

**HET HOF VAN CASSATIE EN DE INTERNATIONALE GEWOONTE – VAN TERRITORIALE
AGRESSIE TOT STAATSIMMUNITEIT – ACTUELE BESCHOUWINGEN**

Inhoudstafel

INLEIDING.....	2
HOOFDSTUK I. – De gewoonte, een bron van internationaal recht – Opfrissing	4
Afdeling 1. – Begrip, ontstaan, draagwijdte en kenmerken	4
Afdeling 2. – De identificatiemiddelen van de gewoonte - Consuetudo en Opinio juris	16
Paragraaf 1. – Begrip	16
Paragraaf 2. – Onderzoek van hun inhoud	18
A.- De consuetudo – het materieel bestanddeel	18
1) Gedrag van de Staat.....	19
2) Praktijk	20
3) Algemeen karakter.....	23
4) Vaststaand karakter	25
B.- De opinio iuris - het subjectief bestanddeel	26
HOOFDSTUK II.– De internationale gewoonte in de Belgische rechtsorde	28
Afdeling 1 – Kenmerken en toepassingsgebieden.....	28
Paragraaf 1. - Principiële toepassing	28
Paragraaf 2.- Toepassing van rechtswege - Begrip	31
Paragraaf 3.- Toepassingsgebieden	35
Afdeling 2. – De voorrang op de interne norm.....	38
Paragraaf 1.- Traditioneel standpunt	38
Paragraaf 2.- Recente ontwikkelingen	40
HOOFDSTUK III. - De internationale gewoonte in de cassatieprocedure	45
Afdeling 1 - Het middel dat de miskenning van de gewoonte aanvoert	45
Paragraaf 1.- Traditioneel standpunt	45
Paragraaf 2.- Recente ontwikkelingen – De internationale gewoonte in het juridisch arsenaal van het Hof	46
Afdeling 2.- De identificatie van de gewoonte	53
BESLUIT	56

INLEIDING

1. Aan de basis van deze mercuriale liggen twee zeer verschillende handelingen die ook qua belang van een geheel andere orde zijn. Het gaat, in chronologische volgorde, om enerzijds een nieuwe daad van territoriale agressie waaraan Oekraïne sinds 24 februari van dit jaar ten prooi is gevallen¹ en, anderzijds, een arrest dat ons Hof op 27 juni 2022 over staatsimmunititeit heeft gewezen². Beide doen een beroep op het gecodificeerd internationaal recht of het internationaal gewoonterecht.

De eerste gebeurtenis heeft mij ertoe aangezet die agressie te onderzoeken in het licht van het internationaal strafrecht en mezelf de vraag te stellen of, naast het Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof, de internationale strafrechtelijke gewoonte, in voorkomend geval aangevuld met het *jus cogens*, nog relevant kan zijn.

Hoewel vaststaat dat deze problematiek van bijzonder belang is, zal ze enkel terloops worden onderzocht, aangezien het Hof van Cassatie op dit ogenblik hiervan geen kennis heeft genomen, met name via een toezicht op de regelmatigheid van een daaraan verbonden nationale strafprocedure.

In het voormelde arrest van 27 juni 2022 beslist het Hof inzonderheid dat artikel 19 van het *Verdrag van de Verenigde Naties van 2 december 2004 inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen*³, in zoverre het de neerslag vormt van een internationale

¹ In 2014 heeft de Russische Federatie de Krim geannexeerd, een schiereiland dat met het Oekraïense grondgebied is verbonden door de Isthmus van Perekop. Ter herinnering, de Krim maakte sinds 1922 deel uit van de Unie der Socialistische Sovjetrepublieken, waarin ze eerst het statuut had van een autonome socialistische Sovjetrepubliek en vervolgens van een oblast die deel uitmaakte van de Russische Socialistische Federatieve Sovjetrepubliek. In 1954 werd de Krim toegevoegd aan de Socialistische Sovjetrepubliek van Oekraïne, dat toen lid was van de USSR. In 1991 verkrijgt de Krim binnen Oekraïne, dat na het uiteenvallen van de USSR zelf onafhankelijk is geworden, het statuut van autonome republiek van de Krim. (raadpl. [https://nl.wikipedia.org/wiki/Annexatie_van_de_Krim_\(2014\)](https://nl.wikipedia.org/wiki/Annexatie_van_de_Krim_(2014)) – 13.07.2022). De Akkoorden van Minsk I (2014 – ondertekend door de Zwitserse speciale gezant van de OVSE Heidi Tagliavini, namens de OVSE; door voormalig president van Oekraïne Leonid Koetsjma, namens Oekraïne; door de Russische ambassadeur in Oekraïne Michail Zurabov, namens de Russische Federatie; en door de leiders van de Volksrepublieken Donetsk en Loehansk Alexander Zakhartchenko en Igor Plotnitsky) en Minsk II (2015 – ondertekend door dezelfde partijen), dat in algemene bewoordingen, eerst (Minsk I), in de actiepunten 3 en 9 (van de 12 actiepunten), voorziet in “de decentralisatie van de macht door toepassing van een Oekraïense wet (wet op het bijzonder statuut), dat een tijdelijke lokale autonomie toekent aan de oblasten van Loehansk en Donetsk” en “de organisatie van vervroegde verkiezingen in de oblasten van Donetsk en Loehansk”, en vervolgens (Minsk II), in de punten 11 en 12 van de 13 daarin vervatte punten, in een “grondwetsherziening” en een “voorlopige regering in het Oosten”, die door de voornaamste betrokkenen zelf werden betwist, zijn heen en weer hoofdzakelijk dode letter gebleven. (raadpl. [Minsk-akkoorden - Wikipedia](#) - 13.07.22). Voor een grondige analyse van de kwestie van het statuut van de Krim, zie de bijdrage van procureur-generaal J.-F. LECLERCQ, “Quel régime constitutionnel pour la Crimée?”, in *Mélanges J. SPREUTELS, Bruylant*, 2019, p. 1267 e.v.; van dezelfde auteur: “Les conflits d’influence frontalière est-ouest ou pourquoi la Russie ne cède pas dans l’est de l’Ukraine? Court-on le risque d’une troisième guerre mondiale sur terre, dans les airs et sur mer?”, *RDIC*, 2017, nr. 1, p. 95 e.v.

