over de vraag hoe dergelijke ‘andere’ rechtsbeginselen worden gevormd binnen de internationale rechtsorde. Vandaar dat de CAVV meent dat een uitgebreidere taxonomie van rechtsbeginselen wenselijk is, op grond waarvan ook een meer verfijnde categorisering en methodologie kan worden vastgesteld.



inhoud

Eindnoten

- ¹ ILC, Report of the International Law Commission, seventy-fourth session, UN Doc A/78/10 (2023), Chapter IV General principles of law [hierna aangeduid als ILC Report 2023].
- ² M. Vázquez-Bermúdez, First report on general principles of law, 5 April 2019, UN Doc A/CN.4/732; Second report on general principles of law, UN Doc A/CN.4/741 (2020); Third report on general principles of law, UN Doc A/CN.4/753 (2022).
- ³ ILC Report 2023, p. 11, par. 38, met het verzoek deze aan de Secretaris-Generaal te doen toekomen voor 1 december 2024.
- ⁴ Statuut van het Internationaal Gerechtshof, San Francisco, 26 juni 1945 (Hierna: Statuut IGH).
- ⁵ ILC Report 2023, p. 13, Conclusion 1 Commentary, par. 3.
- ⁶ Ibid.
- ⁷ ILC, Report of the International Law Commission, seventieth session, Identification of customary international law, UN Doc. A/73/10 (2018), algemene toelichting ontwerpconclusies, p. 122, par. 2; ILC, Report of the International Law Commission, seventy-third session, Peremptory norms of general international law (*jus cogens*), UN Doc. A/77/10 (2022), toelichting ontwerpconclusie 1, p. 16-17, par. 2.
- ⁸ Vgl. M. Dordeska, *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations (1922-2018): The Evolution of the Third Source of International Law through the Jurisprudence of the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice*, Brill Nijhoff, 2020, p. 63-82; I. Saunders, *General Principles as a Source of International Law, Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice*, Hart, 2021, p. 13, 50, 213-220, 272-273. Zie ook IGH 12 oktober 1984, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 246, p. 288-290, par. 79. Het IGH merkte op: '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.'
- ⁹ Ontwerpconclusie 11 in ILC Report 2023, p. 12, 13.
- ¹⁰ Ontwerpconclusie 10 in ILC Report 2023, p. 12.
- ¹¹ In dit advies wordt de internationale rechtsorde gebruikt als vertaling voor 'international legal system', zonder dat enig verschil in betekenis wordt beoogd.
- ¹² ILC Report 2023, p. 33, Conclusion 11 Commentary, par. 2.
- ¹³ A. Pellet en D. Müller, 'Article 38', in: A. Zimmermann en C.J. Tams e.a. (ed.), *Statute of the International Court of Justice: A Commentary (3rd Edition)*, Oxford University Press, 2019, p. 819, p. 941, par. 296.
- ¹⁴ IGH 27 juni 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment, ICJ Reports 1986*, p. 14, par. 172-182, in het bijzonder par. 177-179.
- ¹⁵ ILC Report 2023, p. 34, Conclusion 11 Commentary, par. 5.
- ¹⁶ ILC Report 2023, p. 33, Conclusion 11 Commentary, par. 3.
- ¹⁷ A. Pellet en D. Müller, 'Article 38', in: A. Zimmermann en C.J. Tams e.a. (ed.), *Statute of the International Court of Justice: A Commentary (3rd Edition)*, Oxford University Press, 2019, p. 819, p. 941, par. 297.
- ¹⁸ *Lex specialis derogat legi generali; lex posterior derogat legi priori; en lex superior derogat legi inferiori*, zie ILC Report 2023, p. 35, Conclusion 11 Commentary, par. 7.
- ¹⁹ Inzake het voorzorgsbeginsel en artikel 5.7 SPS Agreement, zie Wereldhandelsorganisatie (WTO), panel report, EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/DS26/R/USA, Report of the Panel, 18 augustus 1997, p. 201 en 221, par. 8.157 en 8.248-8.249; zie ook WTO, EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), AB-1997-4, Report of the Appellate Body, WT/DS26/AB/R, 16 januari 1998, p. 48-50, par. 123-125 en voetnoot 93.



