

Handboek Internationaal Recht

Redactie

Nathalie Horbach
René Lefeber
Olivier Ribbelink

Hieronder treft u aan hoofdstuk 4 uit het *Handboek Internationaal Recht*:

Bronnen van het internationaal recht

Jan Wouters

Voor de publicatie op de Asser website van de afzonderlijke hoofdstukken van het handboek is in 2014 toestemming verleend door de auteurs en de uitgever, T.M.C. Asser Press.

Dit boek biedt een bundeling van het merendeel van de in Nederland aanwezige specialismen op internationaalrechtelijk gebied bijgewerkt tot het jaar van publicatie 2007.

Het *Handboek Internationaal Recht* is een initiatief van het T.M.C. Asser Instituut te Den Haag en werd mede mogelijk gemaakt door een subsidie van het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatie Centrum van het Ministerie van Justitie. Voor de ontstaansgeschiedenis van het boek wordt verwezen naar het als aparte PDF bijgevoegde Voorwoord van de redacteurs.

 Hoofdstuk 4

BRONNEN VAN HET INTERNATIONAAL RECHT

Jan Wouters

Prof. dr. J. Wouters is hoogleraar internationaal recht en recht der internationale organisaties, en directeur van het Instituut voor Internationaal Recht van de Katholieke Universiteit Leuven, België. De paragraaf over *ius cogens* is tot stand gekomen met medewerking van mr. S. Verhoeven.

1.	Inleiding.....	2
2.	Gewonterecht.....	3
2.1	Constitutieve elementen van de gewoonte.....	3
2.1.1	Statenpraktijk.....	4
2.1.2	<i>Opinio iuris</i>	5
2.2	Het vaststellen van het bestaan van een gewoonte.....	6
2.2.1	Praktijk.....	6
2.2.2	<i>Opinio iuris</i>	10
2.3	Soorten gewoonten.....	10
2.4	Codificatie.....	12
3.	<i>Ius cogens</i>	15
3.1	Begrip.....	15
3.2	Rechtsgevolgen.....	17
3.3	<i>Ius cogens</i> en verplichtingen <i>erga omnes</i>	18
4.	Algemene rechtsbeginselen.....	21
5.	Rechtspraak en rechtsleer.....	23
5.1	Rechtspraak.....	24
5.2	Rechtsleer.....	25
6.	Billijkheid.....	25
6.1	Matigende functie.....	26
6.2	Aanvullende functie.....	26
6.3	Afwijkende functie.....	27

7.	Eenzijdige rechtshandelingen	27
7.1	Eenzijdige rechtshandelingen van staten	27
7.1.1	Kenmerken	28
7.1.2	Soorten.....	29
7.2	Eenzijdige rechtshandelingen van internationale organisaties.....	31
7.2.1	Besluiten.....	32
7.2.2	Aanbevelingen.....	35
8.	'Soft law'	37
9.	Hiërarchie van bronnen	38
9.1	Conflicten tussen normen die voortvloeien uit verschillende bronnen	39
9.1.1	Conflict tussen verdrags- en gewoonterecht	39
9.1.2	Conflict met algemene rechtsbeginselen	41
9.2	Conflicten tussen normen die uit dezelfde bron voortvloeien.....	41
9.2.1	Verhouding tussen verdragen.....	41
9.2.2	Verhouding tussen gewoonterechtsregels	42

1. INLEIDING

Met 'bronnen' worden in dit hoofdstuk de *formele* rechtsbronnen bedoeld, dat wil zeggen de in het internationaal recht erkende wijzen van totstandkoming van volkenrechtelijke regels. Het gaat hier derhalve niet om de *materiële* rechtsbron, *i.e.* wat aan de oorsprong ligt van de inhoud van de regels van het volkenrecht, maar om de rechtsvormingsprocessen van deze rechtsorde.¹

De meest gezaghebbende opsomming van de (formele) rechtsbronnen van het volkenrecht is te vinden in artikel 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof (International Court of Justice, ICJ):

- '1. Het Hof, dat tot taak heeft de voorgelegde geschillen te beslechten overeenkomstig het internationaal recht, doet dit met toepassing van:
- internationale verdragen, zowel van algemene als van bijzondere aard, waarin regels worden vastgelegd die uitdrukkelijk door de bij het geschil betrokken Staten worden erkend;
 - internationale gewoonte, als blijkt van een als recht aanvaarde algemene praktijk;
 - de door beschaafde naties erkende algemene rechtsbeginselen;
 - onder voorbehoud van de bepalingen van artikel 59, rechterlijke beslissingen, alsmede de opvattingen van de meest bevoegde schrijvers der verschillende naties, als hulpmiddelen voor het bepalen van rechtsregelen.

1. Omtrent de verschillende betekenissen van de begrippen 'bron' en 'formele bron', zie G.M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, 1993, p. 22-29.

2. Deze bepaling laat onverlet de bevoegdheid van het Hof een beslissing *ex aequo et bono* te geven indien de partijen daarmee instemmen.'

Aangezien verdragen in het volgende hoofdstuk worden behandeld, gaat hier de aandacht uit naar de andere bronnen van internationaal recht, al dan niet vermeld in de eerste paragraaf van artikel 38 ICJ-Statuut: enerzijds gewoonte, algemene rechtsbeginselen, rechtspraak en rechtsleer; anderzijds billijkheid, eenzijdige rechtshandelingen en 'soft law'. Daarnaast wordt ingegaan op de kwestie van de hiërarchie van bronnen en normenconflicten.

2. GEWOONTERECHT

De gewoonte is de oudste en oorspronkelijke formele bron van het internationaal recht (en van recht in het algemeen). Alleen de gewoonte staat op hetzelfde niveau als het verdrag, zodat een gewoonterechtelijke regel kan afwijken van een verdrag; bijvoorbeeld de onthouding van een permanent lid van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (VN) verhindert het aannemen van een resolutie niet, ondanks de duidelijke bewoordingen van artikel 27 lid 3 VN-Handvest, dat vóórstemmen vereist.² Staten kunnen eveneens door het sluiten van een verdrag onderling afwijken van een gewoonterechtelijke regel, voorzover deze geen *ius cogens*-karakter bezit (zie par. 3).³

Na de constitutieve elementen van een gewoonte te hebben aangegeven, worden de wijze van vaststellen van het bestaan van een gewoonte, de soorten gewoonten en de codificatie van gewoonterecht behandeld.

2.1 Constitutieve elementen van de gewoonte

Zoals blijkt uit artikel 38 lid 1(b) ICJ-Statuut (internationale gewoonte, als blijk van een als recht aanvaarde algemene praktijk), en zoals bevestigd door het Internationaal Gerechtshof, onder meer in de *Nicaragua* zaak,⁴ vereist de vorming van een gewoonterechtelijke regel twee elementen, namelijk een objectief of materieel element (*consuetudo* of *usus*), *i.e.* de veelvuldige herhaling over een zekere duur van gelijklopende

2. Zie *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, *ICJ Rep.* 1971, p. 16, par. 22 (hierna: *Namibia*).

3. Over het verbindend karakter van het internationaal gewoonterecht voor internationale organisaties, zie A. Bleckmann, 'Zur Verbindlichkeit des allgemeinen Völkerrechts für internationale Organisationen', *ZaöRV* (37) 1977, p. 107-121; E. David, 'Le droit international applicable aux organisations internationales', in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, p. 3-22; H.G. Schermers & N.M. Blokker, *International Institutional Law*, 2003, p. 834-835; J. Vanhamme, *Volkenrechtelijke beginselen in het Europees recht*, 2001.

4. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States), Merits, *ICJ Rep.* 1986, p. 14, par. 183 (hierna: *Nicaragua*).

gedragingen door staten in een bepaalde aangelegenheid, en een subjectief of psychologisch element (*opinio iuris sive necessitatis*), namelijk de overtuiging van de staten dat deze gedragingen in deze aangelegenheid een juridisch verplichtend karakter hebben.

2.1.1 *Statenpraktijk*

De statenpraktijk dient eenvormig en standvastig te zijn. Zo oordeelde het Internationaal Gerechtshof in de *Asylum* zaak dat de ingeroepen gedragingen niet volstonden om het bestaan van een gewonterechtelijke regel aan te tonen, aangezien:

'The facts brought to the knowledge of the Court disclose so much uncertainty and contradiction, so much fluctuation and discrepancy ... , that it is not possible to discern in all this any constant and uniform usage ... '⁵

De praktijk dient evenwel niet 'perfect' te zijn, in de zin dat staten zich steeds overeenkomstig de regel moeten gedragen. Zo preciseerde het Hof in de *Nicaragua* zaak:

'The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule.'⁶

Anders gezegd, belangrijke inconsistenties in de praktijk staan de vorming van een gewonterechtsregel in de weg; kleinere inconsistenties daarentegen niet. Er wordt niet vereist terug te gaan tot 'onheuglijke tijden'⁷ en een kort tijdsverloop kan soms volstaan. In de *North Sea Continental Shelf* zaken overwoog het Hof:

'Although the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law ... , an indispensable requirement would be that within the period in question, short though it might be, State practice, including that of States whose interest are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform ... ; – and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved.'⁸

5. *Asylum* (Colombia/Peru), *ICJ Rep.* 1950, p. 277.

6. *Nicaragua*, *supra* n. 4, par. 186.

7. Dit werd nog vooropgesteld door rechter Negulesco in zijn dissenting opinion in *Jurisdiction of the European Commission of the Danube Between Galatz and Braila*, Advisory Opinion, 1927, *PCIJ, Series B*, No. 14, p. 105.

8. *North Sea Continental Shelf* (Germany/Denmark; Germany/Netherlands), *ICJ Rep.* 1969, p. 4, par. 74.

Een voorbeeld van een gewoonterechtelijke regel die zich op vrij korte tijd heeft gevestigd (zgn. 'instant custom', ofschoon dit begrip wegens zijn weinig accuraat karakter betwist is)⁹ is het soevereine recht van een kuststaat op de exploratie en exploitatie van de bodemschatten van het continentaal plat: de Truman-verklaring van 1945, die voor de Verenigde Staten dit soevereine recht claimde, werd op korte tijd nagevolgd door vele andere staten.¹⁰ Een meer recent voorbeeld is de vrijheid van exploratie van de ruimte.¹¹ Met nadruk dient evenwel vermeld te worden dat een alleenstaand precedent niet volstaat als basis voor een gewoonterechtsregel.

2.1.2 *Opinio iuris*

De *opinio iuris* is onontbeerlijk. In de *North Sea Continental Shelf* zaken beklemtoonde het Internationaal Gerechtshof:

'Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio iuris sive necessitatis*. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency, or even habitual character of the acts is not in itself enough.'¹²

Door de *opinio iuris* onderscheidt een gewoonte zich van een gebruik, dat bestaat uit een statenpraktijk die niet vergezeld gaat van de rechtsovertuiging dat de gedragingen in deze aangelegenheid juridisch bindend zijn:

'There are many international acts, e.g., in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty.'¹³

9. Het begrip 'instant custom' werd geïntroduceerd door Bin Cheng en hield volgens hem in dat het loutere bestaan van *opinio iuris* voldoende was om een gewoonterechtelijke regel te vestigen: B. Cheng, 'Custom: The future of general state practice in a divided world', in R.St.J. MacDonald & D.M. Johnston (red.), *The Structure and Process of International Law*, 1983, p. 513-554. Er werd echter opgemerkt dat het begrip 'instant custom' in feite een contradictie is: M.H. Mendelsohn, 'The formation of customary international law', *Recueil des Cours* (272) 1998, p. 371. Later gaf Cheng toe dat de benaming inderdaad niet gelukkig was: B. Cheng, 'Epilogue: On the nature and sources of international law', in B. Cheng (red.), *International Law: Teaching and Practice*, 1982, p. 223.

10. Zie hfdst. 20.

11. Zie hfdst. 23.

12. *North Sea Continental Shelf*, *supra* n. 8, par. 77.

13. *Ibid.*

De volgende gedragingen zijn gebruiken die voortvloeien uit internationale hoffelijkheid (*comitas gentium* oftewel 'comity'), maar geen gewoonterechtsregels:¹⁴

- het halfstok hangen van de vlag bij het overlijden van het staatshoofd van een ander land;
- het hanteren van de equidistantielijn bij de afbakening van zeegebieden (zoals in de *North Sea Continental Shelf* zaken);
- het elkaar groeten van oorlogsschepen op zee;
- het diplomatiek protocol en ceremonieel; en
- de alfabetische rangorde van staten op internationale conferenties.

Niettemin moet worden opgemerkt dat de grens tussen gebruik en gewoonte niet steeds eenvoudig te bepalen is. Zo vormden de fiscale voorrechten van buitenlandse diplomaten lange tijd slechts een gebruik dat op hoffelijkheidsoverwegingen gestoeld was, terwijl deze voorrechten thans, mede dankzij de codificatie ervan in artikel 34 van het Verdrag van Wenen inzake het diplomatiek verkeer van 1961,¹⁵ de status van gewoonterecht hebben verworven en diensgevolge niet enkel bindend zijn voor de staten die partij zijn bij het betreffende verdrag.

2.2 Het vaststellen van het bestaan van een gewoonte

Het vaststellen van het bestaan van een gewoonterechtelijke regel is een inductief proces, waarbij wordt vertrokken vanuit een voldoende ruime statenpraktijk; het is geen deductief proces, waaruit men vanuit een *a priori* idee zou vertrekken. In de *Gulf of Maine* zaak gewaagde het Internationaal Gerechtshof van: 'a set of customary rules whose presence in the *opinio juris* of States can be tested by induction based on the analysis of a sufficiently extensive and convincing practice, and not by deduction from preconceived ideas.'¹⁶

2.2.1 Praktijk

Alleen handelingen, die uitgaan van organen die bevoegd zijn op het internationaal vlak, kunnen ten grondslag liggen aan de vorming van een gewoonterechtsregel. Deze handelingen kunnen zowel uitgaan van staatsorganen (de diplomatieke en regeringspraktijk, zoals diplomatieke briefwisseling en regeringsinstructies, interne wetten en gerechtelijke beslissingen; ook van de staat uitgaande stukken zoals bijvoorbeeld een protest tegen een bepaalde handeling van een andere staat) als van interstatelijke organen (verdragen, uitspraken van internationale rechtscollages en scheidsrechterlijke colleges en de praktijk van internationale organisaties).

14. Zie P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 1997, p. 73; M.N. Shaw, *International Law*, 2003, p. 2.

15. Zie hfdst. 9.

16. *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* (Canada/United States), Merits, *ICJ Rep.* 1984, p. 246, par. 111 (hierna: *Gulf of Maine*).

Het bewijs van een voldoende statenpraktijk kan niet alleen geleverd worden door fysieke handelingen van staten maar ook aan de hand van resoluties, verdragen, en aanvullend rechtspraak en rechtsleer. Een niet te onderschatten deel van de hedendaagse statenpraktijk kan gevonden worden in resoluties van de Algemene Vergadering en de Veiligheidsraad van de VN. Het is daarbij niet steeds even duidelijk of deze resoluties in de ogen van het Internationaal Gerechtshof het bewijs leveren van een praktijk dan wel (of tevens) van een *opinio iuris*. Meer in de zin van deze laatste stelling oordeelde het Internationaal Gerechtshof in de *Nicaragua* zaak, waar het een indicatie voor het bestaan van een *opinio iuris* – in dit geval van het gewoonterrechtelijk karakter van het verbod van het gebruik van of de dreiging met geweld in de interstatelijke betrekkingen – vond in resoluties van de Algemene Vergadering¹⁷ (met name de zgn. Friendly Relations Declaration). In elk geval mag men niet te snel oordelen dat een aaneenschakeling van resoluties van de Algemene Vergadering van de VN kunnen worden beschouwd als een voldoende statenpraktijk die heeft geleid tot het ontstaan van een gewoonterrechtsregel: in zijn *Nuclear Weapons* advies overwoog het Internationaal Gerechtshof in dit verband dat resoluties van de Algemene Vergadering:

[C]an, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio juris*. To establish whether this is true of a given General Assembly resolution, it is necessary to look at its content and the conditions of its adoption; it is also necessary to see whether an *opinio juris* exists as to its normative character. Or a series of resolutions may show the gradual evolution of the *opinio juris* required for the establishment of a new rule.¹⁸

Ook resoluties van de Veiligheidsraad kunnen beschouwd worden als statenpraktijk die aanwijzingen kunnen bieden voor het bestaan van een gewoonterrechtsregel. Zo verklaarde de Veiligheidsraad,¹⁹ nadat twee Amerikaanse burgerluchtvaartuigen door Cuba in 1996 waren neergeschoten, dat het gebruik van wapens tegen een burgerluchtvaartuig tijdens de vlucht onvereenigbaar is met de regels van het internationaal gewoonterrecht, zoals gecodificeerd door artikel 3*bis* van het Verdrag van Chicago,²⁰ een artikel dat op dat ogenblik nog niet in werking was getreden.