² Cass. 27 juni 2022, AR S.21.0003.F, met eensluitende conclusie van procureur-generaal HENKES (verschijnt binnenkort).

³ *Artikel 19*, dat betrekking heeft op de “*Immunité van staten van executiemaatregelen*”, bepaalt dat “tegen eigendommen van een staat geen executiemaatregelen mogen worden getroffen zoals beslag,

gewoonte, het arbeidshof verbiedt een dwangsom op te leggen aan een vreemde Staat (zie *infra*).

Het onderzoek van deze zaak vereiste een herziening van de kwesties van de (*absolute*) *immunité van strafrechtelijke rechtsmacht van de Staten*, de (*beperkte*) *immunité van burgerrechtelijke rechtsmacht van de vreemde Staten*, de (*absolute*) *immunité van Staten ten aanzien van de dwangmaatregelen die na het vonnis worden genomen* en van de rol die het *internationale gewoonterecht* hierin speelt.⁴

2. De positie van het internationaal recht in het algemeen en van de internationale gewoonte in het bijzonder is geen nieuw probleem voor het Hof. In de loop van zijn nu bijna tweehonderdjarig bestaan dook het geregeld op. Verschillende arresten van het Hof hebben trouwens geschiedenis geschreven, sommige wegens de bekendheid van de partijen⁵, andere wegens de originaliteit van de oplossing die hierin werd vastgelegd.⁶

Naarmate de Verenigde Naties beter georganiseerd geraakte en zijn intern recht coherenter werd, heeft de rechtsgemeenschap zich stilaan ook weten te onttrekken aan de onduidelijkheid van de concepten.

Een van de meest opmerkelijke aspecten van die ontwikkeling bestond in een groter onderscheid tussen de kwesties die betrekking hadden op, enerzijds, het internationaal publiekrecht en, anderzijds, het internationaal privaatrecht, waarvan de juristen in de negentiende eeuw vaak een amalgaam maakten.⁷ Parallel met, of eerder dankzij, die ontwikkeling kwam er ook een nieuwe kijk op de functie van het Hof. Sinds de jaren 1960 werd de relevantie van de oude oplossingen in vraag gesteld. Vanaf de jaren 1970 volgden meerdere vernieuwende beslissingen elkaar op: het arrest-*Le Ski*, over de primauteit van de verdragen of nog, inzake het internationaal privaatrecht, het belangrijkste arrest van 9 oktober 1980⁸.

zekerheidsstelling of executie in verband met een geding voor een rechter van een andere staat, tenzij en voor zover:

- a) de staat uitdrukkelijk heeft ingestemd met het nemen van maatregelen als vermeld: i) in een internationale overeenkomst; ii) in een arbitrageovereenkomst of in een schriftelijke overeenkomst; of iii) in een verklaring voor de rechter of een schriftelijke mededeling na het ontstaan van een geschil tussen partijen; of
- b) de staat eigendommen heeft aangewezen of gereserveerd ter voldoening van de vordering die onderwerp is van dat geding; of
- c) vastgesteld is dat de eigendommen in het bijzonder worden gebruikt of beoogd zijn voor gebruik door de staat voor andere dan niet-commerciële overheidsdoeleinden en zich bevinden op het grondgebied van de staat van het forum, met dien verstande dat executiemaatregelen uitsluitend mogen worden getroffen tegen eigendommen die verband houden met de entiteit waartegen het geding zich richtte.”

⁴ Ik wens hierbij mijnheer de referendaris DENIS PATART openlijk en oprecht te bedanken voor zijn substantiële bijdrage aan het denkproces en aan de redactie.

⁵ Cass. 25 januari 1906, *Pas.*, 1906, I, 95, met conclusie van procureur-generaal JANSSENS, het zogenaamde arrest “Succession de S.M. Marie-Henriette, Reine des Belges”.

⁶ Cass. 11 juni 1903, *Pas.*, 1903, I, 204, met conclusie van eerste advocaat-generaal TERLINDEN.

⁷ Een voorbeeld hiervan is “le traité de *Droit civil international*”, een werk in acht volumes dat F. LAURENT in 1880 is begonnen te schrijven en dat werd gepubliceerd door Bruylant-Christophe te Brussel en Marescq te Parijs.