inhoud

- ²⁰ Handvest van de Verenigde Naties, San Francisco, 26 juni 1945 (hierna: VN-Handvest); ILC Report 2023, p. 35, Conclusion 11 Commentary, par. 7.
- ²¹ CAVV, *Advies inzake de ontwerpconclusies van de International Law Commission over dwingende regels van algemeen internationaal recht*, Advies 37, 27 juli 2020, p. 9-10.
- ²² In dit verband merkt J. Wouters op: ‘First of all, legal principles do not specify legal consequences that follow automatically in certain defined circumstances, whereas legal rules typically have an “all-or-nothing” nature. Indeed, in the words of Kolb, “their main characteristic is to be general”. As Advocate General Mazák observed in his opinion in *Palacios de la Villa* before the CJEU: “it lies in the nature of general principles of law, which are to be sought rather in the Platonic heaven of law than in the law books, that both their existence and their substantive content are marked by uncertainty”. A second characteristic of legal principles is their dimension of weight or importance: when principles contravene each other, the problem should be solved by evaluating the significance of each principle relative to the other.’ J. Wouters, ‘Conclusions: The Role of General Principles in a Multi-layered Legal Setting’, in: M. Andenas, M. Fitzmaurice, A. Tanzi en J. Wouters (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Brill Nijhoff, 2019, p. 195-196 (voetnoten weggelaten). Zie verder K. Gorobets, ‘Solidarity as a Practical Reason: Grounding the Authority of International Law’, *Netherlands International Law Review* (69-2) 2022, p. 13-14, waar hij verwijst naar het beginsel van het verbod op genocide, het beginsel van non-interventie en het beginsel van niet-gebruik van geweld als voorbeelden. Hij geeft aan, met gebruik van citaten van Dworkin en Raz, dat regels leiden tot een concreet resultaat en relatief specifieke acties (of omissies) voorschrijven, terwijl beginselen niet tot zo’n concreet resultaat leiden en hoogst ongespecificeerde acties (en omissies) voorschrijven. R. Kolb, ‘General Principles of Procedural Law’, in: A. Zimmermann en C.J. Tams e.a. (ed.), *Statute of the International Court of Justice: A Commentary (3rd Edition)*, Oxford University Press, 2019, p. 963, p. 964-965, par. 2 (voetnoten weggelaten) overweegt het volgende: ‘A “principle” of law is a general normative proposition considered to be expressive of the ratio of a series of more detailed rules. The principle is thus a sort of “constitutional” proposition of a

legal order: it expresses an important or general legal value, or it is the hallmark of a legal idea that permeates different questions of law. It covers an important or even unlimited segment of the legal reality, without, however, spelling out in a precise way the conditions of its application or its legal effects. A series of “concretizations” of a principle can ordinarily be grouped around it; they are treated as its derivatives or otherwise as related concepts. (...) Principles, not being cast into limits as precise as rules proper, display distinctive functions in the legal system. They have an important role in smoothing the application of the law in a given case and have a sort of adapting or equitable function. Moreover, they play a major role in the development of the law, sometimes by allowing new rules to be shaped. A simple “rule” of law does not possess such a constitutional role. It is narrower, more limited in its reach; its scope of application and its effects are spelled out much more clearly. As can be grasped, there is no clear-cut distinction between principles and rules, but at least a grey area exists: a rule can be quite general and thus eventually qualify as a principle; a principle can be narrow, but qualify as such on account of its importance.’

- ²³ Artikelen 23 en 27 lid 3 VN-Handvest. Vandaar dat de Beroepskamer van het Joegoslavië Tribunaal ten onrechte spreekt over een ‘recht op gelijkheid’ van staten in ICTY 29 oktober 1997, *Prosecutor v Blaškić*, IT-95-14-PT. 7, par. 40 (cursief toegevoegd): ‘The international community primarily consists of sovereign States; each jealous of its own sovereign attributes and prerogatives, *each insisting on its right to equality* and demanding full respect, by all other States, for its domestic jurisdiction.’
- ²⁴ Zie Volkenbond, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee*, 16 – 24 juni 1920, p. 286-287, 293-297, 306-325, 331-338, 344-346, 351, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_proceedings_of_committee_annexes_16june_24july_1920.pdf.
- ²⁵ ILC Report 2023, p. 29, Conclusion 10 Commentary, par. 3. In tegengestelde zin, A. Pellet en D. Müller, ‘Article 38’, in: A. Zimmermann en C.J. Tams e.a. (ed.), *Statute of the International Court of Justice: A Commentary (3rd Edition)*, Oxford University Press, 2019, p. 819, p. 941, par. 297.