Meer in het algemeen kunnen de concentratie van statenpraktijk die thans in talrijke internationale organisaties plaatsvindt en de collectieve besluiten en activiteiten van de betrokken organisaties zelf dienen als bewijs van een voldoende statenpraktijk die kan leiden tot een als recht aanvaarde algemene praktijk.²¹

17. *Nicaragua*, *supra* n. 4, par. 188.

18. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *ICJ Rep.* 1996, p. 226, par. 70 (hierna: *Nuclear Weapons*).

19. VR Res. 1067 (1996), par. 6. Het genoemde art. 3*bis* was op dat ogenblik bij gebrek aan voldoende bekrachtigingen nog niet in werking getreden.

20. Verdrag inzake de internationale burgerluchtvaart 1944, *Trb.* 1973, 109 (i.w.tr. 4 april 1947; Nederland 25 april 1947).

21. R.Y. Jennings & A. Watts (red.), *Oppenheim's International Law*, vol. 1, 1992, p. 31.

Ook verdragen kunnen beschouwd worden als statenpraktijk en zodoende een bewijs vormen van het bestaan van een gewoonterechtsregel, al dient hierbij een onderscheid te worden gemaakt naargelang het gaat om bilaterale dan wel multilaterale verdragen. Bij bilaterale verdragen hoede men zich voor een te snelle kwalificatie van een herhaaldelijk wederkomende bepaling (bijv. de exceptie van niet-uitlevering voor politieke misdrijven in talrijke bilaterale uitleveringsverdragen) als bewijs van een gewoonterechtsregel.²² In het algemeen ligt dit anders bij multilaterale verdragen. Deze kunnen op zich een codificatie vormen van internationaal gewoonterecht.²³ In de *North Sea Continental Shelf* zaken heeft het Internationaal Gerechtshof aangaande multilaterale verdragen ook opgemerkt dat, zelfs zonder een groot tijdsverloop, een zeer wijdverspreide en representatieve deelname van staten op zich kan volstaan, op voorwaarde dat zich hierbij de staten bevinden wier belangen bijzonder in het geding zijn.²⁴

Indicaties van het bestaan van een gewoonterechtsregel kunnen ook worden aangetroffen in de geschriften van 'de meest bevoegde schrijvers' en in rechterlijke beslissingen, die als hulpmiddelen vermeld worden in artikel 38 lid 1(d) ICJ-Statuut. Zo vervullen in dit kader een aantal particuliere verenigingen, zoals het Institut de droit international,²⁵ en tot op zekere hoogte, de International Law Association,²⁶ door hun rapporten en resoluties een zekere rol bij het vaststellen van gewoonterecht. Het Internationaal Gerechtshof vervult eveneens een zeer belangrijke kristalliserende functie in dit verband, zoals bijvoorbeeld wordt aangetoond door de *Nicaragua* zaak omtrent het bestaan van gewoonterechtsregels naast het VN-Handvest.

Aangaande de vraag hoe lang, hoe wijdverbreid en hoe consistent de praktijk dient te zijn, kan worden verwezen naar de eerder reeds aangehaalde passage van de *North Sea Continental Shelf* zaken,²⁷ waarin het Internationaal Gerechtshof aangaf dat het moet gaan om een praktijk die 'extensive' en 'virtually uniform' is. De algemeenheid van de praktijk – zoals vooropgesteld in artikel 38 lid 1(b) ICJ-Statuut – kan niet *in abstracto* worden beoordeeld: van doorslaggevend belang is dat alle, of toch de meeste staten, die kunnen bijdragen aan de vorming van de regel, of waarvan de belangen in het bijzonder in het geding zijn, de regel in praktijk toepassen. Het moet gaan om staten die op dit welbepaalde terrein actief zijn: zo is op het gebied van het internationaal recht van de zee de praktijk van kuststaten en zeevarende naties van

22. Vgl. B. Kishoiyian, 'The utility of bilateral investment treaties in the formulation of customary international law', *NJILB* (14) 1994, p. 327-375.

23. Zie R.R. Baxter, 'Multilateral treaties as evidence of customary international law', *BYIL* (41) 1965/66, p. 275-300; *ibid.*, 'Treaties and custom', *Recueil des Cours* (129) 1970-I, p. 31-105.

24. *North Sea Continental Shelf*, *supra* n. 8, par. 73.

25. <www.idi-iiil.org>. Zie G. Fitzmaurice, 'The contribution of the Institute of International Law to the development of international law', *Recueil des Cours* (138) 1973-I, p. 203-260.

26. <www.ila-hq.org>. Zie C.J. Olmstead, 'The International Law Association: A world-wide organization for development and promotion of international law', in M. Bos (red.), *The Present State of International Law and other Essays: Written in Honour of the Centenary Celebration of the International Law Association 1873-1973*, 1973, p. 3-9.

27. *North Sea Continental Shelf*, *supra* n. 8, par. 73.

groter belang dan deze van door land ingesloten landen ('land-locked states'), zoals op het vlak van het ruimterecht de praktijk van staten als de Verenigde Staten en Rusland een belangrijkere invloed zal uitoefenen dan die van niet-ruimteverende landen. Een illustratie hiervan is te vinden in het *Nuclear Weapons* advies van het Internationaal Gerechtshof, waar het Hof, in zijn onderzoek naar het bestaan van een gewoonterechtsregel die het gebruik van, of de dreiging met, nucleaire wapens verbiedt, overwoog:

'Nor can [the Court] ignore the practice referred to as "policy of deterrence", to which an appreciable section of the international community adhered for many years. The Court also notes the reservations which certain nuclear-weapon States have appended to the undertakings they have given, notably under the Protocols to the Treaties of Tlatelolco and Rarotonga, and also under the declarations made by them in connection with the extension of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, not to resort to such weapons.'²⁸

In ieder geval impliceert het vereiste van een 'algemene' praktijk niet dat alle staten of andere volkenrechtelijke subjecten unaniem de betrokken praktijk zouden volgen. Een staat kan zijn gebonden door de algemene praktijk van andere staten doordat hij met deze stilzwijgend akkoord is gegaan of hierin berust heeft ('acquiescence'; zie hierover ook 7.1.2).²⁹ Een staat die zich wil onttrekken aan een gewoonterechtsregel, moet van meet af aan in de loop van het wordingsproces van deze regel zijn afwijzing uiten door een consequent afwijkend gedrag en/of door een periodiek herhaald protest ('persistent objector').³⁰

Uit de rechtspraktijk blijkt dat het niet vol te houden is het 'stilzwijgend akkoord'³¹ te beschouwen als grondslag voor het bindend karakter van een gewoonterechtsregel. De gewoonterechtsregel is immers ook bindend voor staten die niet aan zijn wordingsproces hebben deelgenomen of die er zich na zijn totstandkoming zouden willen tegen verzetten. Het voluntarisme als theoretische basis van het volkenrecht, zoals dit nog vooropgesteld werd in het *Lotus* arrest,³² heeft plaats moeten ruimen voor een collectieve juridische bewustwording van de maatschappelijke noodwendigheden die het evenwicht van de aanwezige internationale krachten vertolken.

28. *Nuclear Weapons*, *supra* n. 18, par. 96.

29. Zie I.C. MacGibbon, 'Customary law and acquiescence', *BYIL* (33) 1957, p. 115-145.

30. *Fisheries* (United Kingdom v. Norway), *ICJ Rep.* 1951, p. 131; zie ook J. Brock McClane, 'How late in the emergence of a norm of customary international law may a persistent objector object?', *ILSA JIL* (13) 1990, p. 1-26; J.I. Charney, 'The persistent objector rule and the development of customary international law', *BYIL* (56) 1985, p. 1-24; C. Rousseau, *Droit international public*, vol. 1, 1970, p. 320, par. 270; T.L. Stein, 'The approach of the different drummer: The principle of the persistent objector in international law', *Harvard ILJ* (26) 1985, p. 457-482.

31. Zo de opvatting van D. Anzilotti, *Cours de droit international*, 1999 (1929), p. 73.

32. *S.S. 'Lotus'* (France v. Turkey), 1927, *PCIJ, Series A*, No. 10, p. 18: '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 principles of law ...'

2.2.2 *Opinio iuris*

De vraag is gerezen of, naast de materiële praktijk, ook afzonderlijk het bestaan van een *opinio iuris* dient te worden aangetoond. Ofschoon hieraan in de doctrine getwijfeld is, heeft de rechtspraak de noodzaak ervan steeds beklemtoond. Toch wordt ook in de rechtspraak een zekere overlapping tussen deze twee elementen vastgesteld. Een illustratie hiervan vormt de uitspraak van de beroepskamer van het Joegoslavië Tribunaal (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY) in de *Tadić* zaak.³³

Het is geen eenvoudige opgave om het bestaan van een *opinio iuris* aan te tonen. In de *North Sea Continental Shelf* zaken oordeelde het Internationaal Gerechtshof dat, naast het vereiste dat handelingen een gevestigde praktijk vormen, geldt dat: 'they also must be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it.'³⁴ De *opinio iuris* moet derhalve blijken uit de aard van de handelingen of de wijze waarop zij worden uitgevoerd.

2.3 Soorten gewoonten

Voor zover het niet gaat om een lokale of regionale gewoonte zijn de gewoonterechtsregels, wanneer de praktijk wereldwijd is, universeel (of algemeen), *i.e.* bindend voor het geheel van de volkenrechtelijke subjecten:

'[G]eneral or customary law rules and obligations ... , by their very nature, must have equal force for all members of the international community, and cannot therefore be the subject of any right of unilateral exclusion.'³⁵

Dit is bijvoorbeeld het geval met het gewoonterechtelijke verdragsrecht, het recht van de diplomatieke betrekkingen en het internationaal humanitair recht.

Gewoonterecht kan echter ook regionaal (*i.e.* beperkt tot een bepaald werelddeel of regio) of zelfs lokaal (*i.e.* beperkt tot twee landen) zijn.³⁶ Het Internationaal Gerechtshof heeft expliciet het mogelijke bestaan van bilateraal gewoonterecht erkend in de *Right of Passage over Indian Territory* zaak:

'It is difficult to see why the number of States between which a local custom may be established on the basis of long practice must necessarily be larger than two. The Court sees no reason why long continued practice between two States accepted by them as regulating

33. *Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, ICTY Appeals Chamber, 2 October 1995, par. 96-145, m.n. 133.

34. *North Sea Continental Shelf*, *supra* n. 8, par. 77.

35. *Ibid.*, par. 63.

36. Zie G. Cohen-Jonathan, 'La coutume locale', *AFDI* (7) 1961, p. 119-140.

their relations should not form the basis of mutual rights and obligations between the two States.³⁷

Voorbeelden van lokaal of bilateraal gewoonterecht zijn regels van nabuurschap (zoals het recht van doorgang, bijv. van België op Nederlands grondgebied om de enclave Baarle-Hertog te bereiken) en visserijrechten in buitenlandse territoriale wateren (nog in het begin van de jaren zestig door Belgische schepen opgeëist ten aanzien van de Engelse territoriale wateren).

Wel oordeelde het Internationaal Gerechtshof in de *Asylum* zaak, in antwoord op het argument van Colombia dat de praktijk van het diplomatieke asielrecht in Latijns-Amerika neerkwam op een regionale of lokale gewoonte, dat:

'The Party which relies on a custom of this kind must prove that this custom is established in such a manner that it has become binding on the other Party. The Colombian Government must prove that the rule invoked by it is in accordance with a constant and uniform usage practised by the States in question, and that this usage is the expression of a right appertaining to the State granting asylum and a duty incumbent on the territorial State.'³⁸

In het geval van regionaal en lokaal gewoonterecht is de bewijslast, vooral wat betreft de verplichting die aanvaard is door de staat tegen wie de regionale of lokale gewoonte wordt ingeroepen, derhalve zwaarder dan wanneer een algemene gewoonte wordt ingeroepen.³⁹

Zoals eerder aangegeven, kwam het Hof in de *Asylum* zaak trouwens tot de conclusie dat de betrokken praktijk zo vele inconsequenties en onzekerheden bevatte, dat van een uniforme en constante praktijk geen sprake was. Tot een ander besluit kwam het Hof in de *Right of Passage over Indian Territory* zaak, waarin Portugal het bestaan had aangevoerd van een recht van doorgang over Indiaas grondgebied tussen de Portugese enclaves. Het Hof oordeelde dat het bewijs was geleverd dat in het verleden een constante en uniforme praktijk had bestaan die de vrije doorgang toeliet en dat: 'that practice was accepted as law by the Parties and has given rise to a right and a correlative obligation.'⁴⁰

Ten slotte wordt als *specifiek* gewoonterecht de institutionele praktijk aangeduid die internationale organisaties ontwikkelen, soms in weerwil van hun basisakte; waarbij de vraag rijst of een dergelijke basisakte kan worden gewijzigd buiten de door haar daartoe opgelegde procedures.⁴¹ Eerder werd reeds als voorbeeld de wijze van

37. *Right of Passage over Indian Territory* (Portugal v. India), Merits, *ICJ Rep.* 1960, p. 39.

38. *Asylum*, *supra* n. 5, p. 276-277.

39. Shaw, *supra* n. 14, p. 87-88.

40. *Right of Passage over Indian Territory*, *supra* n. 37, p. 38.

41. Zie C.F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 1996, p. 410-411; Schermers & Blokker, *supra* n. 3, par. 1155-1156. In de context van de EU, zie M. Delière-Sequaris, 'Révision des traités européens en dehors des procédures prévues', *CDE* (16) 1980, p. 539-552; Centre d'études européennes de l'Université Jean Moulin (red.), *Les procédures de révision des traités communautaires: du droit international au droit constitutionnel*, 2001.

besluitvorming van de Veiligheidsraad aangegeven, waarbij de onthouding van een permanent lid niet het aannemen van een besluit in de weg staat, niettegenstaande de tekst van artikel 27 lid 3 VN-Handvest, dat een positieve stem vóór van negen leden, met inbegrip van alle permanente leden, vereist.