⁸ Cass. 9 oktober 1980, AC 1980-1981, nr. 90. Het Hof beslist dat de rechter bij wie een vordering aanhangig is die op een bepaling van vreemd recht is gegrond, de betekenis en de draagwijdte van die bepaling dient vast te

Wat betreft de internationale gewoonte heeft het Hof tot het begin van de eenentwintigste eeuw moeten wachten voordat het dat onderwerp opnieuw heeft kunnen behandelen in geschillen die hem deze kwestie voorlegden. Vanaf 2001 heeft het Hof verschillende arresten gewezen die niet enkel de grenzen van het toezicht van het Hof op die aangelegenheden bepalen maar bovendien interessante verduidelijkingen bieden over de inhoud van het internationaal gewoonterecht en de wijze waarop het zich tot het interne recht verhoudt.

Het leek mij interessant om aan de hand van die beslissingen een stand van zaken op te maken waarvan de opzet zowel algemeen is, waarbij ik in de regel enkel de recente rechtspraak vermeld, als specifiek, waarbij ik hoofdzakelijk de meest recente arresten becommentarieer.

Het gaat dus om beknopte beschouwingen over uiteenlopende kwesties van het internationaal burgerlijk en strafrechtelijk gewoonterecht, waarbij ik niet zozeer stilsta bij de reglementering die hierop van toepassing is, aangezien de desbetreffende theorieën zich nauwelijks verder hebben ontwikkeld, maar ik me eerder heb laten inspireren door de meest recente rechtspraak van het Hof⁹.

HOOFDSTUK I. – De gewoonte, een bron van internationaal recht – Opfrissing

Afdeling 1. – Begrip, ontstaan, draagwijdte en kenmerken

3. De gewoonte als bron van recht is geen concept dat voorbehouden is aan de internationale rechtsorde. In de interne rechtsordes komt ze ook voor, zelfs al speelt ze hierin, als gevolg van de alomtegenwoordige geschreven norm, een bijzonder beperkte rol¹⁰. In de internationale rechtsorde is het net omgekeerd: de gewoonte vormt daar een fundamentele bron van recht, zowel door de voorrang die ze geniet als door haar algemene aard. Het lijdt geen twijfel dat ze lange tijd heeft gediend als pijler voor de “*jus inter gentes*” (het tussen de volkeren, tussen de naties geldende recht), d.w.z. het internationaal publiekrecht, in tegenstelling tot het interne recht, dat een geheel andere rechtsorde is. Zoals professor Jean Salmon beklemtoont, “de très nombreux domaines du droit international ont une origine essentiellement coutumière. Ainsi la procédure arbitrale, la responsabilité internationale, le droit maritime international, les relations diplomatique et consulaires, les immunités des Etats, (...)”¹¹. Niettemin erkent deze eminente auteur ook dat “son importance actuelle est difficile à établir. La prolifération de règles issues de traités et d’actes accomplis par les organisations internationales ont pour effet de rétrécir son champ d’action”¹².

stellen, in voorkomend geval na daarover de nodige inlichtingen te hebben ingewonnen, met eerbiediging van het recht van verdediging; hij moet rekening houden met de uitlegging van deze bepaling in het land van oorsprong.

⁹ Een werk dat nog steeds het lezen waard is, is de studie van professor *J. Salmon*, die in 1972 uitgebreid “Le rôle de la Cour de cassation belge à l’égard de la coutume internationale” onderzocht in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, Brussel, Bruylant, 1972, p. 220.

¹⁰ DE PAGE, *Traité*, dl. I, 3de uitg., Brussel, Bruylant, 1962, p. 17 e.v., nrs. 9 e.v.

¹¹ J. SALMON, *Droit des gens, T. I, Introduction et sources*, PUB, 1999, nr. 3.1., p. 39.

¹² *Ibid.*

Toch blijft de gewoonte dermate belangrijk dat de Commissie voor Internationaal Recht (“International Law Commission”, hierna ILC) van de Verenigde Naties, op haar zeventigste zitting, aan de Algemene Vergadering haar ontwerpconclusies over de *vaststelling van het internationaal gewoonterecht* heeft voorgesteld, waaraan de Commissie in 2011 is beginnen te werken. Op 6 augustus 2018 bracht de ILC, overeenkomstig artikel 23 van haar Statuut, de volgende aanbevelingen uit aan de Algemene Vergadering:

- “a) De prendre note du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier dans une résolution, de l’annexer à celle-ci et d’en assurer la plus large diffusion possible;
- b) De recommander le projet de conclusions et les commentaires y relatifs à l’attention des États et de quiconque peut être appelé à déterminer l’existence de règles du droit international coutumier;
- c) De prendre note de la bibliographie établie par le Rapporteur spécial (A/CN.4/717/Add.1);
- d) De prendre note de l’étude du secrétariat sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier (A/CN.4/710), qui vise à faire le point sur l’état actuel de la documentation relative au droit international coutumier et à proposer des moyens de l’améliorer”¹³.

Op 13 november 2018, op haar drieënzeventigste zitting, heeft de Zesde Commissie van de Algemene Vergadering het ontwerp goedgekeurd¹⁴.