- ²⁶ Zie algemeen de belangwekkende bijdragen in M. Andenas, M. Fitzmaurice, A. Tanzi en J. Wouters (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Brill Nijhoff, 2019.
- ²⁷ ILC Report 2023, p. 30, Conclusion 10 Commentary, par. 7.
- ²⁸ Zie A. Pellet en D. Müller, 'Article 38', in: A. Zimmermann en C.J. Tams e.a. (ed.), *Statute of the International Court of Justice: A Commentary (3rd Edition)*, Oxford University Press, 2019, p. 819, p. 922-923, par. 251; en I. Saunders, *General Principles as a Source of International Law, Article 38(1)(c)* of the Statute of the International Court of Justice, Hart, 2021, p. 221-229.
- ²⁹ ILC Report 2023, p. 31-32, Conclusion 10 Commentary, par. 11-14. Echter, een onderscheid zonder (materiële) consequenties ontbeert een ratio. Zie bespreking in A. Pellet en D. Müller, 'Article 38', in: A. Zimmermann en C.J. Tams e.a. (ed.), *Statute of the International Court of Justice: A Commentary (3rd Edition)*, Oxford University Press, 2019, p. 819, p. 925-927, par. 256-261. Zie ook de taxonomie van vier verschillende types rechtsbeginselen – waarvan drie in feite geen rechtsbeginsel neerleggen – in K. Gorobets, 'Solidarity as a Practical Reason: Grounding the Authority of International Law', *Netherlands International Law Review* (69-2) 2022, p. 12-18.
- ³⁰ Zie K. Gorobets, 'Solidarity as a Practical Reason: Grounding the Authority of International Law', *Netherlands International Law Review* (69-2) 2022, p. 9-11, die de posities van auteurs bespreekt, voor of tegen, het idee dat solidariteit als beginsel of algemeen rechtsbeginsel verplichtingen kan genereren.
- ³¹ ILC Report 2023, p. 31-32, Conclusion 10 Commentary, par. 11 (voetnoot weggelaten).
- ³² ILC Report 2023, p. 31-32, Conclusion 10 Commentary, par. 11-14.
- ³³ IGH 20 december 1988, *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports 1988*, p. 69, par. 94 (cursief toegevoegd); zie ook IGH 20 december 1974, *Nuclear Tests (Australia v. France)*, *Judgment, ICJ Reports 1974*, p. 253, par. 46.
- ³⁴ ILC Report 2023, p. 30, Conclusion 10 Commentary, par. 7.
- ³⁵ ILC Report 2023, p. 31-32, Conclusion 10 Commentary, par. 11, 13 en 14.
- ³⁶ A. Pellet en D. Müller, 'Article 38', in: A. Zimmermann en C.J. Tams e.a. (ed.), *Statute of the International Court of Justice: A Commentary (3rd Edition)*, Oxford University Press, 2019, p. 819, 942-944, par. 301-304.
- ³⁷ ILC Report 2023, p. 15, Conclusion 3 Commentary, par. 2.
- ³⁸ ILC Report 2023, p. 15-16, Conclusion 3 Commentary, par. 3; en volgens ILC Report 2023, p. 22-23, Conclusion 7 Commentary, par. 2 ook in de statenpraktijk. Vervolgens wordt echter opgemerkt dat sommige ILC leden van mening zijn dat de tweede categorie niet onder artikel 38 lid 1(c) geschaard kan worden, of daar sceptisch over zijn, en dat de doctrine verdeeld is.
- ³⁹ ILC Report 2023, p. 22-23, Conclusion 7 Commentary, par. 2.
- ⁴⁰ Zie ook de reacties van staten in de 6e Commissie van de Algemene Vergadering in: ILC, Report of the International Law Commission on the work of its seventy-fourth session (2023) Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its seventy-eighth session, prepared by the Secretariat, UN Doc A/CN.4/763, p. 3-7.
- ⁴¹ Zie Volkenbond, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee*, 16 – 24 juni 1920, p. 286-287, 293-297, 306-325, 331-338, 344-346, 351, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_proceedings_of_committee_annexes_16june_24july_1920.pdf.
- ⁴² Implicerend dat artikel 38 lid 1 Statuut IGH alleen algemene rechtsbeginselen ontleend aan nationale rechtssystemen omvat, zie M. Wood, 'Customary International Law and the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations', *International Community Law Review* (21-3-4) 2019, p. 307, 317-321; voor de stelling dat ook beginselen van internationaal recht onder artikel 38 lid 1(c) Statuut IGH vallen, zie E. Bjorge, 'General Principles of Law