2.4 Codificatie

Gelet op de onzekerheden (bewijsproblemen, onduidelijkheden of controversen over de preciese draagwijdte van een ongeschreven rechtsregel) waarmee de vaststelling van internationaal gewoonterecht gepaard gaat, wordt reeds geruime tijd gestreefd naar een geleidelijke codificatie van het gewoonterecht door middel van verdragen. Dit proces dateert al van het einde van de negentiende eeuw: illustraties zijn de codificatie van het oorlogsrecht, waarmee de Haagse Vredesconferenties van 1899 en 1907 een aanvang maakten. Ook de Volkenbond heeft getracht tot een codificatie van gewoonterecht te komen.⁴² Het enige tastbare resultaat daarvan was het Verdrag nopens zekere vragen betreffende de wetsconflicten inzake nationaliteit van 1930.⁴³

De VN hebben dit werk met meer succes voortgezet. Krachtens artikel 13 VN-Handvest geeft de Algemene Vergadering opdracht tot het verrichten van studies en doet zij aanbevelingen gericht op onder meer 'het stimuleren van de progressieve ontwikkeling en de codificatie van het internationaal recht.' Precies met deze taakstelling heeft de Algemene Vergadering in 1947 de VN-Commissie voor internationaal recht (International Law Commission, ILC) opgericht,⁴⁴ die sinds 1981 bestaat uit 34 onafhankelijke deskundigen in het volkenrecht verkozen voor vijf jaar en die ieder jaar gedurende een tiental weken (thans typisch vijf weken in de lente, vijf in de zomer) in Genève vergadert.⁴⁵

In artikel 15 ILC-Statuut is de taak van de commissie als volgt verduidelijkt:

'[T]he expression "progressive development of international law" is used for convenience as meaning the preparation of draft conventions on subjects which have not yet been regulated by international law or in regard to which the law has not yet been sufficiently developed in the practice of States. Similarly, the expression "codification of international law" is used for convenience as meaning the more precise formulation and systematization of rules of international law in fields where there already has been extensive State practice, precedent and doctrine.'

Onder de voornaamste resultaten van de ILC moeten de projecten worden vermeld die geleid hebben tot het aannemen door diplomatieke conferenties van multilaterale

42. Zie E. Hambro, 'Codification of international law under the League and under the United Nations', in *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. 1, 1979, p. 57-60; S. Rosenne (red.), *Conference for the Codification of International Law (1930)*, 1975.

43. *Stb.* 1937, 17 (i.w.tr. 1 juli 1937; Nederland 1 juli 1937).

44. AV Res. 174 (II) van 1947; <www.un.org/law/ilc/>.

45. AV Res. 36/39 (1981).

verdragen op het gebied van het zeerecht,⁴⁶ het recht der diplomatieke en consulaire betrekkingen,⁴⁷ het verdragenrecht⁴⁸ en het recht inzake statenopvolging.⁴⁹

De werkzaamheden van de ILC hebben zich ook toegespitst op de volgende gebieden:

- a. Staatsaansprakelijkheid: in 2001 nam de ILC een integraal nieuwe versie aan van de Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, die eventueel later in verdragsvorm kunnen worden omgezet.⁵⁰ Tegelijkertijd nam de ILC ook de Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities aan.⁵¹
- b. Immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen: in 1991 nam de ILC Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property⁵² aan, wat uiteindelijk leidde tot de aanneming door de Algemene Vergadering van de VN van de Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property.⁵³
- c. Strafrechtelijk volkenrecht, wat leidde tot de volgende teksten: Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal van 1950;⁵⁴ Draft Statute for an International Criminal Court van 1994;⁵⁵ en een Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind van 1996.⁵⁶
- d. Het recht der internationale waterlopen: de Draft Articles on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses van 1994⁵⁷ lagen ten grondslag aan het gelijknamige verdrag van 1997.⁵⁸
- e. Fundamentele rechten en plichten van staten: in 1949 nam de ILC een Draft Declaration on the Rights and Duties of States aan.⁵⁹

46. De vier verdragen van 1958: Verdrag inzake de territoriale zee en de aangrenzende zone, *Trb.* 1959, 123; Verdrag inzake de volle zee, *Trb.* 1959, 124; Verdrag inzake de visserij en de instandhouding van de biologische rijkdommen van de volle zee, *Trb.* 1959, 125; Verdrag inzake het continentaal plateau, *Trb.* 1959, 126. Zie verder hfdst. 20.

47. Zie hfdst. 9.

48. Zie hfdst. 5.

49. Zie hfdst. 6.

50. VN Doc. A/56/10 (2001), p. 43-59. Zie hfdst. 10.

51. VN Doc. A/56/10 (2001), ch. V, p. 370-377. Zie hfdst. 19.

52. *Yb ILC* 1991-II.

53. AV Res. 59/38 (2004).

54. *Yb ILC* 1950-II.

55. *Ibid.*, 1994-II.

56. *Ibid.*, 1996-II. In AV Res. 51/160 (1996) uitte de AV haar appreciatie voor het werk van de ILC, die overigens reeds in 1954 een Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind aannam, *Yb ILC* 1954-II.

57. *Yb ILC* 1994-II.

58. Verdrag inzake het recht betreffende het gebruik van internationale waterlopen, anders dan voor scheepvaart 1997, *Trb.* 2000, 104 (ratificatie Nederland 9 januari 2001).

59. *Yb ILC* 1949, p. 286.

- f. Problemen van nationaliteit in verband met statenopvolging: in 1999 heeft de ILC de definitieve tekst aangenomen van de Draft Articles on Nationality of Natural Persons in relation to State Succession.⁶⁰ De Algemene Vergadering van de VN⁶¹ noemde deze ontwerpartikelen nadien een nuttige gids voor de praktijk en nodigde de regeringen uit ermee rekening te houden, eraan toevoegend dat de artikelen in de toekomst zouden kunnen uitmonden in een verdrag of een ander geëigend instrument.

De werkzaamheden van de ILC spitsen zich thans toe op de aansprakelijkheid van internationale organisaties,⁶² diplomatieke bescherming,⁶³ internationale aansprakelijkheid voor schadelijke gevolgen van niet door het internationaal recht verboden handelingen,⁶⁴ eenzijdige rechtshandelingen, voorbehouden bij verdragen,⁶⁵ de gevolgen van gewapende conflicten op verdragsverplichtingen,⁶⁶ *aut dedere aut iudicare*,⁶⁷ de uitwijzing van vreemdelingen,⁶⁸ gedeelde natuurlijke rijkdommen en de problematiek van versplintering (fragmentatie) van het internationaal recht.⁶⁹

Codificatie heeft een aantal onmiskenbare voordelen. Het is terzelfdertijd:

- een factor van ontwikkeling van volkenrecht door de verduidelijking en consolidatie ervan;
- een instrument voor bredere toepassing van het volkenrecht;
- een stimulans voor de wetenschappelijke werkzaamheden in het volkenrecht; en
- een factor van grotere zekerheid van het positief recht en aldus een vergroting van de kansen om geschillen op juridische grondslagen te regelen.

Aan codificatie wordt echter soms verweten een factor van conservatisme en juridisch immobilisme te zijn. Het voornaamste gevaar ligt wellicht in overdreven ambitieuze codificatiepogingen die aldus gedoemd zijn om te mislukken en het gewoonterecht in

60. Ibid., 1999-II.

61. AV Res. 55/153 (2000).

62. Zie de Draft Articles die de ILC tot dusver heeft aangenomen, VN Doc. A/58/10 (2003), p. 33-59.

63. Ibid., p. 81-92.

64. Hierover nam de ILC de Draft Principles on the Allocation of Loss in the Case of Transboundary Harm arising out of Hazardous Activities in 2006 aan in tweede lezing, VN Doc. A/61/10 (2006), p. 101-182.

65. Zie de Draft Guidelines on Reservations to Treaties met commentaar en modelclausules, VN Doc. A/58/10 (2003), p. 65-259; zie ook R.W. Edwards, 'Reservations to treaties: The Belilos case and the work of the International Law Commission', *University of Toledo Law Review* 2000, p. 195-207.

66. Eerste rapport van speciaal rapporteur Brownlie, VN Doc. A/CN.4/552 (2005).

67. De ILC benoemde Zdzislaw Galicki tot speciaal rapporteur.

68. De ILC stelde Maurice Kamptoo aan als speciaal rapporteur.

69. Zie de gevallen van conflicten resp. uiteenlopende interpretaties en toepassingen, VN Doc. A/58/10 (2003), p. 270-271, par. 419; zie ook de voorbereidende studie van G. Hafner, 'Risks ensuing from fragmentation of international law', VN Doc. A/55/10 (2000); M. Koskenniemi, 'Fragmentation of international law? Postmodern anxieties', *LJIL* (15) 2002, p. 553-579.

een slechtere staat⁷⁰ achterlaten dan voordien. Zo zijn de verdragen over statenopvolging ook in dit opzicht geen succesverhaal gebleken.⁷¹

Opgemerkt dient te worden dat, in tegenstelling tot codificaties in het interne recht (bijv. de Code Napoléon), waar een nieuw wetboek in werking treedt met dezelfde inhoud, op hetzelfde ogenblik en voor alle rechtssubjecten, een internationaal verdrag slechts in werking treedt voor de staten die er partij bij worden op meestal verschillende tijdstippen en – in geval van voorbehouden – zelfs met verschillende inhoud.⁷²

3. *IUS COGENS*

3.1 Begrip

Het concept *ius cogens* of dwingende normen van algemeen internationaal recht werd voor het eerst vastgelegd in artikel 53 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 1969 (hierna: WVV):

'Elk verdrag dat op het tijdstip van zijn totstandkoming in strijd is met een dwingende norm van algemeen volkenrecht, is nietig. Voor de toepassing van dit verdrag is een dwingende norm van algemeen volkenrecht een norm die aanvaard en erkend is door de internationale gemeenschap van Staten in haar geheel als norm, waarvan geen afwijking is toegestaan en die slechts kan worden gewijzigd door een latere norm van algemeen volkenrecht van dezelfde aard.'

Volgens deze bepaling is een norm van *ius cogens* een norm die aanvaard en erkend is door de internationale gemeenschap van staten in haar geheel als een norm waarvan geen afwijking is toegestaan en die slechts kan worden gewijzigd door een latere norm van algemeen volkenrecht van dezelfde aard. Het concept *ius cogens* was een progressieve ontwikkeling in het internationaal recht,⁷³ ofschoon er voorlopers te vinden zijn in de rechtsleer.

Vooralsnatuurrechtsdenkers als Francisco de Vitoria, Francisco Suarez, Hugo Grotius en Emmerich de Vattel waren van mening dat staten niet van het natuurrecht konden afwijken en dat het positieve recht het natuurrecht moest respecteren.⁷⁴ Zo

70. Zie R.R. Baxter, 'The effects of ill-conceived codification and development of international law', in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, 1968, p. 146-166.

71. Zie hfdst. 6.

72. Zie K. Marek, 'Thoughts on codification', *ZaöRV* (31) 1971, p. 489-520.

73. A.J.J. de Hoogh, 'The relationship between *jus cogens*, obligations *erga omnes* and international crimes: Peremptory norms in perspective', *AJIL* (42) 1991, p. 188-189; G. Gaja, 'Jus cogens beyond the Vienna Convention', *Recueil des Cours* (172) 1981-III, p. 279; U. Scheuner, 'Conflict of treaty provisions with a peremptory norm of general international law and its consequences', *ZaöRV* (27) 1967, p. 520; M. Virally, 'Réflexions sur le *jus cogens*', *AFDI* (12) 1966, p. 6.

74. L.A. Alexidze, 'Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law', *Recueil des Cours* (172) 1981-III, p. 228-229. Zie ook A. Verdross, 'Forbidden treaties in international law', *AJIL* (31) 1937,

stelde Vattel dat het natuurrecht – door hem het ‘noodzakelijke volkenrecht’ genoemd – onwrikbaar was en de verplichtingen die het oplegde onweerlegbaar en noodzakelijk waren, zodat naties er geen wijzigingen in konden brengen door overeenkomsten en ze zich niet van de verplichtingen konden bevrijden door eenzijdige handelingen of wederzijdse instemming.⁷⁵

Hoewel initieel beperkt tot de toepassing van het WVV, wordt de geciteerde definitie vandaag de dag aanvaard als een generieke omschrijving van *ius cogens*.⁷⁶ De definitie van het WVV is vrij algemeen en identificeert zelf geen normen die tot het *ius cogens* behoren. Toch bevat artikel 53 een aantal belangrijke elementen terzake.

Vooreerst gaat het om *normen van algemeen volkenrecht*. Deze voorwaarde beperkt enerzijds de groep normen die tot het *ius cogens* kunnen behoren; anderzijds legt ze neer wat de bronnen zijn van *ius cogens*. Wat het eerste aspect betreft, volgt uit de definitie dat normen die slechts gelden voor een beperkt aantal staten – bijvoorbeeld regionale of bilaterale normen van gewoonte- of verdragsrecht – niet in aanmerking komen voor *ius cogens*.⁷⁷ De vraag rijst dan of het vereist is dat de normen universeel bindend zijn, dat wil zeggen voor alle staten gelden. Men neemt aan dat een norm behorend tot het algemeen volkenrecht een norm is die de overgrote meerderheid van de statengemeenschap bindt.⁷⁸ Slechts dergelijke normen kunnen in aanmerking komen voor de categorie van *ius cogens* normen. Het tweede aspect van de voorwaarde van een norm van algemeen volkenrecht betreft de bronnen van *ius cogens*. Rechtsvormingsprocessen die aanleiding geven tot het ontstaan van normen van algemeen volkenrecht, zullen ook de bronnen van het *ius cogens* zijn. In de eerste plaats is dit het internationaal gewoonterecht. Het internationaal gewoonterecht is niet onderworpen aan het principe van de relativiteit zoals de verdragen, waardoor het ook staten bindt die niet aan de ontwikkeling ervan hebben deelgenomen. Ook verdragen kunnen, ondanks de *pacta tertiis* regel, een bron van *ius cogens* vormen wanneer de deelname aan het betrokken verdrag (quasi-)universeel is. Voorbeelden hiervan zijn het verbod op interstatelijk geweld in het VN-Handvest en de normen neergelegd in de vier Verdragen van Genève van 1949. Overigens was de ILC van oordeel dat wijzigingen in het *ius cogens* het best via multilaterale verdragen tot stand komen.⁷⁹

Een tweede voorwaarde is dat de norm van algemeen volkenrecht moet *erkend en aanvaard worden door de internationale gemeenschap van staten in haar geheel als een norm waarvan geen afwijking mogelijk is*. Er is met andere woorden een *opinio*

p. 571-577; *ibid.*, ‘*Jus dispositivum* and *ius cogens* in international law’, *AJIL* (60) 1966, p. 57; en E. Suy, ‘The concept of *ius cogens* in public international law’, in Carnegie Endowment for International Peace, *The Concept of Jus Cogens in International Law*, 1967, p. 26-49.

75. E. Vattel, *Droit des gens, ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires de nations et des souverains*, 1863, vol. 1, par. 7-9.

76. L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*, 1988, p. 3.

77. *Ibid.*, p. 208-209; C.L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, 1976, p. 55-56; Virally, *supra* n. 73, p. 14.

78. A. Gomez Robledo, ‘Le *ius cogens* international: Sa genèse, sa nature, ses fonctions’, *Recueil des Cours* (172) 1981-III, p. 92-93; Alexidze, *supra* n. 74, p. 257; Gaja, *supra* n. 73, p. 283.

79. ILC Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, 1966, *Yb ILC* 1966-II, p. 187.

iuris cogentis nodig, dat wil zeggen een opvatting van de internationale statengemeenschap in haar geheel dat van een welbepaalde norm geen afwijking is toegelaten. Het is niet nodig dat alle staten de norm als een norm van *ius cogens* beschouwen. Indien dit wel vereist zou zijn, betekent dit dat iedere staat een vetorecht heeft en de totstandkoming van een norm van *ius cogens* kan verhinderen. Een overgrote meerderheid van staten die een norm als een norm van *ius cogens* aanvaarden, is in dit opzicht voldoende.⁸⁰ Verder is van de norm geen afwijking toegestaan. Het begrip 'afwijking' houdt in dat staten *inter se* geen normen mogen aannemen die indruisen tegen het *ius cogens*. Artikel 53 WVV is immers ingelast in het hoofdstuk over de nietigheid van verdragen, waardoor 'afwijking' gelieerd wordt aan het opstellen van een verdrag dat niet in overeenstemming is met het *ius cogens* en daardoor nietig is. Los van de specifieke context van het verdragenrecht, betekent dit dat de wetgevende bevoegdheid van staten beperkt is en ze geen verdragsnormen kunnen aannemen of internationale gewoonterechtsregels onrwikkelen die strijdig zijn met het *ius cogens*. Het laatste element in de definitie is dat normen van *ius cogens* slechts kunnen gewijzigd worden door latere normen van *ius cogens*. Op zich is dit geen echte voorwaarde aangezien men niet op voorhand kan weten of een norm effectief gewijzigd zal worden. Dit element werd voornamelijk in de definitie ingebouwd om te benadrukken dat normen van *ius cogens* niet gebeiteld zijn in steen, maar wel degelijk evolutief kunnen zijn.