Laatstgenoemde merkt op dat “la question de la détermination du droit international coutumier est de toute première importance pour les relations internationales”, “prend note des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, dont le texte est annexé à la résolution, et des commentaires y relatifs, les porte à l’attention des États et de quiconque peut être amené à déterminer l’existence de règles du droit international coutumier, et recommande qu’elles soient diffusées le plus largement possible”.

Bovendien erkent ze “l’intérêt des recueils et des études publiés concernant la pratique en matière de droit international, y compris ceux qui garantissent une large diffusion de la pratique législative, exécutive et judiciaire, et encourage les États à prendre toutes les mesures possibles pour soutenir les publications et les bibliothèques spécialisées en droit international”¹⁵. Die resolutie bevat niet enkel de belangrijkste regels voor de vaststelling van het internationaal gewoonterecht, maar bevat ook een bijlage waarin bijzonder ILC-verslaggever Michael Wood een buitengewone bibliografie heeft samengesteld in zijn *Cinquième rapport sur la détermination du droit international coutumier*¹⁶.

¹³ Verslag van de Commissie voor Internationaal Recht (zeventigste zitting), A/73/10.

¹⁴ VN, Algemene Vergadering, drieënzeventigste zitting, Verslag van de International Law Commission over de werkzaamheden tijdens haar zeventigste zitting, Verslag van de Zesde Commissie, ontwerpresolutie getiteld “Détermination du droit international coutumier”, 13 november 2018, A/73/556, ontwerpresolutie A/C.6/73/L.24.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ “Cinquième rapport sur la détermination du droit international coutumier”, voorgesteld door Michael Wood, Bijzonder verslaggever, A/CN.4/717 (2018), Addendum, A/CN.4/717/Add.1.

Voor het overige moet de ontwerpconclusie worden gelezen en begrepen in het licht van de bijgevoegde omstandige commentaren. Zo vermeldt het Verslag van de ILC (zeventigste zitting – A/73/10), in de algemene commentaar, met betrekking tot het belang en de huidige toestand van dat onderdeel van het volkenrecht:

“Certains domaines importants du droit international sont encore régis essentiellement par le droit international coutumier, lorsqu’il n’existe que peu, ou pas, de traités applicables. Même lorsqu’un traité est en vigueur, les règles du droit international coutumier continuent de régir les questions non visées par celui-ci et les relations avec et entre les États non parties. De plus, les traités peuvent renvoyer aux règles du droit international coutumier, et ces règles peuvent être prises en considération pour l’interprétation des traités conformément à l’alinéa c) du paragraphe 3 de l’article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, no 18232, p. 331 (ci-après “Convention de Vienne de 1969”)). Il peut en outre être nécessaire, parfois, de déterminer le droit applicable à l’époque où certains faits se sont produits (“le droit intertemporel”), ce qui peut être le droit international coutumier même si un traité est désormais en vigueur. En tout état de cause, une règle du droit international coutumier peut subsister et rester applicable, séparément d’un traité, même si les deux ont le même contenu et même entre les parties au traité (voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d’Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, aux pages 93 à 96, par. 174 à 179; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, C.I.J. Recueil 2015, p. 3, aux pages 48 et 49, par. 88)”¹⁷.

Ten slotte moeten we er nog op wijzen dat men vaak geneigd is om het internationaal gewoonterecht te beperken tot de zaken die behandeld worden door het Internationaal Gerechtshof, maar men zo voorbijgaat aan het feit dat een tak van het internationaal gewoonterecht, namelijk die van het internationaal strafrechtelijk gewoonterecht¹⁸, nog steeds brandend actueel is en dat, op dat vlak, hoofdzakelijk het Internationaal Strafhof aan zet is. We komen hierop nog terug.

4. Wellicht is het ongepast om een vergelijking te maken tussen de gewoonte in het interne recht en de internationale gewoonte. Zoals professor Verhoeven benadrukt, is het denkproces dat in de internationale rechtsorde aan de basis ligt van de theoretisering van de internationale gewoonte, fundamenteel verschillend van dat welk in de interne rechtsorde werd gevolgd.

In de nationale rechtsordes blijkt de gewoonte immers slechts een marginale rol te hebben vervuld: de auteur wijst erop dat “depuis les temps romains qui ont fait une place, non exempte d’ambiguïtés, à la *consuetudo*, aucun ordre juridique (national) ne paraît avoir fait appel, à titre principal, à la technique coutumière pour produire les règles “générales” indispensables à l’organisation de la société. Tous ont privilégié à cette fin une source formalisée (loi, précédent judiciaire, etc.), peu important que celle-ci reflète le bon plaisir d’un

¹⁷ Verslag van de ILC (Zeventigste zitting) - A/73/10, p. 129, ref. 663.

¹⁸ Voor een overzicht en een onderzoek van deze soms heikele kwesties, die hij opsomt, zie vb. J. ALBERT (o.l.v. J. ALBERT en J.-B. MERLIN), *L’avenir de la justice pénale internationale*, Brussel, Bruylant, 2018.

prince ou les exigences de la “raison”. Il n'y a pas à s'en étonner. Toutes considérations pratiques mises à part, cela rappelle simplement que les sujets d'un droit, c'est-à-dire ceux qui lui sont assujettis, n'en sont normalement pas les créateurs, ce qui est une vérité d'expérience...”¹⁹.

