

Vergaderjaar 2017–2018

34 775 V

Vaststelling van de begrotingsstaat van het Ministerie van Buitenlandse Zaken (V) voor het jaar 2018

Nr. 51

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BUITENLANDSE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 8 februari 2018

Graag bied ik u hierbij de kabinetsreactie aan op het advies van de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV) inzake de identificatie van internationaal gewoonterecht. Het advies van de CAVV, dat ik op 7 november 2017 heb ontvangen, is als bijlage gevoegd¹.

De Minister van Buitenlandse Zaken,
H. Zijlstra

¹ Raadpleegbaar via www.tweedekamer.nl

Kabinetsreactie op advies nr. 29 van de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV) inzake de identificatie van internationaal gewoonterecht

Inleiding

In november 2017 heeft het Kabinet van de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV) het advies inzake de identificatie van internationaal gewoonterecht ontvangen. De Minister van Buitenlandse Zaken had op 27 maart 2017 om dit advies verzocht. Het Kabinet is de CAVV dankbaar voor haar gedetailleerd advies. Het advies van de CAVV is van grote waarde geweest voor het schriftelijk commentaar van de Nederlandse regering op de ontwerpconclusies die de International Law Commission (ILC) van de Verenigde Naties na eerste lezing heeft aangenomen op 2 juni 2016. Hoewel het Kabinet het eens is met het merendeel van de opmerkingen van de CAVV, zijn niet al de opmerkingen overgenomen in dat schriftelijk commentaar. Dit wordt hieronder nader toegelicht.

Algemene opmerkingen

Het advies bevat algemene opmerkingen over drie onderwerpen. Dit zijn ten eerste de status van standpunten van de ILC in het kader van de identificatie van internationaal gewoonterecht, ten tweede het onderscheid tussen het proces voor het vaststellen van het bestaan respectievelijk de inhoud van een regel van internationaal gewoonterecht, en tenslotte de rol van internationale organisaties bij de identificatie van internationaal gewoonterecht. De opmerkingen van de CAVV over de laatste twee onderwerpen zijn verwerkt in het schriftelijk commentaar van de Nederlandse regering. Kort samengevat betreft dit ten eerste de opmerking dat het wenselijk is om het onderscheid tussen de verschillende processen die van toepassing (kunnen) zijn op het vaststellen van enerzijds het bestaan en anderzijds de inhoud van een regel van internationaal gewoonterecht, expliciet te maken. Ten tweede gaat het om het verder invulling geven aan de zelfstandige rol van internationale organisaties in het kader van de identificatie van gewoonterecht. Hoewel de ILC erkent dat er een dergelijke rol is, komt deze niet volledig uit de verf in de ontwerpconclusies en blijven daarom vragen over die invulling naar voren komen.

De opmerking van de CAVV over de rol van de standpunten van de ILC bij de identificatie van gewoonterecht is niet opgenomen in het schriftelijk commentaar van de Nederlandse regering. Het Kabinet is het inhoudelijk eens met de conclusie van de CAVV op dit punt, dat aan het werk van de ILC in het algemeen meer gewicht moet worden toegekend dan aan het werk van het Institut de Droit International, de International Law Association en aan het werk van individuele schrijvers. Aangezien de rol van het werk van de ILC echter niet deel uitmaakt van de ontwerpconclusies van de ILC en het commentaar van de regering die conclusies betreft, is het niet nodig op dat punt commentaar te leveren.

Overige opmerkingen

Naast bovengenoemde algemene opmerkingen maakt de CAVV een aantal opmerkingen bij specifieke ontwerpconclusies en het bijbehorend commentaar van de ILC. In een aantal gevallen gaat het daarbij om een analyse van de ontwerpconclusie in kwestie of het commentaar daarbij. In andere gevallen heeft de CAVV een voorstel tot aanpassing of aanvulling van de ontwerpconclusie of bijbehorend commentaar. Het merendeel van

de laatstgenoemde opmerkingen zijn overgenomen in het schriftelijk commentaar van de Nederlandse regering op de ontwerpconclusies van de ILC.

Een punt waarop dit schriftelijk commentaar niet geheel overeenkomt met het advies van de CAVV betreft ontwerpconclusie 6. Deze ontwerpconclusie stelt onder meer dat statenpraktijk zowel feitelijke handelingen als verbale uitingen omvat. De CAVV meent dat aan verbale uitingen slechts gewicht kan worden toegekend indien de feitelijke praktijk van de desbetreffende staat meer algemeen bezien correspondeert met de positie zoals verbaal verwoord. Het Kabinet is van mening dat verbale uitingen slechts een rol spelen wanneer er geen tegenstrijdige feitelijke praktijk van de staat is die daarmee strijdig is. Voor zover de CAVV bedoelt dat er naast verbale uitingen ook feitelijke praktijk moet zijn die daarmee correspondeert voordat dergelijke verbale uitingen een rol kunnen spelen bij de identificatie van internationaal gewoonterecht, is dit naar de mening van het Kabinet een te strenge eis.

Een andere afwijking betreft ontwerpconclusie 10. Naar aanleiding van deze ontwerpconclusie zet de CAVV kanttekeningen bij de rol van uitspraken van nationale rechters bij het vinden van bewijs van rechts-overtuiging (*opinio iuris*) van staten. De CAVV stelt in dit verband onder andere dat de rechter als zodanig geen zelfstandige taak heeft bij het vaststellen van de juridische posities die staten innemen in de internationale betrekkingen. Dit standpunt dient naar de mening van het Kabinet in die zin genuanceerd te worden dat de uitspraken van nationale rechters wel een rol kunnen spelen bij de identificatie van *opinio iuris*. Dit is echter uitsluitend het geval wanneer zulke uitspraken niet worden afgewezen door de uitvoerende macht.² In die zin is het Kabinet het eens met de CAVV dat gewaakt moet worden voor al te veel nadruk op de nationale rechtspraak als kenbron of bewijsmiddel.

Ook de opmerking van de CAVV in het kader van ontwerpconclusie 16 heeft het Kabinet niet overgenomen. Deze hield in dat de betiteling «bijzonder» internationaal gewoonterecht (*«particular» customary international law*) weinig onderscheidend vermogen heeft voor internationaal gewoonterecht dat geografisch dan wel thematisch niet algemeen toepasselijk is. De CAVV stelt daarom dat een alternatieve betiteling weliswaar omslachtiger maar meer consequent zou zijn. Naar de mening van het Kabinet maken de tekst van ontwerpconclusie 16 en het bijbehorend commentaar voldoende duidelijk waaruit het verschil tussen bijzonder (*particular*) en algemeen (*general*) internationaal gewoonterecht bestaat. Bovendien heeft ook het Internationaal Gerechtshof het woord bijzonder (*particular*) gebruikt in de context van niet-algemeen toepasselijk internationaal gewoonterecht.³ Ook in de literatuur wordt deze uitdrukking regelmatig gebruikt.

² Zie in dit verband ook de opmerking van de CAVV op p. 10 van het advies betreffende ontwerpconclusie 6. Volgens de CAVV kan in beginsel aan de praktijk van staatsorganen die de interne, binnen-statelijke, hiërarchie volgen in beginsel sterkere bewijswaarde toekomen bij de identificatie van statenpraktijk. Als voorbeeld noemt de CAVV het geval waarin de regering de uitvoerbaarheid van een nationale rechterlijke beslissing blokkeert vanwege de volkenrechtelijke verplichtingen van de staat.

³ Zie *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, op p. 105, para. 199.