3.2 Rechtsgevolgen

De rechtsgevolgen van *ius cogens* in het verdragenrecht zijn bekend: verdragen die strijdig zijn met dergelijke bestaande normen zijn absoluut en in hun geheel nietig en de partijen dienen de gevolgen van het verdrag zo veel als mogelijk weg te nemen. Zo stelt artikel 71 lid 1 WVV:

'In geval een verdrag nietig is krachtens artikel 53, zijn de partijen gehouden:

- a. zoveel als mogelijk is de gevolgen weg te nemen van iedere handeling verricht op grond van de bepaling die strijdig is met een dwingende norm van algemeen volkenrecht; en
- b. hun wederzijdse betrekkingen in overeenstemming te brengen met de dwingende norm van algemeen volkenrecht.'

Verdragen die strijdig zijn met een latere *ius cogens* norm, zijn slechts nietig in zoverre hun bepalingen niet in overeenstemming zijn met de nieuwe norm van *ius cogens*, terwijl alle andere bepalingen blijven gelden, net als de rechten en verplichtingen die door de uitvoering van het verdrag voor de beëindiging ervan zijn ontstaan.⁸¹ Op te merken valt wel dat slechts de partijen bij het verdrag de nietigheid kunnen vorderen en niet derde staten.

80. Alexidze, *supra* n. 74, p. 246-247, 258; Gaja, *supra* n. 73, p. 283; L. Hannikainen, *supra* n. 76, p. 210-212.

81. Art. 71 lid 2(b) WVV.

Buiten de specifieke context van het verdragenrecht houdt het *ius cogens* een beperking in van de normatieve manoeuvreerruimte van de staten. Staten kunnen geen verdragsnormen of gewonterechtsregels aannemen die ingaan tegen het bestaande *ius cogens*. Zelfs indien een staat niet instemt met een regel van *ius cogens* zal het die toch moeten respecteren, aangezien regels van *ius cogens* bindend zijn voor de gehele statengemeenschap. Daaruit volgt dat een staat op dit punt geen positie van 'persistent objector' kan innemen, zoals het dit wel kan ten aanzien van een gewone regel van internationaal gewonterecht. Daarnaast ontslaan nieuwe *ius cogens* normen staten van hun verplichtingen voortvloeiende uit reeds bestaande verdragsnormen en gewonterechtsnormen. Bovendien speelt het *ius cogens* een belangrijke rol in de huidige context van de internationale gemeenschap die gekenmerkt wordt door een verregaande fragmentatie van het internationaal recht in verschillende deelgebieden. Vanuit dit perspectief vormt het *ius cogens* het normatieve substratum van de internationale gemeenschap, aangezien het voorziet in een minimale groep van regels die bindend zijn voor alle rechtssubjecten in de internationale gemeenschap.⁸² Tot slot hebben *ius cogens* normen gevolgen op het gebied van staatsaansprakelijkheid. Ernstige schendingen van een *ius cogens* norm verplichten andere staten tot samenwerking om een einde te stellen aan dergelijke schending en verbieden hen de situatie ontstaan door dergelijke schending als rechtmatig te erkennen en steun of bijstand te verlenen om de ontstane situatie te handhaven.⁸³ Bovendien kunnen de rechtvaardigingsgronden, die gelden bij schendingen van gewone internationale rechtsregels, niet ingeroepen worden.⁸⁴ Eén (theoretische) uitzondering hierop zou het inroepen van de rechtvaardigingsgrond van 'force majeure' kunnen zijn aangezien in dat geval staten in de materiële onmogelijkheid verkeren om de norm van *ius cogens* na te leven, ook al willen ze die norm wel degelijk respecteren.⁸⁵

3.3 *Ius cogens* en verplichtingen *erga omnes*

Het is opvallend dat het begrip *ius cogens* tot op heden niet significant is doorgedrongen in de rechtspraak van het Internationaal Gerechtshof. Slechts in de zeer recente uitspraak in de *Armed Activities on the Territory of the Congo* zaak identificeert het Hof een norm als een norm van *ius cogens*, namelijk het verbod op genocide.⁸⁶ Anderzijds heeft het Hof wél de notie van verplichtingen *erga omnes* geïntroduceerd en

82. Zie ook het ILC-rapport, *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, VN Doc. A/CN.4/L.682 (2006), p. 255. In het rapport wordt gesteld dat het algemeen internationaal recht, waartoe het *ius cogens* behoort, de basisstructuren van de internationale publieke sfeer vormt.

83. Art. 40-41 ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *supra* n. 50.

84. *Ibid.*, art. 26.

85. J. Wouters & S. Verhoeven, 'The prohibition of genocide as a norm of *ius cogens* and its implications for the enforcement of the law of genocide', *Int. Crim. LR* (5) 2005, p. 403.

86. *Armed Activities on the Territory of the Congo* (DR Congo v. Rwanda), Judgment of 3 February 2006, par. 64 <www.icj-cij.org>.

ontwikkeld. In de *Barcelona Traction* zaak maakte het Hof voor het eerst een onderscheid tussen verplichtingen jegens bepaalde staten en verplichtingen jegens de internationale gemeenschap in haar geheel, oftewel verplichtingen *erga omnes*. Met betrekking tot deze laatste categorie verplichtingen oordeelde het Hof dat ze aan iedere staat een belang geven om op te komen tegen een andere staat die deze verplichtingen niet respecteert. Voorbeelden van dergelijke verplichtingen zijn het verbod op agressie, het verbod op genocide en het respect voor fundamentele rechten van de mens.⁸⁷

Reeds uit de *Barcelona Traction* zaak blijkt een zekere relatie tussen *ius cogens* normen en verplichtingen *erga omnes*. Zowel artikel 53 WVV als *Barcelona Traction* verwijzen naar 'de internationale gemeenschap in haar geheel.' Bovendien zijn de door het Hof opgesomde voorbeelden ook voorbeelden die de ILC aanhaalde voor *ius cogens* normen.⁸⁸ In zijn afzonderlijke opinie vermeldde rechter Ammoun *ius cogens* en relateerde het aan verplichtingen *erga omnes*.⁸⁹ Het Hof deed zulks niet, mogelijk omdat het WVV nog niet in werking was getreden en het concept van *ius cogens* als een nieuwe ontwikkeling werd beschouwd. Verdere rechtspraak van het Hof blijkt de band tussen *ius cogens* en verplichtingen *erga omnes* te bevestigen. In de *East Timor* zaak kwalificeerde het Hof het zelfbeschikkingsrecht – door velen als *ius cogens* beschouwd⁹⁰ – als een verplichting *erga omnes*.⁹¹ In zijn advies betreffende de *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* was het Hof van mening dat Israël verschillende verplichtingen *erga omnes* had geschonden en paste het de rechtsgevolgen voor zware schendingen van *ius cogens* normen (zie 3.2) toe op schendingen van verplichtingen *erga omnes*.⁹² Tot slot heeft het Hof het verbod op genocide zowel als een verplichting *erga omnes* als een *ius cogens* norm gekwalificeerd.⁹³ Daarnaast is de relatie tussen *ius cogens* en verplichtingen *erga omnes* ook aan bod gekomen in de rechtspraak van het Joegoslavië Tribunaal.⁹⁴ Zo oordeelde het Tribunaal in de *Furundzija* zaak:

'While the *erga omnes* nature just mentioned appertains to the area of international enforcement (lato sensu), the other major feature of the principle proscribing torture relates to the hierarchy of rules in the international normative order. Because of the importance of the

87. *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)*, Second Phase, *ICJ Rep.* 1970, p. 32, par. 33-34 (hierna: *Barcelona Traction*).

88. Zie *Yb ILC* 1966-II, p. 248.

89. *Barcelona Traction*, Separate opinion of Judge Ammoun, *supra* n. 87, p. 325.

90. A. Cassese, *Self-Determination of People: A Legal Reappraisal*, 1995, p. 133-140; P.D. Coffmann, 'Obligations *erga omnes* and the absent third state', *GYIL* (39) 1997, p. 315; K. Parker & L.B. Neylon, 'Jus cogens: Compelling the law of human rights', *Hastings ICLR* (12) 1989, p. 440-441.

91. *East Timor* (Portugal v. Australia), *ICJ Rep.* 1995, p. 90, par. 29.

92. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, *ICJ Rep.* 2004, p. 136, par. 159.

93. Vgl. *Barcelona Traction*, *supra* n. 87, par. 34, en *Armed Activities on the Territory of the Congo*, *supra* n. 86, par. 64.

94. *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-T, Judgement, ICTY Trial Chamber, 10 december 1998, par. 144, 151-154; *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, Case No. IT-95-16-T, Judgement, ICTY Trial Chamber, 14 januari 2000, par. 519-520.

values it protects, this principle has evolved into a peremptory norm or *jus cogens*, that is, a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even 'ordinary' customary rules.⁹⁵

De doctrine heeft de relatie tussen beide concepten proberen duidelijk te maken. Volgens sommigen zijn normen van *ius cogens* en verplichtingen *erga omnes* de verschillende zijden van dezelfde munt.⁹⁶ Anderen zijn weer van oordeel dat alle normen van *ius cogens* verplichtingen *erga omnes* zijn, maar dat de omgekeerde stelling niet noodzakelijk correct is:⁹⁷ zo is het verbod op massieve vervuiling van de volle zee een verplichting *erga omnes*, maar het *ius cogens* karakter van deze verplichting is omstreden. Hoe dit ook zij: het *ius cogens* karakter van een norm heeft betrekking op de normenhiërarchie, terwijl het *erga omnes* karakter van een norm eerder betrekking heeft op de *afdwingbaarheid* daarvan.

Het *erga omnes* karakter van normen zorgt ervoor dat alle staten een juridisch belang hebben bij de afdwingbaarheid ervan, ook al zijn ze niet de rechtstreeks gelaedeerde staat. Zij kunnen vooreerst een zaak aanhangig maken bij een internationaal rechtscollege, met name het Internationaal Gerechtshof. Het Hof kan natuurlijk slechts uitspraak doen indien het bevoegd is en in de *East Timor* zaak maakte het duidelijk dat de bevoegdheidsvraag niet beïnvloed wordt door het *erga omnes* karakter van de betreffende norm.⁹⁸ In de tweede plaats kunnen staten volgens artikel 48 ILC Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts van 2001 – al of niet voor het Internationaal Gerechtshof – de stopzetting van de schending en garanties van niet-herhaling eisen. Bovendien bestaat de mogelijkheid dat staten schadeherstel eisen ten behoeve van de rechtstreeks gelaedeerde staat of andere begunstigen. Tenslotte hebben staten de mogelijkheid om individueel of collectief tegenmaatregelen te nemen: wanneer een staat een verplichting *erga omnes* schendt, is iedere staat in de internationale gemeenschap immers getroffen in een juridisch belang.⁹⁹ Dergelijke tegenmaatregelen moeten natuurlijk voldoen aan de al-

95. *Prosecutor v. Anto Furundzija*, *supra* n. 94, par. 153.

96. A.J.J. de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, 1995, p. 45-48; B. Simma, 'From bilateralism to community interest in international law', *Recueil des Cours* (250) 1994-VI, p. 300; V. Starace, 'La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale', *Recueil des Cours* (153) 1976-V, p. 289.

97. M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, 1997, p. 194-199; L.-A. Sicilianos, 'The classification of obligations and the multilateral dimension of the relations of international responsibility', *EJIL* (13) 2002, p. 1137; E. Wyler, 'From "state crime" to responsibility for "serious breaches of obligations under peremptory norms of general international law"', *EJIL* (13) 2002, p. 1156; K. Zemanek, 'New trends in the enforcement of erga omnes obligations', *Max Planck UNYB* (4) 2000, p. 6.

98. *East Timor*, *supra* n. 91, par. 29; *Armed Activities on the Territory of the Congo*, *supra* n. 86, par. 64.

99. Wouters & Verhoeven, *supra* n. 85, p. 413.

gemene voorwaarden van tegenmaatregelen, neergelegd in de artikelen 49 t/m 53 ILC Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts (2001).¹⁰⁰

4. ALGEMENE RECHTSBEGINSELEN

Algemene rechtsbeginselen zijn beginselen die gemeen zijn aan de rechtsstelsels van de 'beschaafde' staten. De kwalificatie 'beschaafd', dat nog dateert van de oorspronkelijke redactie van artikel 38 lid 1(c) in het Statuut van het Permanente Hof van Internationale Justitie (Permanent Court of International Justice, PCIJ) uit 1920, is duidelijk voorbijgestreefd.

Volgens de heersende mening werd deze alinea ingevoerd om het probleem van mogelijke leemten in het volkenrecht op te lossen en het risico dat de rechter zou weigeren te oordelen bij gebrek aan een bestaande rechtsregel (zgn. *non liquet*)¹⁰¹ uit de weg te ruimen. Het gaat derhalve om een *subsidaire* rechtsbron waarop slechts een beroep wordt gedaan wanneer geen toepasselijke verdragsregel of gewoonterechtsregel voorhanden is. Het invoeren van deze alinea streeft een juridisch politiek oogmerk na: de uitbreiding van de bevoegdheid van de internationale rechter.

Met uitzondering van de vroegere Sovjet-rechtsleer terzake, wordt tevens aangenomen dat het gaat om een *autonome* rechtsbron, die zich onderscheidt van het verdrag en de gewoonte, zoals afgeleid kan worden uit het feit dat artikel 38 lid 1 een afzonderlijke alinea aan deze rechtsbeginselen wijdt. Het zijn tevens positiefrechtelijke beginselen, aangezien het 'door beschaafde volken *erkende* algemene rechtsbeginselen' moeten zijn.

Uit de voorbereidingen blijkt dat artikel 38 lid 1(c) doelt op beginselen van het nationale recht.¹⁰² Het gaat om regels die in een bepaalde context ontwikkeld zijn en, op voorwaarde van een voldoende mate van abstrahering, door analogie worden toegepast op bepaalde gevallen teneinde lacunes in het verkrijgen van een rechtsoplossing te voorkomen.

Niet alle algemene rechtsbeginselen van nationaal recht komen in aanmerking. Zij moeten daartoe aan twee voorwaarden voldoen:

- a. de beginselen moeten *gemeen* zijn aan de verschillende nationale rechtsstelsels, waarbij het nodig is – maar ook volstaat – dat het bestaan van dit beginsel wordt

100. Zie hfdst. 10, par. 3.2.2.

101. Zie D. Bodansky, 'Non liquet and the incompleteness of international law', in L. Boisson de Chazournes & Ph. Sands (red.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, 1999, p. 153-170.

102. Zie tevens P. Daillier, Nguyen Quoc Dinh & A. Pellet, *Droit international public*, 2002, p. 351, par. 225; K. Doehring, *Völkerrecht*, 2004, p. 179, par. 408; Jennings & Watts, *supra* n. 21, p. 36-37; W. Heintschel von Heinegg, 'Die weiteren Quellen des Völkerrechts', in K. Ipsen, *Völkerrecht*, 2004, p. 231. Anders: Rousseau, *supra* n. 30, p. 379, par. 300: 'le 'droit' sans épithète englobant de toute évidence le droit international aussi bien que le droit interne.'

nagegaan in de meeste rechtsstelsels (en niet in alle). Het feit dat in het Internationaal Gerechtshof krachtens artikel 9 ICJ-Statuut 'als geheel de vertegenwoordiging van de belangrijkste vormen der beschaving en van de voornaamste rechtsstelsels van de wereld' moet zijn verzekerd, geldt hier in zekere zin als waarborg voor; en

- b. de beginselen moeten *transponeerbaar* zijn naar het internationale vlak, met andere woorden er moet worden nagegaan of zij kunnen worden opgenomen in het volkenrecht rekening houdend met de fundamentele kenmerken van dit laatste en de verschillen in structuur tussen de internationale en de nationale rechtsorden.