In het internationaal publiekrecht heeft de gewoonte haar prominente plaats verkregen na het doorlopen van een rationaliseringsproces of, zoals Verhoeven het uitdrukt, “positivering” van een systeem dat oorspronkelijk werd geregeld door een soort natuurrecht. De auteur schrijft hierover: “tant que subsiste un droit ‘naturel’ – quel que soit le contenu exact qui lui est donné –, il n'est guère besoin d'avoir recours à d'autres règles générales. C'est la ‘positivisation’ du droit des gens qui a commandé impérativement de s'entendre sur la technique qui permet de le produire. Le changement ne s'est pas fait en un tournemain. Il a fallu pratiquement tout le XIXe siècle pour qu'il soit consommé, et pour que le succès de la coutume internationale soit assuré”²⁰.

5. Het is die “positivering” van het internationaal recht die heeft geleid tot een opsomming van de formele bronnen van dat recht, zoals we deze kunnen aantreffen in artikel 38, § 1, van het Statuut van 26 juni 1945 van het Internationaal Gerechtshof (hierna IGH), goedgekeurd bij wet van 14 december 1945²¹.

Dat artikel bepaalt dat “het Hof, dat tot taak heeft de aan hem voorgelegde geschillen te beslechten overeenkomstig het internationaal recht, dit doet met toepassing van:

- a) internationale verdragen, zowel van algemene als van bijzondere aard, waarin regels worden vastgelegd die uitdrukkelijk door de bij het geschil betrokken staten worden erkend;
- b) *internationale gewoonte, als blijkt van een als recht aanvaarde algemene praktijk*²²;
- c) de door beschaafde naties erkende algemene rechtsbeginselen;
- d) 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 rechtsregels”.

6. Die omschrijving schetst echter geen nauwkeurig beeld van de kenmerken van de gewoonte, of het nu gaat om haar plaats in het volkenrecht (a), haar gezag ten aanzien van de verdragen (b) of haar bijzondere kenmerken die haar onderscheiden van de algemene rechtsbeginselen (c) en zelfs van het *jus cogens* (d) en haar invloed in internationaal strafrecht (e).

a) *Plaats in het volkenrecht.*- Vooreerst moet erop gewezen worden dat de opsomming, die haar na het verdrag plaatst maar vóór de door beschaafde naties erkende algemene rechtsbeginselen, haar (relatief) belang ten aanzien van de verdragen niet in de verf zet. Die verdragen vormen weliswaar het grootste gedeelte van de formele productie van

¹⁹ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 319.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Wet van 14 december 1945 tot goedkeuring van het Handvest van de Verenigde Naties en het Statuut van het Internationaal Gerechtshof, ondertekend te San Francisco op 26 juni 1945, BS 1 januari 1946, p. 1.

²² Ik onderlijn.

internationaal recht, maar hun toepassingsgebied blijkt beperkt, en dit zowel uit een sectoraal oogpunt (materieel) als in termen van bestemmingen.

De gewoonte (soms aangevuld met het jus cogens) en, in ondergeschikte orde, de algemene rechtsbeginselen vormen in werkelijkheid de enige bron van *algemeen* internationaal recht.

De rechtsleer wijst erop dat, “très souvent, les termes ‘droit coutumier’ et ‘droit général’ sont tenus pour équivalents. Formellement, l'assimilation est erronée. Le droit coutumier n'épuise en effet pas tout le droit international général. Il n'en demeure pas moins que, sous la réserve de vagues principes généraux, l'essentiel du droit général est constitué par des normes coutumières. Cela dit, il ne peut être exclu que la coutume, voire le principe général de droit, revête le cas échéant une portée purement régionale (locale). Techniquement, il n'y a aucune difficulté à l'admettre. Cela ne change rien au fait que le rôle de la coutume, ou du principe régional (local) demeure à ce jour tout à fait marginal”²³.

Of nog, zoals Tunkin opmerkt: “*when the science of international law first appeared a few centuries ago it was evident that general international law, at that time European international law, was customary law only. There was not a single international treaty embracing all European states, or even one that was intended to do so. It was also evident that treaties only created particular international rules. Vattel wrote: ‘As soon as it is evident that a treaty binds only the contracting parties, conventional international law is not general but particular law’. In the main this theory prevails even now, and it follows as a necessary consequence that international treaties create only particular norms. General international law is customary law only*”²⁴.

b) *Gezag ten aanzien van de verdragen*.- Dan is er nog een ander kenmerk van de gewoonte die in de omschrijving van voormeld artikel 38 onvoldoende wordt belicht, en dat is haar gezag, dat dezelfde waarde heeft als die van geschreven normen zoals verdragen.

De overleden Argentijnse internationale rechter *Julio Alberto Barberis* schrijft, “*les normes conventionnelles et coutumières sont sur le même plan hiérarchique dans l'ordre international; autrement dit, il n'existe pas entre les deux de différence de degré en raison de leur origine. En cas de conflit d'application à un cas concret entre une coutume et un traité, ce conflit doit être résolu selon le principe lex posterior derogat lege priori, ce qui veut dire qu'un traité prévaut sur une coutume antérieure et que, à son tour, une coutume postérieure a la primauté sur le traité. Ce principe ne s'applique pas lorsque la norme coutumière antérieure a le caractère de jus cogens, à laquelle un traité postérieur ne peut déroger*”²⁵.