- Formed within the International Legal System', *International and Comparative Law Quarterly* (72-4) 2023, p. 845. Zie ook I. Saunders, *General Principles as a Source of International Law, Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice*, Hart, 2021, p. 229-236.
- ⁴³ Zie in dit verband Resolutie 2625 (XXV) van de Algemene Vergadering van de VN (24 oktober 1970), Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, The principle of sovereign equality of States, UN Doc A/RES/2625(XXV).
- ⁴⁴ IGH 3 februari 2021, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Judgment, *ICJ Reports* 2012, p. 99, p. 123, par. 57.
- ⁴⁵ Het beginsel van instemming door staten voor de beslechting van hun geschillen brengt soms zelfs met zich dat instemming verleend door twee staten als basis voor de rechtsmacht van een rechter, bijv. het Internationaal Gerechtshof, niet tot uitoefening daarvan zal leiden indien een eventuele uitspraak noodzakelijkerwijs ook een geschil met een derde staat zou beslechten. Dit kan het geval zijn wanneer de rechter, om te komen tot een oordeel over een geschil tussen twee staten, een schending van internationaal recht door een derde staat dient vast te stellen. Het archetypische voorbeeld daarvan is IGH 15 juni 1954, *Case of the monetary gold removed from Rome in 1943 (Preliminary Question)*, *ICJ Reports* 1954, p. 19, p. 32-33. Zie verder algemeen B.I. Bonafé, 'Indispensable Party', *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2018.
- ⁴⁶ ILC Report 2023, p. 15-16, Conclusion 3 Commentary, par. 1.
- ⁴⁷ ILC Report 2023, p. 17, Conclusion 4 Commentary, par. 3 en p. 22-23, Conclusion 7 Commentary, par. 3. Vgl. G. Schwarzenberger, *The Inductive Approach to International Law*, Stevens & Sons, 1965, p. 8-42.
- ⁴⁸ Ontwerpconclusie 4 in ILC Report 2023, p. 11.
- ⁴⁹ Ontwerpconclusie 5 in ILC Report 2023, p. 12.
- ⁵⁰ Ontwerpconclusie 6 in ILC Report 2023, p. 12.
- ⁵¹ ILC Report 2023, p. 17, Conclusion 4 Commentary, par. 2, 4 en 7.
- ⁵² ILC Report 2023, p. 21, Conclusion 6 Commentary, par. 3.
- ⁵³ ILC Report 2023, p. 21, Conclusion 6 Commentary, par. 5.
- ⁵⁴ ILC Report 2023, p. 21-22, Conclusion 6 Commentary, par. 3, 4 en 7.
- ⁵⁵ ICTY 29 oktober 1997, *Prosecutor v Blaškić*, IT-95-14-PT. 7, par. 40. Zie verder bespreking in A. Pellet en D. Müller, 'Article 38', in: A. Zimmermann en C.J. Tams e.a. (ed.), *Statute of the International Court of Justice: A Commentary (3rd Edition)*, Oxford University Press, 2019, p. 819, p. 930-931, par. 268-270, zonder dat wordt ingegaan op de tekstuele basis voor een eis van transposeerbaarheid.
- ⁵⁶ Zie, o.a., H. Lauterpacht, *Private law sources and analogies of international law (with special reference to international arbitration)*, Longmans, 1927; L.R. Helfer, 'Constitutional Analogies in the International Legal System', *Loyola of Los Angeles Law Review* (37) 2004, p. 193; D. Sarooshi, 'Editorial: The Role of Domestic Law Analogies in the Law of International Organizations', *International Organizations Law Review* (5-2) 2008, p. 237; S. Vöneky, 'Analogy in International Law', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008; A. Hertogen, 'The Persuasiveness of Domestic Law Analogies in International Law', *European Journal of International Law* (29-4) 2018, p. 1127; E. Bjorge, 'Public Law Sources and Analogies in International Law', *Victoria University of Wellington Law Review* (49-4) 2018, p. 533.
- ⁵⁷ A. Pellet en D. Müller, 'Article 38', in: A. Zimmermann en C.J. Tams e.a. (ed.), *Statute of the International Court of Justice: A Commentary (3rd Edition)*, Oxford University Press, 2019, p. 819, p. 873, par. 137.
- ⁵⁸ ILC Report 2023, p. 17, Conclusion 4 Commentary, par. 5 en p. 21-22, Conclusion 6 Commentary, par. 2 en 7. Als alternatief zou kunnen worden overwogen om de eis van transpositie of transposeerbaarheid aldus in te vullen dat (slechts) geen onverenigbaarheid met de internationale rechtsorde wordt vastgesteld.
- ⁵⁹ ILC Report 2023, p. 17, Conclusion 4 Commentary, par. 6.
- ⁶⁰ ILC Report 2023, p. 21-22, Conclusion 6 Commentary,