Opgemerkt moet worden dat in de praktijk het Internationaal Gerechtshof zelden een rechtstreeks beroep doet op deze algemene rechtsbeginselen, maar eerder algemene omschrijvingen gebruikt, zoals: 'une conception générale du droit', 'un principe ordinairement admis', 'une règle de droit commun', 'une règle bien connue', etc.

Voorbeelden van algemene rechtsbeginselen die gemeen zijn aan nationale rechtsstelsels kunnen vooral worden gevonden in het domein van: (i) de contractuele en quasi-contractuele verbintenissen (bijv. rechtsmisbruik,¹⁰³ goede trouw (*infra*), eerbied voor de verworven rechten,¹⁰⁴ de bevrijdende verjaring, etc.); (ii) de delictuele en quasi delictuele verbintenissen (bijv. het beginsel van de integrale vergoeding van de geleden schade, van causaal verband tussen het feit dat tot aansprakelijkheid leidt en het geleden nadeel);¹⁰⁵ en (iii) de procedure (bijv. het gezag van gewijsde,¹⁰⁶ het beginsel dat niemand rechter en partij in eigen zaak kan zijn (*nemo iudex in sua causa*),¹⁰⁷ het verbod van rechtsweigerings door de rechter ('déní de justice'),¹⁰⁸ de *exceptio litispendentis*, de bewijsvoering en het estoppel-beginsel, *i.e.* het verbod (tot schade van een ander) terug te komen op wat werd verklaard of gedaan).¹⁰⁹

103. Specifiek in het internationaal recht, zie A.-Ch. Kiss, *L'abus de droit en droit international*, 1953; R.K. Neuhaus, *Das Rechtsmissbrauchsverbot im heutigen Völkerrecht: eine Untersuchung zur Entwicklung und Anwendbarkeit eines Begriffes*, 1984.

104. Zie J. Barde, *La notion de droits acquis en droit international public*, 1981; K.S. Sik, 'The concept of acquired rights in international law: A survey', in H. Meijers & E.W. Vierdag (red.), *Essays on International Law and Relations in Honour of A.J.P. Tammes*, 1977, p. 120-142.

105. Zie hfdst. 10.

106. Zie A. Reinisch, 'The use and limits of res judicata and lis pendens as procedural tools to avoid conflicting dispute settlement outcomes', *LP ICT* (3) 2004, p. 37-77.

107. Zie G. Schwarzenberger, 'The Nemo iudex in sua causa maxim in international judicial practice', *AALR* (1) 1972, p. 482-498.

108. Over deze problematiek in het internationaal recht, zie Ch. De Visscher, 'Le déni de justice en droit international', *Recueil des Cours* (52) 1935-II, p. 365-442.

109. Zie *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador/Honduras), Application by Nicaragua for Permission to Intervene, *ICJ Rep.* 1990, p. 92, par. 63; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, *ICJ Rep.* 1998, p. 275, par. 57 (hierna: *Land and Maritime Boundary*). Zie ook I. Sinclair, 'Estoppel and acquiescence', in V. Lowe & M. Fitzmaurice (red.), *Fifty Years of the International Court of Justice*, 1996, p. 104-120; R. Kolb, 'La maxime "nemo ex propria turpitudine commodum capere potest" (nul ne peut profiter de son propre tort) en droit international public', *RBDI* (33) 2000, p. 84-136.

Eén van de belangrijkste algemene rechtsbeginselen dat aan talrijke internationale rechtsregels ten grondslag ligt, is het beginsel van de goede trouw.¹¹⁰ Het beginsel is vervat in artikel 2 lid 2 VN-Handvest, op grond waarvan de leden van de VN de verplichtingen die zij overeenkomstig het Handvest op zich hebben genomen, te goeder trouw dienen na te komen. Het werd tevens bevestigd in de Friendly Relations Declaration en in de Slotakte van Helsinki. Het voor het verdragsrecht wezenlijke beginsel *pacta sunt servanda* (zoals bevestigd in art. 26 WVV)¹¹¹ is gebaseerd op de goede trouw. Het Internationaal Gerechtshof heeft in de *Nuclear Test* zaak het belang van het beginsel beklemtoond en dit sedertdien herhaaldelijk bevestigd:

'One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international co-operation, in particular in an age when this co-operation in many fields is becoming increasingly essential.'¹¹²

Niettemin heeft het Hof tevens geoordeeld dat goede trouw als begrip niet op zichzelf een bron van verplichtingen is wanneer er anders geen verplichting zou bestaan.¹¹³ De goede trouw is derhalve een beginsel dat de werking van bestaande internationale rechtsregels aanvult en preciseert (zie tevens de bevestiging van het beginsel van goede trouw op het gebied van het internationaal milieurecht in de principes 19 en 27 van de Verklaring van Rio).¹¹⁴

5. RECHTSPRAAK EN RECHTSLEER

Artikel 38 lid 1(d) ICJ-Statuut luidt:

'[O]nder voorbehoud van de bepalingen van artikel 59, rechterlijke beslissingen, alsmede de opvattingen van de meest bevoegde schrijvers der verschillende naties, als hulpmiddelen voor het bepalen van rechtsregelen.'

Zoals duidelijk blijkt uit deze bepaling, zijn de rechtspraak en de rechtsleer slechts hulpmiddelen voor het bepalen van rechtsregels ('subsidiary means').

110. Zie R. Kolb, *La bonne foi en droit international public: Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, 2000.

111. Zie hfdst. 5.

112. *Nuclear Tests* (Australia v. France), *ICJ Rep.* 1974, p. 253, par. 46. Dit werd o.m. bevestigd in *Border and Transborder Armed Actions* (Nicaragua v. Honduras), *Jurisdiction and Admissibility*, *ICJ Rep.* 1988, p. 69, par. 94; *Nuclear Weapons*, *supra* n. 18, par. 102; *Land and Maritime Boundary*, *supra* n. 109, par. 38-39, met talrijke bijkomende verwijzingen.

113. *Border and Transborder Armed Actions*, *supra* n. 112, par. 94; *Land and Maritime Boundary*, *supra* n. 109, par. 59.

114. Verklaring van Rio de Janeiro inzake milieu en ontwikkeling (UN Declaration on Environment and Development) 1992, *ILM* (31) 1992, p. 874 (hierna: Verklaring van Rio).

5.1 Rechtspraak

De jurisprudentie van het Permanente Hof van Internationale Justitie en van zijn opvolger, het Internationaal Gerechtshof, geniet een bevoorrechte plaats, aangezien het de hoogste internationale rechtsinstantie betreft (art. 92 VN-Handvest en art. 1 ICJ-Statuut spreken van 'het voornaamste gerechtelijke orgaan van de Verenigde Naties'), die bovendien een permanent karakter en een algemene bevoegdheid heeft. Overeenkomstig artikel 59 ICJ-Statuut zijn de beslissingen van het Hof evenwel 'slechts verbindend voor de partijen en uitsluitend met betrekking tot de behandelde zaak.'

Ook het Hof zelf is niet gebonden door zijn vorige uitspraken (geen *stare decisis*), maar zijn rechtspraak is desalniettemin zeer standvastig. Het is vanzelfsprekend dat de uitspraken van het Internationaal Gerechtshof, mede door de hoge kwalificaties en de ruime verscheidenheid in juridische vorming en ervaring van zijn leden en het gegeven dat: 'in het Hof als geheel de vertegenwoordiging van de belangrijkste vormen der beschaving en van de voornaamste rechtsstelsels van de wereld is verzekerd' (art. 9 ICJ-Statuut), in grote mate de beslissingen van andere internationale rechtbanken en scheidsrechters beïnvloeden.¹¹⁵ Deze invloed steunt echter vooral op de overtuigingskracht van de in deze uitspraken ontwikkelde argumentatie.

Het Internationaal Gerechtshof is weliswaar 'het voornaamste gerechtelijke orgaan' van de VN dat geschillen tussen staten beslecht, het is thans stellig niet meer het enige. Het Zeerechtverdrag van 1982 bijvoorbeeld voorziet in de oprichting van het Internationale Hof voor het recht van de zee te Hamburg,¹¹⁶ dat eveneens geschillen tussen staten in verband met het Zeerechtverdrag beslecht. Bovendien bestaan er gerechtelijke organen die zowel geschillen tussen staten als tussen staten en individuen beslechten, bijvoorbeeld het Europees Hof voor de rechten van de mens en het Gerecht van eerste aanleg/Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Andere gerechtelijke organen spreken zich dan weer enkel uit over individuen, zoals de ad hoc tribunalen¹¹⁷ voor voormalig Joegoslavië¹¹⁸ en Rwanda¹¹⁹ en het Internationaal Strafhof.

De rechtspraak is echter niet beperkt tot de uitspraken van internationale rechtscolleges. Daarnaast bestaan er nog verschillende internationale arbitrale colleges (bijv. het Iran-US Claims Tribunal;¹²⁰ arbitrage in het kader van het Permanent Hof

115. Zie bijv. zaak C-162/96, *Racke*, *Jur.* 1998, p. I-3655, r.o. 24, 50, waarin het HvJ EG verwijst naar de uitspraken van het ICJ inzake *rebus sic stantibus* en *pacta sunt servanda*.

116. Bijlage VI bij het Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee 1982, *Trb.* 1983, 83 (i.w.tr. 16 november 1994; Nederland 28 juli 1996).

117. Daarnaast is er het Sierra Leone Tribunaal, met een hybride statuut, zie Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone 2002, Annex, *UNTS* (2178) p. 138.

118. ICTY-Statuut, VN Doc. S/RES/827 (1993), Annex.

119. Statuut van het Internationaal Tribunaal voor Rwanda (ICTR), VN Doc. S/RES/955 (1994), Annex.

120. Claims Settlement Declaration 1981, *ILM* (20) 1981, p. 223.

van Arbitrage;¹²¹ het Internationale Centrum voor de Beslechting van Investeringsgeschillen (International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID);¹²² en het Hof voor Conciliatie en Arbitrage van de Organisatie voor Veiligheid en Samenwerking in Europa);¹²³ en quasi-gerechtelijke organen, zoals de VN-Mensenrechtencomités en in het kader van de Wereldhandelsorganisatie de verschillende panels en de Beroepsinstantie (Appellate Body).¹²⁴

5.2 Rechtsleer

Net zoals de rechtspraak is de rechtsleer geen eigenlijke rechtsbron. Het komt de rechtsleer zeker niet toe recht te scheppen, maar wel het recht vast te stellen, te commentariëren, uit te leggen en, waar nodig, te bekritisieren. Hierbij moet steeds duidelijk het onderscheid worden gemaakt tussen de objectieve uiteenzetting van de internationale rechtspraktijk (*de lege lata*) en de vertolking van persoonlijke zienswijzen (die bijdragen aan de rechtsontwikkeling oftewel *de lege ferenda*).

Gezien de vele onzekerheden, die nog in het volkenrecht bestaan, en het nog grotendeels gewoonterechtelijke karakter ervan, speelt de rechtsleer echter een belangrijkere rol in het volkenrecht dan in het interne recht. Vooral in de vormingsperiode van het volkenrecht waren 'de opvattingen van de meest bevoegde schrijvers', zoals Pufendorf, Van Bynkershoek, Grotius en De Vattel, bijzonder invloedrijk.

6. BILLIJKHEID

Billijkheid is het toepassen van beginselen van rechtvaardigheid en redelijkheid op een bepaald geval, rekening houdend met alle elementen van de betrokken zaak en het abstraheren van de louter technische vereisten van het positief recht.

Met Charles Rousseau kan worden gesteld dat de billijkheid in het volkenrecht een drievoudige rol kan vervullen: (i) *infra legem*, als een middel om de toepassing van het recht te matigen of te verzachten, (ii) *praeter legem*, als een middel om de toepassing van het recht aan te vullen en (iii) *contra legem*, als een middel om de toepassing van een rechtsregel terzijde te stellen.¹²⁵

121. Verdrag voor de vreedzame beslechting van internationale geschillen 1899. Dit verdrag werd vervangen door het Verdrag voor de vreedzame beslechting van internationale geschillen 1907, *Stb.* 1910, 73 (i.w.tr. 26 januari 1910; Nederland 26 januari 1910).

122. Verdrag inzake de beslechting van geschillen met betrekking tot de investeringen tussen Staten en onderdanen van andere Staten 1965, *Trb.* 1966, 152 (i.w.tr. 14 oktober 1966; Nederland 14 oktober 1966) (hierna ICSID-Verdrag).

123. Convention on Conciliation and Arbitration within the CSCE 1992, *ILM* (32) 1993, p. 551.

124. Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie 1994, bijlage 2: Memorandum van Overeenstemming inzake de regels en procedures betreffende de beslechting van geschillen. *Trb.* 1995, 130 (i.w.tr. 1 januari 1995; Nederland 1 januari 1995).

125. Rousseau, *supra* n. 30, p. 405, par. 324.

6.1 Matigende functie (*infra legem*)

Wanneer rechtvaardigheidsoverwegingen het vereisen, zal de rechter zonder meer – dat wil zeggen ook zonder dat partijen daarmee moeten hebben ingestemd – een beroep doen op de billijkheid om de gestrengheid van het positief recht te verzachten. Deze billijkheidsvorm is in het positief recht zelf besloten: zij laat de rechter toe om uit verschillende mogelijke uitleggingsvarianten diegene te kiezen, die het best aangepast lijkt aan de bijzonderheden van het geval en de situatie van de partijen.¹²⁶ Voor dergelijke billijkheid *infra legem* geldt dat: ‘the guiding concept is simply that “Equity as a legal concept is a direct emanation of the idea of justice.”¹²⁷ In dezelfde zin oordeelde het Internationaal Gerechtshof in de *North Sea Continental Shelf* zaken dat: ‘[w]hatever the legal reasoning of a court of justice, its decisions must by definition be just, and therefore in that sense equitable.’¹²⁸

In de *Frontier Dispute* zaak oordeelde de betrokken kamer van het Internationaal Gerechtshof dat zij, bij gebrek aan instemming van de partijen, geen beroep kon doen op billijkheid *contra legem*, maar wel op billijkheid *infra legem*:

‘[T]hat is, that form of equity which constitutes a method of interpretation of the law in force, and is one of its attributes. As the Court has observed: “It is not a matter of finding simply an equitable solution, but an equitable solution derived from the applicable law.”¹²⁹

In deze zin valt ook de verwijzing te begrijpen naar billijkheid in een aantal verdragen: zo bijvoorbeeld de artikelen 74 lid 1 en 83 lid 1 van het Zeerechtverdrag, inzake de afbakening van de exclusieve economische zone respectievelijk het continentaal plat tussen staten met tegenover elkaar liggende of aan elkaar grenzende kusten (zie ook art. 140 lid 2 Zeerechtverdrag). Zie tevens de nadruk op het billijke en redelijke gebruik van internationale waterwegen door oeverstaten, en de explicitering van dit vereiste, in de artikelen 5 en 6 van het Verdrag inzake het recht betreffende het gebruik van internationale waterlopen anders dan voor de scheepvaart van 1997.