Bossuyt en Wouters illustreren dat fenomeen met een voorbeeld: “*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 (bv. de onthouding van een permanent lid van de*

²³ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 317.

²⁴ G. TUNKIN, “Is general international law customary law only?”, *E.J.I.L.*, 1993, p. 535.

²⁵ J. BARBERIS, “Réflexions sur la coutume internationale”, *A.F.D.I.*, 1990, p. 40.

Veiligheidsraad verhindert het aannemen van een resolutie niet, ondanks de duidelijke bewoordingen van art. 27, § 3, HVN, dat “vóór stemmen” vereist), zoals Staten eveneens door het sluiten van een verdrag onderling kunnen afwijken van een gewoonterechtelijke regel, voor zover deze geen jus cogens-karakter bezit”²⁶.

In dit opzicht onderscheidt de internationale gewoonte zich uitdrukkelijk van de internrechtelijke gewoonte, waarvan wordt aangenomen dat ze geen voorrang kan krijgen op de geschreven norm²⁷.

c) *Singulariteit in relatie tot de algemene rechtsbeginselen.*-Tot slot is het onderscheid tussen de twee bronnen van internationaal recht, namelijk de gewoonte en de algemene rechtsbeginselen, niet altijd duidelijk. Die algemene rechtsbeginselen kunnen immers verschillende betekenissen krijgen, waardoor sommige ervan leiden tot een overlapping van de concepten van de gewoonte en van de algemene rechtsbeginselen.

Professoren *Dominique Carreau* en *Fabrizio Marrella* merken in dat verband op: “*l’expression ‘principes généraux du droit’ est susceptible de revêtir des sens extrêmement nombreux et variés[;] [...] on [...] relève pas moins de cinq sens principaux possibles*”. Een van die vijf hoofdbetekeningen stelt de algemene rechtsbeginselen gelijk aan het gemeenschappelijk of algemeen internationaal recht²⁸.

De voormelde auteurs verduidelijken dat, “par ‘principes généraux de droit’, on peut entendre l’ensemble des règles de droit régissant les rapports internationaux, c’est-à-dire en fait, tout le droit international commun. La C.P.J.I.²⁹, dans son arrêt célèbre dans l’affaire du Lotus [...] adopta cette conception des principes généraux du droit. Pour elle: ‘Le sens des mots principes du droit international ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international tel qu’il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale..’. Il n’est pas possible, ajoute la Cour, d’interpréter le terme ‘principes du droit international autrement que comme signifiant les principes en vigueur entre toutes les nations indépendantes et qui, partant, s’appliquent au même titre à toutes les parties contractantes’[...]. Telle fut aussi la conception de la C.P.J.I. dans son Avis consultatif du 4 février 1932 dans l’affaire du ‘Traitement des nationaux polonais et al. sur le territoire de Dantzig’³⁰.

d) *Singulariteit in relatie tot de Jus cogens.*- Hierbij dienen we nog op te merken dat de opsomming van artikel 38, § 1, van het Statuut van 26 juni 1945 van het Internationaal Gerechtshof onvolledig is, voor zover artikel 53 van het verdrag van Wenen van 22 mei 1969

²⁶ M. BOSSUYT en J. WOUTERS, *Grondlijnen van internationaal recht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, p. 104. Zie ook J. WOUTERS, *Internationaal recht in kort bestek*, derde uitg., Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2020, p. 61.

²⁷ Zie ook, wat betreft de verhouding verdrag-gewoonte: M. AKEHURST, “The Hierarchy of the Sources of International Law”, *B.Y.I.L.*, 1974-1975, p. 273; M. BOS, “The Hierarchy among the Recognized Manifestations (“Sources”) of International Law”, *Netherlands International Law Review*, 1978, p. 334.

²⁸ D. CARREAU en F. MARRELLA, *Droit international*, elfde uitg., Parijs, Pédone, 2012, p. 326, nr. 4.

²⁹ Het Permanent Hof van Internationale Justitie, dat zijn werkzaamheden heeft aangevat in 1922 en ontbonden werd in 1945, is de voorloper van het Internationaal Gerechtshof, dat in 1945 is opgericht als orgaan van de VN.

³⁰ D. CARREAU en F. MARRELLA, *Droit international*, elfde uitg., Parijs, Pédone, 2012, p. 326, nr. 5.

inzake het verdragenrecht³¹ bepaalt dat “elk verdrag dat op het tijdstip van zijn totstandkoming in strijd is met een *dwingende norm van algemeen volkenrecht* nietig is”³². 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 een norm, waarvan geen afwijking is toegestaan en die slechts kan worden gewijzigd door een latere norm van algemeen volkenrecht van dezelfde aard*³³.

Bovendien bepaalt artikel 64 van het verdrag, onder de titel “*Een nieuwe dwingende norm van algemeen volkenrecht (jus cogens)*”, dat, “in geval van een nieuwe dwingende norm van algemeen volkenrecht, elk bestaand verdrag dat in strijd is met deze norm nietig wordt en eindigt”.