inhoud

- par. 3, 4 en 7.
- ⁶¹ ILC Report 2023, p. 23, Conclusion 7 Commentary, par. 3.
- ⁶² ILC Report 2023, p. 23, Conclusion 7 Commentary, par. 4.
- ⁶³ ILC Report 2023, p. 23-24, Conclusion 7 Commentary, par. 5-7.
- ⁶⁴ Zie I. Saunders, *General Principles as a Source of International Law, Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice*, Hart, 2021, p. 220-221.
- ⁶⁵ M. Wood, 'Customary International Law and the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations', *International Community Law Review* (21-3-4) 2019, p. 307, 319-320, voetnoot 47.
- ⁶⁶ Zie algemeen G. Nesi, 'Uti possidetis Doctrine', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2018.
- ⁶⁷ ILC Report 2023, p. 25, Conclusion 7 Commentary, par. 8-10 en zoals ook opgemerkt in par. 13; zie verder ILC Report 2023, p. 29-32, Conclusion 10 Commentary.
- ⁶⁸ R. Kolb, 'General Principles of Procedural Law', in: A. Zimmermann en C.J. Tams e.a. (ed.), *Statute of the International Court of Justice: A Commentary (3rd Edition)*, Oxford University Press, 2019, p. 963, p. 964, par. 2, merkt op: 'A 'principle' of law is a general normative proposition considered to be expressive of the ratio of a series of more detailed rules.'
- ⁶⁹ Of zoals het Permanent Hof van Internationale Justitie stelde: 'International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing general principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.' PHIJ 7 september 1927, *The Case of the SS "Lotus"*, *Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A, No. 10*, p. 18.
- ⁷⁰ ILC Report 2023, p. 24, Conclusion 7 Commentary, par. 11.
- ⁷¹ Zie de vele bijdragen in M. Andenas, M. Fitzmaurice, A. Tanzi en J. Wouters (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Brill Nijhoff, 2019; en H. Addink, 'Good Governance: A Principle of International Law', in: C. Ryngaert, E.J. Molenaar & S. Nouwen (eds.), *What's Wrong with International Law? Liber Amicorum A.H.A. Soons*, Brill Nijhoff 2015, p. 288.
- ⁷² Zie bijv. M. Dordeska, *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations (1922-2018): The Evolution of the Third Source of International Law through the Jurisprudence of the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice*, Brill Nijhoff, 2020, p. 102-131, *Chapter 4, Introducing the Cube*.



Lijst van Afkortingen

CAVV

Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken

ICTY

Joegoslavië Tribunaal

IGH

Internationaal Gerechtshof

ILC

International Law Commission

PHIJ

Permanent Hof van Internationale Justitie

VN

Verenigde Naties



inhoud