6.2 Aanvullende functie (*praeter legem*)

De aanvullende functie van de billijkheid maakt het de rechter mogelijk om op deze wijze lacunes in het volkenrecht te vullen. Het wordt betwist of de internationale rechter hiertoe op eigen initiatief mag overgaan dan wel, overeenkomstig artikel 38 lid 2 ICJ-Statuut, de expliciete instemming van de partijen hiervoor moet krijgen. In de *North Sea Continental Shelf* zaken deed het Internationaal Gerechtshof beroep op

126. Zie Heintschel von Heinegg, *supra* n. 102, p. 248.

127. *Frontier Dispute* (Burkina Faso/Republic of Mali), *ICJ Rep.* 1986, p. 554, par. 149, met verwijzing naar *Continental Shelf* (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Merits, *ICJ Rep.* 1982, p. 60, par. 71.

128. *North Sea Continental Shelf*, *supra* n. 8, par. 88.

129. *Frontier Dispute*, *supra* n. 127, par. 28, met verwijzing naar *Fisheries Jurisdiction* (United Kingdom v. Iceland), Merits, *ICJ Rep.* 1974, p. 33, par. 78.

de billijkheid om tot een afbakening te komen van het continentaal plat tussen Duitsland en Nederland, en tussen Duitsland en Denemarken, omdat het tot de bevinding was gekomen dat er geen regel van verdrags- of gewoonterecht was die de partijen bij deze afbakening bond.

6.3 Afwijkende functie (*contra legem*)

Voor de terzijdestelling van het positief recht is zonder enige twijfel de instemming van de betrokken partijen vereist. Artikel 38 lid 2 ICJ-Statuut stelt uitdrukkelijk dat het Internationaal Gerechtshof slechts een beslissing *ex aequo et bono* kan geven 'indien de partijen daarmee instemmen.'¹³⁰ Ook artikel 293 lid 2 van het Zeerechtverdrag bepaalt dat een hof of arbitrage TRIBUNAAL, bevoegd inzake een geschil over de uitleg of toepassing van het verdrag, bevoegd is een zaak te beslissen *ex aequo et bono*, indien de partijen aldus overeenkomen. Een gelijkaardige bepaling geldt voor de ICSID-arbitrage.¹³¹

7. EENZIJDIGE RECHTSHANDELINGEN

Artikel 38 ICJ-Statuut maakt geen melding van eenzijdige rechtshandelingen als bron van volkenrecht. Eenzijdige rechtshandelingen zijn wilsuitingen uitgaande van één enkel rechtssubject met de bedoeling rechtsgevolgen teweeg te brengen. Het betreft handelingen of stellingnamen waardoor of waarin volkenrechtssubjecten op unilaterale wijze – *i.e.* zonder verband met de handelingen of stellingnamen van een ander volkenrechtssubject terzake – hun positie te kennen geven ten aanzien van een bepaalde aangelegenheid van het internationaal recht. Een onderscheid dient te worden gemaakt in het volkenrecht naar gelang de eenzijdige rechtshandelingen uitgaan van staten of van internationale organisaties.

7.1 Eenzijdige rechtshandelingen van staten

Het Internationaal Gerechtshof heeft in de *Nuclear Tests* zaak erkend dat staten zichzelf eenzijdig verplichtingen kunnen opleggen:

'It is well recognized that declarations made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations. Declarations of this kind may be, and often are, very specific. When it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking, the State being thenceforth legally required

130. Zie J.G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 1998, p. 151.

131. Art. 42 lid 3 ICSID-Verdrag. Zie Z. Radivojevic, 'La conciliation et l'arbitrage *ex aequo et bono*', in K. Koufa (red.), *International Justice*, 1997, p. 841-856; C. Schreuer, 'Decisions *ex aequo et bono* under the ICSID Convention', *ICSID Rev.* (11) 1996, p. 3-63.

to follow a course of conduct consistent with the declaration. An undertaking of this kind, if given publicly, and with an intent to be bound, even though not made within the context of international negotiations, is binding. In these circumstances, nothing in the nature of a quid pro quo nor any subsequent acceptance of the declaration, nor even any reply or reaction from other States, is required for the declaration to take effect, since such a requirement would be inconsistent with the strictly unilateral nature of the juridical act by which the pronouncement by the State was made.¹³²

Er kan beknopt melding worden gemaakt van de kenmerken en de soorten van eenzijdige rechtshandelingen van staten.

7.1.1 Kenmerken

Eenzijdige rechtshandelingen van staten vertonen, mede blijkens bovenvermeld citaat, de volgende kenmerken:

- a. De bedoeling van de staat om zichzelf te binden moet duidelijk blijken uit de omstandigheden van de verklaring of gedraging.¹³³
- b. De eenzijdige rechtshandeling moet openbaar of minstens algemeen bekend zijn.
- c. De vorm van de eenzijdige rechtshandeling doet er niet toe, maar zij moet wel expliciet zijn, dat wil zeggen niet dubbelzinnig.¹³⁴ In de reeds geciteerde *Nuclear Tests* zaak nam het Internationaal Gerechtshof een verscheidenheid van handelingen in aanmerking: een communiqué van de Franse president, een persconferentie van de president en de minister van Defensie, een toespraak van de minister van Buitenlandse Zaken voor de Algemene Vergadering van de VN en een nota van de Franse ambassade in Nieuw-Zeeland. Zelfs het stilzwijgen van de vertegenwoordigers van een staat kan rechtsgevolgen hebben (bijv. als een toestemming worden gezien), wanneer uit de omstandigheden blijkt dat de staat had kunnen en moeten reageren om bepaalde rechtsgevolgen te vermijden. Het moet derhalve gaan om een 'gekwalificeerd' stilzwijgen.
- d. Aanvaarding door of enige andere reactie vanwege andere volkenrechtssubjecten is niet nodig.¹³⁵

Aangenomen wordt dat zowel de wetgevende als de uitvoerende macht een staat volkenrechtelijk kunnen binden door eenzijdige rechtshandelingen. Wat deze laatste betreft, kan het gaan om handelingen van het staatshoofd, de minister van buitenlandse zaken of zelfs van de ambassade.

Voor de geldigheid van eenzijdige rechtshandelingen in het volkenrecht gelden in belangrijke mate dezelfde voorwaarden als voor de geldigheid van verdragen: zo

132. *Nuclear Tests*, *supra* n. 112, par. 43.

133. Zie ook *Frontier Dispute*, *supra* n. 127, par. 39; *Nicaragua*, *supra* n. 4, par. 261.

134. *Legal Status of Eastern Greenland* (Denmark v. Norway), 1933, *PCIJ, Series A/B*, No. 53, p. 71.

135. Zie *Nuclear Tests*, *supra* n. 112, par. 50.

moeten deze rechtshandelingen het *ius cogens* eerbiedigen en mogen zij niet aangetaast zijn door wilsgebreken. Over de fundering van het bindend karakter van eenzijdige rechtshandelingen lopen de meningen uiteen. In de *Nuclear Tests* zaak noemde het Internationaal Gerechtshof de goede trouw als grondslag hiervan.¹³⁶ Ook wordt geregeld verwezen naar de billijkheid en naar het beginsel van estoppel, in die zin dat het onredelijk zou zijn andere staten te laten opdraaien voor schade geleden indien eerstgenoemde staat toch op zijn verklaringen of handelingen terugkomt.

In de *Gulf of Maine* zaak overwoog het Internationaal Gerechtshof dat: 'the concepts of acquiescence and estoppel, irrespective of the status accorded to them by international law, both follow from the fundamental principles of good faith and equity.'¹³⁷ Dit doet de vraag rijzen naar de mogelijkheden die een staat behoudt om terug te komen op eenzijdige rechtshandelingen. Alhoewel erkend wordt dat staten een 'droit de repentir' oftewel recht tot inkeer hebben, zou het een aantasting van de rechtszekerheid zijn als staten naar willekeur konden terugkomen op eerder aangegane eenzijdige verbintenissen. Het beginsel van de goede trouw verplicht staten tot onderhandelen met derden – dat wil zeggen andere volkenrechtssubjecten – die zich eventueel op de eerdere eenzijdige rechtshandeling hebben gebaseerd of tot het betalen van schadevergoeding aan derden die schade leiden door de intrekking van de betrokken eenzijdige rechtshandeling.

7.1.2 Soorten (Typologie)

Eenzijdige rechtshandelingen zijn autonoom wanneer zij niet zijn opgenomen in een verdragsregel of een gewoonterechtsregel en hun geldigheid niet afhangt van een andere (unilaterale, bilaterale of multilaterale) rechtshandeling. In deze categorie kunnen de volgende types worden onderscheiden:

- a. De *kennisgeving*: een handeling, waardoor een staat een feit of een toestand officieel ter kennis van een derde brengt, die van dan af zal worden beschouwd als juridisch bekend voor degene tegenover wie zij werd gedaan.
- b. De *erkenning*: een handeling, waardoor een staat het bestaan van bepaalde feiten (bijv. een nieuwe staat of een nieuwe regering van een andere staat), handelingen (bijv. de toekenning door een staat van zijn nationaliteit aan een individu, of een verdrag dat tussen derde staten is gesloten), toestanden of aanspraken vaststelt en aanvaardt dat deze hem tegenwerpbaar zijn. Dit is de belangrijkste en meest voorkomende vorm van eenzijdige rechtshandelingen.
- c. Het *protest*: een handeling, waardoor een staat laat weten een gegeven toestand, aanspraak of gedraging niet als wettig te erkennen;¹³⁸ bijvoorbeeld het volgehouden

136. Zie *ibid.*, par. 46.

137. *Gulf of Maine*, *supra* n. 16, par. 130.

138. Zie I. Breutz, *Der Protest im Völkerrecht*, 1997; I. MacGibbon, 'Some observations on the part of protest in international law', *BYIL* (30) 1953, p. 293.

- den protest tegen een zich vormende regel van gewoonterecht door een staat die 'persistent objector' is.
- d. Het *verzaken*: een handeling, waardoor een staat de wil bekendmaakt van een recht, een bevoegdheid, een aanspraak of een klacht afstand te doen. Een dergelijke verzaking moet uitdrukkelijk zijn en kan niet worden vermoed; bijvoorbeeld het verzaken ('waiver') door een staat aan zijn immuniteit in het kader van een bepaalde gerechtelijke procedure¹³⁹ of afstand van geding voor een internationaal rechtscollege.¹⁴⁰
 - e. De *belofte*: een handeling, waardoor een staat zich er toe verbindt een zekere gedragshouding aan te nemen tegenover een ander rechtssubject; bijvoorbeeld de toezegging van de Franse president in het begin van de jaren zeventig om geen bovengrondse kernproeven meer uit te voeren in de Stille Oceaan. De niet-naleving van deze toezegging gaf aanleiding tot de *Nuclear Tests* zaak.¹⁴¹

Daarnaast zijn er eenzijdige rechtshandelingen die verbonden zijn met een regel van verdrags- of gewoonterecht, met name:

- a. Het toetreden tot, opzeggen van of zich terugtrekken uit een verdrag (met inbegrip van een verdrag tot oprichting van een internationale organisatie), of het maken van voorbehouden bij een verdrag. In deze categorie hoort ook het maken van de verklaring ter aanvaarding van de verplichte rechtsmacht van het Internationaal Gerechtshof in de zin van artikel 36 lid 2 ICJ-Statuut.
- b. Het stellen van bepaalde eenzijdige rechtshandelingen bij het toetreden tot internationale organisaties, of in het kader van een internationale organisatie. Zo moeten nieuwe lidstaten van de Raad van Europa sedert de jaren 1990 bepaalde engagementen aangaan die het voorwerp uitmaken van een 'follow-up' procedure door de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa.¹⁴² Een voorbeeld van een eenzijdige rechtshandeling in het kader van een internationale organisatie is de kennisgeving die Irak krachtens paragraaf 33 van VN-Veiligheidsraad resolutie 687 (1991) aan de Secretaris-Generaal en de Veiligheidsraad moest geven van zijn aanvaarding van deze resolutie opdat een staakt-het-vuren tot stand zou komen. Deze aanvaarding voegt uiteraard niets toe aan de rechtskracht van de voornoemde resolutie, die de Veiligheidsraad op grond van hoofdstuk VII VN-Handvest had aangenomen. Nog een ander voorbeeld van een eenzijdige rechtshandeling in het kader van een internationale organisatie is het uitvoering geven, door een lid van de VN, aan een embargo dat is opgelegd bij resolutie van de Veiligheidsraad.

139. Zie hfdst. 8.

140. Zie G. Guillaume, 'Le désistement devant la Cour internationale de justice', in M. Tupamäki (red.), *Liber amicorum Bengt Broms*, 1999, p. 68-96.

141. Zie S. Carbone, 'Promise in international law: A confirmation of its binding force', *Italian Yearbook of International Law* (1) 1975, p. 166-172; J.P. Jacqué, 'À propos de la promesse unilatérale', in *Mélanges offerts à Paul Reuter: Le droit international: unité et diversité*, 1981, p. 327-345.

142. Beschikking 508 (1995) van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa.

- c. Eenzijdige rechtshandelingen die worden uitgeoefend op basis van een gewoonterechtsregel die staten bepaalde bevoegdheden toekennen. Zo komt het een staat op grond van het internationaal gewoonterecht toe om het toekennen van zijn nationaliteit aan individuen te regelen en een onderscheid te maken tussen zijn onderdanen en vreemdelingen, de breedte van zijn territoriale zee te bepalen en het gebruik van zijn luchtruim te regelen. In deze context gestelde rechtshandelingen zullen tegenwerpbaar zijn aan andere volkenrechtssubjecten op voorwaarde dat zij de grenzen van de desbetreffende gewoonterechtsregels (bijv. de eis van een effectieve band bij het toekennen van de nationaliteit) of verdragsregels (zoals bijv. het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het kader van het EG-Verdrag, of de regeling inzake de territoriale zee en andere maritieme zones in het Zeerechtverdrag) respecteren.
- d. De berusting ('acquiescence') in een situatie, dat wil zeggen de handeling waardoor een staat uitdrukkelijk of stilzwijgend de aanspraak van een andere staat aanvaardt.¹⁴³ In de *Gulf of Maine* zaak omschreef het Internationaal Gerechtshof dit begrip als volgt: 'acquiescence is equivalent to tacit recognition manifested by unilateral conduct which the other party may interpret as consent.'¹⁴⁴

7.2 Eenzijdige rechtshandelingen van internationale organisaties

Internationale organisaties – die als internationale rechtspersonen zelf subjecten van volkenrecht zijn¹⁴⁵ – spelen een steeds belangrijker rol in het totstandkomen van verdragen en in de vorming van gewoonterechtsregels. Tevens kunnen zij door hun optreden bijdragen tot de ontwikkeling van algemene rechtsbeginselen of, via de in hun institutionele kader ingestelde gerechtelijke of quasi-gerechtelijke mechanismen, leiden tot de creatie van rechtspraak als bron van volkenrecht. Afgezien daarvan kunnen internationale organisaties ook, binnen het kader van de aan hen verleende bevoegdheden, bepaalde eenzijdige rechtshandelingen stellen. Hoewel deze rechtshandelingen niet voorkomen in artikel 38 lid 1 ICJ-Statuut, worden zij steeds belangrijker als formele bron van internationaal recht.

Eenzijdige rechtshandelingen van internationale organisaties nemen gewoonlijk de vorm aan van *resoluties*. De rechtskracht ervan is zeer verscheiden. De basisakten van internationale organisaties verlenen hen soms de bevoegdheid om juridisch bindende handelingen te stellen (hierna: besluiten). Aangezien staten huiverig zijn voor beperking van hun soevereiniteit, blijven deze gevallen zeldzaam. Veelal blijft de bevoegdheid van internationale organisaties beperkt tot het stellen van juridisch niet-bindende handelingen (hierna: aanbevelingen).

143. Zie H. Das, 'L'estoppel et l'acquiescement: assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles', *RBDI* (31) 1997, p. 607-634; I. Sinclair, 'Estoppel and acquiescence', in Lowe & Fitzmaurice, *supra* n. 109, p. 104-120.