In het huidige internationaal positief recht wordt de toepassing van het internationaal strafrecht weliswaar grotendeels geregeld door verdragen³⁴. Toch blijft de internationale gewoonte (aangevuld met het *jus cogens*) van doorslaggevend belang voor het internationaal strafrecht. Zoals we hierna zullen zien, zijn (en blijven) de normen van het *jus cogens*, wanneer het gecodificeerde internationaal strafrecht geen antwoord biedt, grotendeels de ruggengraat van het internationaal strafrecht, met name wat betreft het voorkomen en het bestraffen van bepaalde misdaden zoals slavernij, martelpraktijken, of nog het verbod op genocide, agressie of apartheid.

Op de drieënzeventigste zitting van de Commissie voor Internationaal Recht (hierna ILC), die te Genève werd gehouden van 18 april tot 3 juni 2022 en van 4 juli tot 5 augustus 2022, werd een zeer interessante ontwerpconclusie aangenomen die betrekking heeft op de vaststelling en de juridische gevolgen van de dwingende normen van het algemeen internationaal recht (*jus cogens*).

Tot het *jus cogens* behoren: “les normes impératives du droit international général [qui] reflètent et protègent des valeurs fondamentales de la communauté internationale”³⁵.

De ILC is formeel: “Ces normes sont universellement applicables et sont hiérarchiquement supérieures aux autres règles du droit international”³⁶³⁷.

Volgens *conclusie nr. 4* betreffende de *vaststellingscriteria van de dwingende normen van het algemeen internationaal recht (jus cogens)*, moet, om een norm als een dwingende norm van het algemeen internationaal recht te kunnen beschouwen (*jus cogens*), “il est nécessaire d’établir que la norme en question satisfait aux critères suivants: a) Il s’agit d’une norme du droit international général; et b) Elle est acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation

³¹ Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, 1969, gesloten te Wenen op 23 mei 1969, in werking getreden op 27 januari 1980, Verenigde Naties, Recueil des Traités, vol. 1155, p. 331; BS 10 juni 1992.

³² Ik onderlijn.

³³ *Id.*

³⁴ E. DAVID, *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruylant, 2018, 2de uitg., 2 volumes, p. 722.

³⁵ UN/AG/CDI, A/CN.4/L.967, Conclusie 2 [3].

³⁶ Ik onderlijn.

³⁷ *Ibid.*

n' est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère"³⁸.

Conclusie nr. 5 betreffende de *grondslagen van de dwingende normen van het algemeen internationaal recht (jus cogens)* belangt ons in het bijzonder aan, aangezien de ILC hierin twee grondslagen vermeldt, en wel in deze volgorde:

"1. Le droit international coutumier est le fondement le plus commun des normes impératives du droit international général (jus cogens)"³⁹.

2. Les dispositions conventionnelles et les principes généraux du droit peuvent également servir de fondement aux normes impératives du droit international général (jus cogens)"⁴⁰.

Opmerkelijk genoeg bepaalt de ILC ten aanzien van het *jus cogens* een hiërarchische ordening van grondslagen door te beslissen dat de internationale gewoonte de meest gebruikelijke is. Dit geeft duidelijk aan dat de gewoonte binnen het volkenrecht een prominente plaats bekleedt.

Conclusie nr. 14 regelt de gevallen waarin de internationale gewoonterechtelijke regels in strijd zijn met een dwingende norm van het algemeen internationaal recht (*jus cogens*).

Het ILC suggereert de volgende oplossing voor dat conflict:

"1. Une règle de droit international coutumier ne peut voir le jour dès lors que son existence créerait un conflit avec une norme impérative existante du droit international général (*jus cogens*). Ceci est sans préjudice de la possible modification d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) par une nouvelle norme de droit international général ayant le même caractère.

2. Une règle du droit international coutumier qui n'a pas un caractère impératif cesse d'exister si et dans la mesure où elle entre en conflit avec une nouvelle norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

3. La règle de l'objecteur persistant ne s'applique pas aux normes impératives du droit international général (*jus cogens*)"⁴¹.

Voor het bewijs van aanvaarding en erkenning voorziet *conclusie nr. 8* van het ILC in een vrij omstandige oplossing:

"1. La preuve de l'acceptation et de la reconnaissance qu'une norme du droit international général est une norme impérative (*jus cogens*) peut revêtir une large variété de formes.

2. Les formes de preuve de l'acceptation et de la reconnaissance comprennent, sans s'y limiter: les déclarations publiques faites au nom des États, les publications officielles, les avis juridiques gouvernementaux, la correspondance diplomatique, les dispositions constitutionnelles, les actes législatifs et administratifs, les décisions des juridictions nationales, les dispositions conventionnelles, les résolutions adoptées par une organisation

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Ik onderlijn.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale et toute autre conduite des États"⁴².

Conclusie nr. 9 betreft de hulpmiddelen voor het bepalen van het dwingend karakter van de normen van het algemeen internationaal recht.

"1. Les décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, constituent un moyen auxiliaire de détermination du caractère impératif des normes du droit international général. Une attention peut également être portée, le cas échéant, aux décisions des juridictions nationales.

2. Les travaux des organes d'experts établis par les États ou les organisations internationales et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peuvent aussi servir de moyens auxiliaires de détermination du caractère impératif des normes du droit international général"⁴³.

