

Werkcollege Volkenrecht (groep 5)
"Opinio juris in het gewoonterecht"
13 maart 2007

Willem Coppenolle
3de licentie Rechten KU Leuven

Opdat ongeschreven regels in het volkenrecht zouden evolueren naar (bindend) gewoonterecht, moet aan twee voorwaarden zijn voldaan. In eerste instantie moet er sprake zijn van "statenpraktijk": de regels in kwestie moeten door de Staten worden toegepast en nageleefd. Ten tweede geldt een psychologisch element: de Staten die de regels toepassen, moeten ook overtuigd zijn dat men aldus, conform de betreffende regels, hoort te handelen, of dat deze regels m.a.w. een verplichtend karakter in zich dragen. Deze overtuiging wordt in juridisch jargon aangeduid met "rechtsovertuiging" of met de Latijnse term "opinio juris (sive necessitatis)". Het volstaat dat dus niet dat slechts één Staat deze opinio juris heeft: opdat deze regels bindend zijn, moeten alle Staten niet alleen de regels toepassen maar ook de opinio juris delen. De statuten van het ICJ formuleren deze dubbele voorwaarde als volgt: "a general practice accepted as law" (art. 38, 1, b Statute ICJ).

Deze regels van gewoonterecht mogen niet worden verward met de "comitas gentium", de interstatelijke hoffelijkheid, die geen bindend karakter heeft, en eerder terug te brengen is tot een gewoonte (geen gewoonterecht) of een gebruik. Zo is het halfstok hangen van de nationale vlaggen bij het bezoek van een gezant van een vreemde Staat, na het overlijden van het staatshoofd van die vreemde Staat, slechts een (niet-bindend) gebruik. Evenzo geldt het voorgaande voor de afbakening van de territoriale wateren: omdat sommige landen zich baseren op het principe van de equidistantielijn, en anderen op het principe van billijkheid, is ook in dit geval geen sprake van opinio juris (en bij gebreke aan algemene toepassing is ook niet voldaan aan de voorwaarde van (gedeelde) statenpraktijk).

Het is niet steeds een eenvoudige opdracht om te bepalen wanneer al dan niet sprake is van gewoonterecht. Soms kan men dit afleiden op basis van verklaringen van de vertegenwoordigers van de betrokken overheden omtrent bepaalde regels, of aan de hand van internationaal protest dat rijst wanneer een van de Staten deze regels niet naleeft. Anderzijds blijkt de bindende waarde (en dus de aanwezigheid van statenpraktijk en opinio juris) van gewoonterecht duidelijk wanneer Staten deze ongeschreven regels in hun nationale recht hebben opgenomen.

De opinio juris is zeker van belang voor de groei van het aantal gewoonterrechtelijke regels. Veel van de verdragen die tussen Staten worden afgesloten, bevatten bepalingen die "slechts" soft-law zijn: het zijn niet-bindende aanbevelingen, vaak in de vorm van resoluties of verklaringen, die gezien hun niet-bindende karakter geen deel uitmaken van het internationaal gewoonterecht. Staten zijn weliswaar niet verplicht deze soft-law na te leven, maar als ze dit wel doen, en er bovendien (al dan niet geleidelijk) een opinio juris ontstaat, zal deze soft-law alsnog evolueren naar bindend gewoonterecht.

In bepaalde gevallen kan dergelijke, formeel als soft-law gecreëerde wetgeving meteen bindende werking krijgen, zelfs al is er (nog) niet aan de voorwaarde van statenpraktijk voldaan. Hiervoor gelden twee voorwaarden: vooreerst moet tussen de landen die de soft-law afsluiten een sterke consensus over de betrokken bepalingen bestaan. Daarnaast moeten de bepalingen met duidelijke en gepaste bewoordingen geformuleerd zijn. Het normatief karakter van de betrokken bepalingen moet dus duidelijk blijken uit deze formulering.

Het gebruik van soft-law, gekoppeld aan de voorwaarden van statenpraktijk en opinio juris komt de rechtszekerheid niet altijd ten goede. Zoals reeds gezegd is het immers niet altijd eenvoudig om uit te maken of aan deze twee voorwaarden is voldaan, en of er dus al dan niet sprake is van soft-law die is geëvolueerd naar gewoonterecht met bindende werking. Het kan dan ook contradictorisch lijken wanneer we stellen dat deze geleidelijke evolutie vaak beter zijn doel kan treffen, dan het sluiten van rechtstreeks werkende verdragen. Staten zullen immers vaker terughoudend zijn om zich aan bepalingen te onderwerpen die meteen bindend zijn. Daarvoor zijn verschillende redenen te bedenken.

Vooreerst zullen de Staten niet altijd te vinden zijn voor een dergelijk verdrag, omdat ze daarbij meteen hun soevereiniteit, en bijgevolg hun vrijheid om zelf de nodige beslissingen te maken omtrent de materie waarover het verdrag wordt gesloten, afstaan ten voordele van het hoger doel dat met het verdrag wordt beoogd. Vooral grote of machtige Staten (zoals de Verenigde Staten of het Verenigd Koninkrijk), Staten die traditioneel zeer sterk op hun soevereiniteit zijn gesteld (o.m. Rusland of China) of vrezen dat bepaalde bindende verdragen hun economische vrijheid in de weg kunnen staan (denken we in het bijzonder aan de ontwikkelingslanden, maar in se ook aan ontwikkelde landen met vrije economische markten) zullen zeer weigerachtig staan tegenover het afsluiten van verdragen met rechtstreekse werking.

Uit deze vaststellingen vloeit een tweede nadeel van deze wijze van verdragssluiting. Onderhandelingen zullen een stuk moeizamer verlopen, en bijgevolg vaak langer duren. De verdragssluitende Staten moeten immers de nefaste gevolgen van het verdrag voor de nationale soevereiniteit of voor de regels van hun vrije markt-systeem zo veel als mogelijk kunnen beperken.

Daar komt nog bij dat in (semi-)dualistische rechtssystemen, waarin het verdrag slechts kracht van wet heeft nadat de Staten zelf op nationaal niveau het verdrag in hun rechtsorde hebben ingepast, de Staten ook na de onderhandelingen op internationaal niveau de werking van het verdrag nog een tijd kunnen uitstellen (in sommige Staten volstaat hiertoe weliswaar de ratificatie, maar ook deze vereiste sluit uitstel vanwege de betrokken Staat niet uit). Mogelijks voorziet het verdrag zelf een termijn binnen dewelke deze inpassing in het nationale recht moet worden uitgevoerd, maar ook dergelijke tijdsbepaling kan tot extra vertraging leiden bij de hiervoor genoemde internationale onderhandelingen.

Het gebruik van soft-law brengt niet deze nadelen met zich mee. Staten zijn niet rechtstreeks gebonden en zijn dan ook veel sneller bereid gevonden deze verdragen, adviezen of resoluties te ondertekenen. Indien na enkele jaren blijkt dat alle Lidstaten bij dit niet-bindende verdrag toch de bepalingen ervan in praktijk omzetten, en er een geleidelijke overtuiging is ontstaan, dat het verdrag een normatief karakter heeft, zal deze soft-law alsnog zijn geëvolueerd naar bindend gewoonrecht.

Bronnen:

M. BOSSUYT en J. WOUTERS, *Grondlijnen van internationaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005.

P. H. KOOLJIMANS, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, Deventer, Kluwer, 2000.

M. D. EVANS, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

ICJ, North Sea Continental Shelf, ICJ Reports 1969, p.3, para. 77.