144. *Gulf of Maine*, *supra* n. 16, par. 130. Vgl. de omschrijving van I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 2003, p. 151.

145. Zie hfdst. 2.

In de handelingen van internationale organisaties kan doorgaans zowel een consensueel als een eenzijdig element worden aangetroffen. Het consensuele element ligt hierin, dat de rechtshandeling gebaseerd is op een samenloop van wilsuitingen van de leden van het besluitnemend orgaan; de besluitvorming geschiedt immers in de meeste gevallen – de Raad van de Europese Unie (EU) vormt, met de talrijke gevallen van besluitvorming bij gekwalificeerde meerderheid van stemmen, een notoire uitzondering – bij consensus. Er zit evenwel ook een eenzijdig element in vervat, wanneer een orgaan waarin niet alle leden zijn vertegenwoordigd, een besluit neemt dat ook andere leden van de organisatie bindt. Zo zijn besluiten van de Veiligheidsraad – die slechts uit 15 leden bestaat – bindend voor alle VN-leden (art. 25 VN-Handvest).

7.2.1 *Besluiten*

Als voorbeeld van besluiten, *i.e.* juridisch bindende handelingen, van een internationale organisatie gelden in de eerste plaats besluiten van de Veiligheidsraad in de zin van artikel 25 VN-Handvest. Krachtens deze bepaling hebben de leden van de VN er zich toe verbonden ‘de besluiten van de Veiligheidsraad overeenkomstig dit Handvest te aanvaarden en uit te voeren.’

Omtrent de juiste betekenis van de term ‘besluit’ in artikel 25 VN-Handvest heeft lange tijd een controverse gewoed.¹⁴⁶ Vaak werd – met name in de Veiligheidsraad zelf en in de Algemene Vergadering – het standpunt verdedigd dat met deze term enkel besluiten in de zin van hoofdstuk VII VN-Handvest worden bedoeld, dat wil zeggen maatregelen tot handhaving of herstel van de internationale vrede en veiligheid (zgn. ‘enforcement measures’). Tijdens de Conferentie van San Francisco had de Belgische delegatie trouwens voorgesteld om de draagwijdte van artikel 25 in ieder geval te beperken tot besluiten genomen in het kader van hoofdstukken VI, VII en VIII van het VN-Handvest, een voorstel dat echter werd verworpen.¹⁴⁷ In zijn *Namibia* advies heeft het Internationaal Gerechtshof meer duidelijkheid in deze materie gebracht:

‘It has been contented that Article 25 of the Charter applies only to enforcement measures adopted under Chapter VII of the Charter. It is not possible to find in the Charter any support for this view. Article 25 is not confined to decisions in regard to enforcement action but applies to “the decisions of the Security Council” adopted in accordance with the Charter. Moreover, that Article is placed, not in Chapter VII, but immediately after Article 24 in that part of the Charter which deals with the functions and powers of the Security Council. If Article 25 had reference solely to decisions of the Security Council concerning enforcement action under Articles 41 and 42 of the Charter, that is to say, if it

146. Zie J. Delbrück, ‘Article 25’, in B. Simma (red.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2002, p. 454-460, par. 4-19; B. Lorinser, *Bindende Resolutionen des Sicherheitsrates*, 1996.

147. Zie E. Suy, ‘Article 25’, in J.-P. Cot & A. Pellet (red.), *La charte des Nations-Unies: Commentaire article par article*, 1991, p. 475.

were only such decisions which had binding effect, then Article 25 would be superfluous, since this effect is secured by Articles 48 and 49 of the Charter.¹⁴⁸

Aangaande het criterium om uit te maken of een 'besluit' van de Veiligheidsraad in de zin van artikel 25 VN-Handvest voorligt, stelt het Hof in hetzelfde advies:

'The language of a resolution of the Security Council should be carefully analysed before a conclusion can be made as to its binding effect. In view of the nature of the powers under Article 25, the question whether they have been in fact exercised is to be determined in each case, having regard to the terms of the resolution to be interpreted, the discussions leading to it, the Charter provisions invoked and, in general, all circumstances that might assist in determining the legal consequences of the resolution of the Security Council.'¹⁴⁹

Een aantal gespecialiseerde organisaties, zoals de Wereldgezondheidsorganisatie (World Health Organization, WHO), de Wereld Meteorologische Organisatie (WMO) en de Internationale Burgerluchtvaartorganisatie ((International Civil Aviation Organization, ICAO), hebben een verordenende bevoegdheid verkregen om algemene normen uit te vaardigen in bepaalde technische domeinen. De leden van deze organisaties hebben evenwel een zogenoemde 'contracting-out' mogelijkheid; deze bevoegdheid tot kennisgeving om niet gebonden te zijn door de betrokken regels wordt ook aangeduid als 'negatieve bekrachtigingsprocedure'.¹⁵⁰

De Algemene Vergadering van de WHO is bevoegd om bij gewone meerderheid 'regulations' (regelingen) aan te nemen betreffende een aantal maatregelen, normen of standaarden die de volksgezondheid aangaan, zoals gezondheids- of quarantaine-maatregelen of elke andere procedure om de uitbreiding van ziekten van het ene land naar het andere te beletten, de naamlijst van ziekten, normen inzake de veiligheid, zuiverheid en werking van biologische, farmaceutische en soortgelijke producten die zich in de internationale handel bevinden (art. 21 WHO-Statuut). Deze regelingen worden van kracht voor alle leden die niet binnen de in de kennisgeving voorgeschreven termijn aan de directeur-generaal van de WHO melden dat zij ze weigeren of dienaangaande een voorbehoud maken (art. 22 WHO-Statuut). De Gezondheidsvergadering heeft tot op heden spaarzaam van deze bevoegdheid gebruik gemaakt: de belangrijkste regelingen tot op heden blijven de internationale gezondheidsregelingen (International Health Regulations). Wel waakt de Gezondheidsvergadering zeer strikt over voorbehouden met het oog op een zo eenvormig mogelijke toepassing van deze regelingen: zij heeft al vaker – eveneens met gewone meerderheid – voorbehouden verworpen.¹⁵¹

148. *Namibia*, *supra* n. 2, par. 113.

149. *Ibid.*, par 114.

150. Zie Schermers & Blokker, *supra* n. 3, par. 1290-1294.

151. Zie, met verwijzingen, F.L. Kirgis, 'Specialized law-making processes', in C.J. Joyner (red.), *The United Nations and International Law*, 1997, p. 74-75.

De WMO heeft de bevoegdheid om technische regelingen aan te nemen en uiterlijk negen maanden voor hun tenuitvoerlegging aan haar leden te verzenden. Binnen die tijdsperiode kunnen de leden de organisatie ervan in kennis stellen dat zij het onuitvoerbaar achten om gevolg te geven aan de vereisten van een regeling (art. 9 WMO-Statuut).¹⁵² Doen zij dit niet, dan worden zij geacht gebonden te zijn door de regeling.¹⁵³

De ICAO neemt standaarden (Standards) aan, die als bijlagen bij haar statuut worden gevoegd. Deze zijn bindend voor de leden die niet onmiddellijk aan de ICAO kennis geven van de verschillen tussen de door hen gevolgde praktijk en de betrokken standaard.¹⁵⁴ De standaarden zijn in elk geval bindend voor burgerluchtvaart (met uitzondering van niet-commerciële staatsvliegtuigen) in het luchtruim boven de volle zee (art. 12 ICAO-Statuut). Onder 'volle zee' vallen hier ook de exclusieve economische zone en zeestraten.

In sommige gevallen hebben staten er zich vooraf toe verbonden resoluties van VN-organen als bindend te aanvaarden (bijv. in de vredesverdrag met Italië van 1947).¹⁵⁵

Een kwantitatief gezien zeer belangrijke categorie van bindende resoluties zijn de besluiten die behoren tot het *interne recht* van internationale organisaties.¹⁵⁶ Internationale organisaties hebben immers de bevoegdheid om besluiten te nemen die voor hun interne werking noodzakelijk zijn. Het betreft hier, enerzijds, beslissingen met een individuele strekking, zoals de benoeming van ambtenaren of de aanwijzing of verkiezing van leden van bepaalde organen, de vaststelling van de begroting, de oprichting van hulporganen en de toelating, schorsing of uitstoting van leden; anderzijds, gaat het om normatieve handelingen met een algemene strekking, zoals een huishoudelijk reglement (zie bijv. art. 21, 30 VN-Handvest; soms wordt dit ook reglement van orde genoemd), het statuut van het personeel en de financiële en begrotingsregels. Deze regels zijn zowel juridisch verbindend voor de organen van de organisatie zelf als voor de lidstaten van de organisatie.

Op regionaal vlak dient de EU vermeld te worden aangezien aan de instellingen van de EU in het kader van het EG-Verdrag de meest verregaande bevoegdheid tot het nemen van juridisch bindende besluiten is verleend. Artikel 249 EG bepaalt dat, onder de in het verdrag genoemde voorwaarden, het Europees Parlement en de Raad van de EU gezamenlijk; de Raad van de EU; en de Europese Commissie verordenin-

152. Verdrag van de Wereld Meteorologische Organisatie 1947, *Stb.* 1951, 236 (i.w.tr. 23 maart 1950; Nederland 12 oktober 1951).

153. Zie Schermers & Blokker, *supra* n. 3, par. 1292.

154. Zie echter J. Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, 2002, p. 219; T. Buerghental, *Law-Making in the International Civil Aviation Organization*, 1969, p. 96-101.

155. Vredesverdrag tussen de Geallieerde en Geassocieerde Mogendheden en Italië (Vrede van Parijs) 1947, *Stb.* J 166 (i.w.tr. 15 september 1947; Nederland 17 februari 1949).

156. Zie C.F. Amerasinghe, *The Law of the International Civil Service (As Applied by International Administrative Tribunals)*, 1994.

gen en richtlijnen kunnen vaststellen en beschikkingen kunnen geven.¹⁵⁷ Deze instrumenten worden in artikel 249 EG zelf gedefinieerd:

- Een *verordening* heeft een algemene strekking; zij is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat.
- Een *richtlijn* is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen.
- Een *beschikking* is een individuele rechtshandeling; zij is verbindend in al haar onderdelen voor degenen tot wie zij uitdrukkelijk is gericht.

7.2.2 Aanbevelingen

Zowel de internationale praktijk als de rechtsleer tonen aan dat de aanbevelingen van internationale organisaties in beginsel geen verplichtende juridische waarde hebben. Een staat bepaalt in alle vrijheid welke gevolgen hij uit zijn stem trekt en welke gevolgen hij aan een aanbeveling hecht. Het feit dat aanbevelingen juridisch niet verplichtend zijn, wil niet zeggen dat zij geen enkel juridisch of ander belang hebben. Het beginsel van de goede trouw laat niet toe dat de leden van de VN de VN-resoluties zomaar naast zich neerleggen.

VN-resoluties kunnen een bijzondere bijdrage leveren tot de ontwikkeling van het volkenrecht door het interpreteren van bestaand volkenrecht en door het bijdragen tot het totstandkomen van volkenrechtelijke gewoonteregels, in het bijzonder door het onthullen van de rechtsovertuiging van de internationale gemeenschap.

Het Internationaal Gerechtshof heeft in dit verband in de *Nicaragua* zaak geoordeeld:

‘This opinio juris may, though with all due caution, be deduced from, inter alia, the attitude of the Parties and the attitude of States towards certain General Assembly resolutions ...’¹⁵⁸

In het *Nuclear Weapons* advies voegde het Hof hieraan toe:

‘General Assembly resolutions, even if they are not binding, may sometimes have normative value. They can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an opinio juris. To establish whether this is true of a given General Assembly resolution, it is necessary to look at its content and the conditions of its adoption; it is also necessary to see whether an opinio juris exists as to its normative character. Or a series of resolutions may show the gradual evolution of the opinio juris required for the establishment of a new rule.’¹⁵⁹

157. Dit instrumentarium wordt grondig hervormd in het kader van het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa 2004, *Tvb.* 2004, 275 (nog niet in werking).

158. *Nicaragua*, *supra* n. 4, par. 188.

159. *Nuclear Weapons*, *supra* n. 18, par. 70.

In het kader van zijn analyse van resoluties van de Algemene Vergadering die betrekking hebben op nucleaire wapens en de vraag naar de legaliteit daarvan, stelde het Hof evenwel vast dat:

‘several of the resolutions ... have been adopted with substantial numbers of negative votes and abstentions; thus, although those resolutions are a clear sign of deep concern regarding the problem of nuclear weapons, they still fall short of establishing the existence of an opinio juris on the illegality of the use of such weapons.’¹⁶⁰

Wanneer de rechtsovertuiging uitgedrukt in een resolutie daadwerkelijk wordt gevolgd door een daarbij aansluitende statenpraktijk kunnen aldus op een versnelde wijze gewoonterechtsregels tot stand komen. Het moet dan bovendien ook gaan om een resolutie, die een algemene wilsuiting vertegenwoordigt en die algemene gedragsregels formuleert, gericht tot het geheel van de lidstaten en bestemd om een onbepaald aantal gevallen te regelen.

Een goed voorbeeld van een resolutie van de Algemene Vergadering die heeft bijgedragen tot de vorming van internationaal gewoonterecht inzake het zelfbeschikingsrecht van de volken, is de Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and People¹⁶¹ (zie hierover het *Western Sahara* advies).¹⁶² De voornoemde resolutie werd aangenomen met 89 stemmen voor, geen tegen en negen onthoudingen.

Niet alle resoluties kunnen rekenen op zo'n ruim draagvlak. Zeer controversieel was in 1974 de aanname door de Algemene Vergadering van het Handvest van economische rechten en plichten van Staten.¹⁶³ Zij werd aangenomen met 120 stemmen voor, zes tegen (waaronder België) en 10 onthoudingen (waaronder Nederland). Onder de tegenstemmen en onthoudingen bevonden zich de belangrijkste industrielanden (15 OESO-landen), die samen twee derde van de wereldhandel vertegenwoordigen. Als bepalingen van dit handvest al enig bewijs van het bestaan van gewoonterechtsregels bieden – wat gelet op de eerder aangehaalde passage van het *Nucleaire Weapons* advies niet vanzelfsprekend is – kan alleszins worden betwijfeld of deze gelden voor de betrokken industrielanden.¹⁶⁴

Geheel anders weer ligt de vraag naar de mogelijke gewoonterechtelijke status van de Universele verklaring van de rechten van de mens (UVRM), aangenomen door de Algemene Vergadering op 10 december 1948. De Universele verklaring is aangenomen zonder enige tegenstem (wel met zeven onthoudingen, van socialistische landen, Zuid-Afrika en Saudi-Arabië). Hoewel zij niet bedoeld is als juridisch bindend document maar veeleer, zoals haar preambule aangeeft, als gemeenschappelijk ideaal ('common standard of achievement') te bereiken door alle volken en naties, wordt

160. Ibid., par. 71.

161. AV Res. 1514 (XV) van 1960.

162. *Western Sahara*, Advisory Opinion, *ICJ Rep.* 1975, p. 12, par. 54-56.

163. AV Res. 3281 (XXIX) van 1974.

164. Zo ook Malanczuk, *supra* n. 14, p. 236.

vaak betoogd dat een groot aantal van haar bepalingen inmiddels de status van internationaal gewoonterecht hebben verworven. Van de UVRM is ongetwijfeld een zeer grote invloed uitgegaan op vele nationale grondwetten en latere mondiale en regionale mensenrechtenverdragen. De vraag is evenwel of met betrekking tot alle in de UVRM vervatte mensenrechten is voldaan aan het element van een eenvormige en standvastige statenpraktijk.¹⁶⁵ In elk geval kan de UVRM minstens worden beschouwd als een bijzonder gezaghebbende interpretatie van de verdragsverplichting inzake eerbied voor de mensenrechten en de fundamentele vrijheden die de VN-leden zijn aangegaan door partij te worden bij het VN-Handvest.

8. 'SOFT LAW'

In de internationale betrekkingen stellen staten en/of internationale organisaties vaak instrumenten of documenten op die geen verdragen of eenzijdige rechtshandelingen zijn maar die niettemin hun onderlinge verhoudingen regelen of minstens bestemd zijn hun gedragslijn mede te bepalen. Het gaat in wezen om niet-juridische, politieke handelingen. Bij gebrek aan een betere benaming¹⁶⁶ wordt vaak gesproken over 'soft law', om aan te geven dat de betrokken instrumenten of documenten geen rechtshandelingen zijn. Niettemin spelen deze akten, afgezien van hun belangrijke politieke betekenis, een niet onbelangrijke rol in de totstandkoming en ontwikkeling van het internationaalrecht.

Een typevoorbeeld van een dergelijk document is de Slotakte van Helsinki van 1975.¹⁶⁷ Dit document is geen juridisch bindend verdrag, maar zijn politieke betekenis in de Oost-West betrekkingen valt nauwelijks te overschatten.¹⁶⁸

Op bepaalde relatief nieuwe terreinen van het internationaal recht, zoals het internationaal economisch recht en het internationaal milieurecht, vormt 'soft law' in de vorm van gedragscodes, verklaringen, richtsnoeren, etc., een belangrijk instrument om op een vooralsnog juridisch niet-bindende wijze een consensus over bepaalde beginselen tussen staten op te bouwen.

Op milieugebied kunnen bijvoorbeeld de Verklaring van Stockholm¹⁶⁹ en de Verklaring van Rio¹⁷⁰ worden vermeld, alsmede de op de VN-Conferentie van Rio de

165. Zie, in ontkennende zin, K. Drezewicki, 'The United Nations Charter and the Universal Declaration of Human Rights', in R. Hanski & M. Suksi (red.), *An Introduction to the International Protection of Human Rights: A Textbook*, 1999, p. 74.

166. Daillier, Nguyen Quoc Dinh & Pellet, *supra* n. 102, p. 384-392, par. 250-254 (gewagen van 'actes concertés non conventionnels').

167. Slotakte van Helsinki (Helsinki Declaration) 1975, *Stcrt.* 1975, 149 Supp.; *ILM* (14) 1975, p. 1292.

168. Het ICJ verwijst er ook naar in *Nicaragua*, *supra* n. 4, par. 189.

169. Verklaring inzake het menselijk leefmilieu (Declaration of the UN Conference on the Human Environment) 1972, *ILM* (11) 1972, p. 1416 (hierna: Verklaring van Stockholm).

170. *Supra* n. 114.

Janeiro over milieu en ontwikkeling in 1992 aangenomen zogenoemde Forest Principles.¹⁷¹

Het grote voordeel van 'soft law' instrumenten is ongetwijfeld hun flexibiliteit en informaliteit. Bovendien spelen 'soft law' instrumenten tussen staten een rol wanneer het voor een staat, bijvoorbeeld om intern-staatkundige redenen (bijv. geen instemming van het nationaal parlement) onmogelijk of onhaalbaar blijkt om een bindend verdrag te sluiten. Niet-bindende resoluties kunnen beschouwd worden als een weergave van *opinio iuris* en mogelijks tevens van statenpraktijk, en zo bijdragen tot het totstandkomen van een internationale gewoonterechtsregel. 'Soft law' instrumenten kunnen tevens dienen als interpretatieve richtsnoeren om lacunes in het recht op te vullen¹⁷² en zelfs om open normen zoals zorgvuldigheid, redelijkheid en billijkheid in te vullen, hoewel daartegen kan worden ingebracht dat dergelijke instrumenten vaak zelf in onduidelijke bewoordingen zijn opgesteld.¹⁷³

9. HIËRARCHIE VAN BRONNEN

Het probleem van een hiërarchische verhouding tussen de bronnen van het volkenrecht rijst wanneer zich een conflict voordoet tussen normen, ongeacht zij al dan niet tot dezelfde bron behoren. Omwille van zijn horizontaal karakter kent het volkenrecht geen normenhiërarchie zoals dit het geval is met de nationale rechtsorden. Een uitzondering geldt weliswaar voor *ius cogens*-normen: doet zich een conflict voor tussen een verdrags- of gewoonterechtsregel en een dergelijke norm, dan heeft de *ius cogens*-norm voorrang en zal de verdrags- of gewoonterechtsregel nietig zijn.

De opstellers van het ICJ-Statuut (destijds het PCIJ-Statuut) hebben zich onthouden van het aangeven van een hiërarchie in de rechtsbronnen opgesomd in artikel 38 ICJ-Statuut. Tijdens de voorbereidende werkzaamheden door het Adviescomité van Juristen werd het voorstel om in voornoemd artikel op te nemen dat het Internationaal Gerechtshof de bronnen 'in the undermentioned order' ('en ordre successif') moest toepassen, geschrapt. Een lid van het comité meende dat het Internationaal Gerechtshof bijvoorbeeld beroep mag doen op algemene rechtsbeginselen vooraleer verdragen en gewoonterecht toe te passen. De voorzitter van het comité – de Belgische baron en Leuvense hoogleraar Descamps – daarentegen merkte op dat er een natuurlijke ordening ('*précellence naturelle*') van bronnen bestaat: wanneer twee staten een verdrag sluiten waarin de oplossing van een geschil kan worden gevonden, mag het Hof niet een gewoonterechtsregel toepassen en het verdrag links laten liggen; en wanneer een welbekende gewoonterechtsregel bestaat, is er geen reden om beroep te doen op algemene rechtsbeginselen. Maar deze mening werd verworpen door de andere leden, met

171. Non-Legally Binding Authoritative Statement of Principles for a Global Consensus on the Management, Conservation and Sustainable Development of All Types of Forests 1992, *ILM* (31) 1992, p. 881.

172. U. Fastenrath, 'Relative normativity in international law', *EJIL* (4) 1993, p. 305-340.

173. J. Klabbers, 'The redundancy of soft law', *Nordic JIL* (65) 1996, p. 178.

name omdat – zoals ook het Hof heeft geoordeeld in de *Nicaragua* zaak¹⁷⁴ – verschillende bronnen terzelfdertijd kunnen worden toegepast, en omdat de aard van elke bron verschillend is.¹⁷⁵

9.1 Conflicten tussen normen die voortvloeien uit verschillende bronnen

Conflicten kunnen zich in praktijk voordoen tussen normen van verdrags- en gewoonterecht onderling. Ook moet de positie van regels afkomstig uit deze bronnen ten opzichte van de algemene rechtsbeginselen worden nagegaan. Indien een norm die uit één van deze drie bronnen voortvloeit, in conflict zou komen met rechtspraak of rechtsleer, is het evident dat zij op deze laatste, die slechts hulpmiddelen zijn (art. 38 lid 1(d) ICJ-Statuut), voorrang hebben.

9.1.1 *Conflict tussen verdrags- en gewoonterecht*

Het gebeurt wel vaker dat een verdragsbepaling afwijkt van een eerder gevormde gewoonterechtsregel, maar het kan ook voorkomen dat een verdrag in onbruik (*desuetudo*) raakt en er inmiddels een nieuwe gewoonterechtsregel tot stand is gekomen.

Er bestaat geen principiële rangorde tussen beide bronnen. Zij staan niet in een hiërarchische verhouding tot elkaar en hebben gelijke status. Aangezien het internationaal gewoonterecht – met uitzondering van het *ius cogens* – dispositief van aard is, staat het de volkenrechtssubjecten vrij om deze regels door middel van onderlinge verdragen te wijzigen, te vervangen of uit te sluiten.¹⁷⁶

Zulks dient evenwel duidelijk in het betrokken verdrag te geschieden. In de *ELSI* zaak oordeelde het Internationaal Gerechtshof dat zij niet kon aanvaarden dat: ‘an important principle of customary international law [het vereiste van uitputting van nationale rechtsmiddelen] should be held to have been tacitly dispensed with, in the absence of any words making clear an intention to do so.’¹⁷⁷ Ingeval van een conflict tussen een verdragsrechtelijke norm en een vroegere gewoonterechtsregel geldt daarom tussen de partijen principieel de verdragsrechtelijke norm. Het Hof heeft overigens geoordeeld dat een verdragsbepaling niet mag worden uitgelegd en toegepast zonder acht te slaan op het terzake geldende internationaal gewoonterecht.¹⁷⁸ Wanneer evenwel na de sluiting van het verdrag een nieuwe gewoonterechtsregel ontstaat, zal de gewoonterechtelijke norm prevaleren.

De genoemde conflicten moeten derhalve worden opgelost aan de hand van het beginsel *lex posterior derogat legi priori*. Daarbij moet evenwel worden aangegeven

174. *Nicaragua*, *supra* n. 4, par. 177-179.

175. Zie D.J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 1998, p. 23.

176. Heintschel von Heinegg, *supra* n. 102, p. 252.

177. *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (United States v. Italy), *ICJ Rep.* 1989, p. 15, par. 50.

178. Zie *Maritime Delimitation in the Area Between Greenland and Jan Mayen* (Denmark v. Norway), *ICJ Rep.* 1993, p. 38, par. 46; zie ook de afwijkende mening van rechter Shahabuddeen, *ibid.*, p. 134-135. Vgl zaak C-286/90, *Poulsen*, *Jur.* 1992, p. I-6019, r.o. 9.

dat een latere algemene regel niet prevaleert boven een vroegere specifieke regel: *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*. Zo zal bijvoorbeeld een bilateraal verdrag niet worden gewijzigd door een latere (multilaterale) gewoonte.

Samen met, dan wel los van, de hier bedoelde hypothese van de opkomst van een latere gewoonterechtsregel¹⁷⁹ kan een vroeger verdrag ook ontbonden worden geacht doordat het in onbruik is geraakt (*desuetudo*). Aangenomen wordt dat het hier gaat om een beëindiging van het verdrag met stilzwijgende instemming van de partijen.¹⁸⁰

Benadrukt moet worden dat een verdragsregel en een gewoonterechtsregel met dezelfde inhoud elkaar niet opheffen: ze leiden een afzonderlijk bestaan naast elkaar en kunnen als zodanig gelijktijdig toepasselijk zijn. In de *Nicaragua* zaak oordeelde het Internationaal Gerechtshof in dit verband dat:

'[E]ven if the customary norm and the treaty norm were to have exactly the same content, this would not be a reason for the Court to hold that the incorporation of the customary norm into treaty-law must deprive the customary norm of its applicability as distinct from that of the treaty norm. ... More generally, there are no grounds for holding that when customary international law is comprised of rules identical to those of treaty law, the latter "supervenes" the former, so that the customary international law has no further existence of its own.'¹⁸¹

Beide normen blijven een afzonderlijk bestaan leiden om een aantal redenen,¹⁸²

- a. Vanuit het oogpunt van hun toepasselijkheid:
 - (i) als een verdragspartij zijn recht uitoefent om een verdrag te beëindigen of op te schorten (bijv. wegens een materiële schending door de andere partij), is het niet meer gehouden aan de verdragsnorm, maar nog wel aan de (identieke) gewoonterechtsregel;
 - (ii) ook is het mogelijk dat een partij een voorbehoud heeft gemaakt bij de betrokken verdragsregel, terwijl dit aan de toepasselijkheid van de gelijkkluidende gewoonterechtsregel ten aanzien van deze partij geen afbreuk doet;
 - (iii) staten die geen partij zijn bij het verdrag zullen – tenzij zij 'persistent objector' zijn (zie 2.2.1) – toch gebonden zijn door de gewoonterechtsregel.
- b. Omwille van de uitleggings- en toepassingsmethoden: een staat kan een verdragsregel aanvaarden omdat het verdrag voorziet in wenselijk geachte tenuitvoerleggingsmechanismen of -instellingen.

179. Zie D.W. Bowet, 'Treaty revision in the light of the evolution of customary international law', *AJICL* (5) 1993, p. 84-96; N. Kontou, *The Termination and Revision of Treaties in the Light of new Customary International Law*, 1994.

180. Zie hfdst. 5.

181. *Nicaragua*, *supra* n. 4, par. 177.

182. *Ibid.*, par. 178.

9.1.2 *Conflict met algemene rechtsbeginselen*

Aangezien, zoals eerder uiteengezet, algemene rechtsbeginselen een subsidiaire rechtsbron zijn ten opzichte van het verdrags- en gewoonterecht, en ertoe strekken om lacunes op te vullen, zijn zij in beginsel slechts toepasselijk wanneer een geschil tussen partijen niet kan worden opgelost aan de hand van verdrags- en/of gewoonterechtsregels.

9.2 **Conflicten tussen normen die uit dezelfde bron voortvloeien**

In tegenstelling tot conflicten tussen verdragen, zijn conflicten tussen gewoonterechtsregels, door de eigen aard zelf van dit rechtvormingsproces, uitgesloten.

9.2.1 *Verhouding tussen verdragen*

Bij een conflict tussen verdragsregels kunnen de partijen in het verdrag zelf voorzien in conflicts- en voorrangsregels. Is hierin niet voorzien, dan gelden de voorrangsregels van het algemene volkenrecht, zoals deze met name in artikel 30 WVV zijn neergelegd.¹⁸³

Voor wat de hiërarchie tussen verdragen betreft, moet de aandacht worden gevestigd op artikel 103 VN-Handvest. Dit artikel bepaalt dat, ingeval van strijdigheid tussen de verplichtingen van de leden krachtens het Handvest en hun verplichtingen krachtens andere internationale overeenkomsten, hun verplichtingen krachtens het Handvest voorrang hebben. Dit is een bijzondere conventionele voorrangsregel, waaraan ook in artikel 30 lid 1 WVV wordt gerefereerd.

In combinatie met artikel 25 VN-Handvest, dat de leden ertoe verplicht de besluiten van de Veiligheidsraad overeenkomstig het Handvest te aanvaarden en uit te voeren, geeft artikel 103 VN-Handvest een zeer grote macht aan de Veiligheidsraad. Zo zal het duidelijk zijn dat, wanneer de Veiligheidsraad op grond van artikel 41 VN-Handvest economische sancties jegens een lid oplegt, zijn besluit primeert op verplichtingen die leden hebben op grond van bilaterale of multilaterale handelsverdragen met het betrokken lid. Een illustratie van deze problematiek biedt de *Lockerbie* zaak voor het Internationaal Gerechtshof.¹⁸⁴

183. Zie ook hfdst. 5.

184. Zie VR Res. 731 (1992); VR Res. 748 (1992); en *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie* (Libyan Arab Jamahiriya v. United States), Provisional Measures, *ICJ Rep.* 1992, p. 114. Zie E. De Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, 2004, p. 2-6; V. Gowlland-Debbas, 'The relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the light of the Lockerbie case', *AJIL* (88) 1994, p. 643-677; P.H. Kooijmans, 'Zwijgt het recht als de Veiligheidsraad spreekt? Uitspraak van het Internationaal Gerechtshof in de Lockerbie-zaak van 14 april 1992', *NJB* 1992, p. 847-851.

9.2.2 *Verhouding tussen gewoonterechtsregels*

Een conflictsituatie tussen normen van algemeen gewoonterecht is in wezen door de eigen aard van dit rechtsvormingsproces uitgesloten: wanneer een nieuwe gewoonterechtsregel ontstaat, verdwijnt de oudere en geldt alleen de nieuwe norm. Wel is het denkbaar dat een conflict zou kunnen rijzen tussen een norm van algemeen gewoonterecht en een norm van regionaal of lokaal gewoonterecht. In dat geval geldt de norm van regionaal of lokaal gewoonterecht tussen de volkenrechtssubjecten waarvoor die norm toepasselijk is; in hun verhouding met volkenrechtssubjecten voor wie enkel de norm van algemeen volkenrecht toepasselijk is, geldt deze laatste.¹⁸⁵

185. Heintschel von Heinegg, *supra* n. 102, p. 254.