Conclusie nr. 20, ten slotte, stelt voor om het mogelijke conflict tussen een dwingende norm van algemeen internationaal recht (*jus cogens*) en een andere regel van internationaal recht op te lossen door te suggereren dat "cette dernière doit, autant que possible, être interprétée et appliquée de manière à être compatible avec la première"⁴⁴.

Conclusie nr. 23 is van bijzonder belang, omdat ze erop wijst dat, "sans préjudice de l'existence ou de l'émergence ultérieure d'autres normes impératives du droit international général (*jus cogens*), une liste non exhaustive de normes que la Commission du droit international a précédemment désignées comme ayant ce statut figure dans l'annexe du présent projet de conclusies".

Het gaat om:

- a) L'interdiction de l'agression;
- b) L'interdiction du génocide;
- c) L'interdiction des crimes contre l'humanité;
- d) Les règles fondamentales du droit international humanitaire;
- e) L'interdiction de la discrimination raciale et de l'apartheid;
- f) L'interdiction de l'esclavage;
- g) L'interdiction de la torture;
- h) Le droit à l'autodétermination"⁴⁵.

Wat meteen opvalt, is dat de *jus cogens*-normen die in a) tot d) en g) worden opgesomd, gelet op de agressie waarvan inzonderheid Oekraïne het slachtoffer is geworden sinds 2014, brandend actueel zijn.

e) *Invloed in internationaal strafrecht.*- Hiermee zijn we aanbeland bij een laatste, maar uiterst belangrijke precisering. Het is het internationaal strafrechtelijk gewoonterecht dat als

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

wettelijke basis heeft gediend voor de internationale strafprocessen van Neurenberg⁴⁶ (en voor de daaropvolgende processen met betrekking tot nazimisdaden) en van Tokio, die werden gevoerd voor de ad hoc militaire gerechten. En dit geldt ook voor de bestraffing van de misdaden die werden gepleegd in Ex-Joegoslavië⁴⁷, Rwanda⁴⁸ of nog Libië of Soedan.

De internationale gemeenschap heeft weliswaar een Internationaal Strafhof opgericht. Aldus, in uitvoering van het Internationaal Verdrag inzake de voorkoming en de bestraffing van genocide van 9 december 1948, en dankzij een volledig ontwerp dat door de ILC werd voorbereid op verzoek van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties⁴⁹, dat vervolgens, en nog steeds op vraag van de A.V. VN⁵⁰, verder werd uitgewerkt door een *ad hoc* Comité, heeft de Diplomatieke Conferentie van Gevolmachtigden van de Verenigde Naties, dat van 15 juni tot 17 juli 1998 te Rome zitting hield, het Statuut van Rome goedgekeurd (met 120 stemmen voor, 7 tegen en 21 onthoudingen)⁵¹.

Opmerkelijk, en niet geheel onschuldig, is het feit dat internationale zwaargewichten zoals China, de Verenigde Staten, Israël en Indië het Statuut niet hebben geratificeerd! Rusland heeft het in 2000 wel ondertekend maar heeft het tot nog toe niet geratificeerd en is dus evenmin partij bij het Statuut. Het Statuut dat op 1 juli 2002 in werking is getreden, heeft op 1 juli 2022 zijn twintigste verjaardag gevierd. Toch heeft het nog tot 14 maart 2012 geduurd voordat het Internationaal Strafhof zijn eerste arrest zou wijzen in een zaak⁵².

Hoewel het internationaal recht steeds meer gereguleerd wordt door het internationaal verdragenrecht, moeten we toch vaststellen dat er een coëxistentie is tussen het

⁴⁶ Voor een boeiende studie in literaire stijl over het ontstaan van de begrippen “misdaden tegen de mensheid” en “genocide”, waarbij het eerste begrip te danken is aan de werkzaamheden van Hersch LAUTERPAHT (1867-1960) en het tweede aan de niet-aflatende strijd van Raphael LEMKIN, (1900-1958), beiden opgeleid aan de Universiteit van Lemberg en raadgevers in verschillende stadia en hoedanigheden bij de processen van Neurenberg, zie P. SANDS, *Retour à Lemberg*, Albin Michel, Parijs, 2017; zie ook JT, 2108, p. 742-743, Interview van P. SANDS. De stad Lemberg is in verschillende opzichten een symbool; hiervan getuigt haar naam: *Lwów* (1349-1772 /Poolse rijk, bestuurstaal: Duits); *Lemberg* (1772-1918 /Oostenrijks-Hongaarse Rijk, hoofdstad van het koninkrijk Galicië, eerste taal: Duits, tweede taal: Pools); *Lwów* (1918-1939/Polen); *Lwów* (1939-1941/USSR); *Lemberg* (juni 1941-1945/Generalgouvernement voor de (door Duitse troepen) bezette Poolse gebieden en hoofdplaats van het district Galicië; *Lwow* 1945-1991 (USSR); *Lwiv* (sinds 1991/Republiek Oekraïne). In de loop van haar eeuwenoude bestaan onderging de etnische bevolking van de stad, samengesteld uit Polen, Duitsers, Joden, Armeniërs en Roethenen (Oekraïeners), verschillende wijzigingen, wat niet enkel leidde tot geregelde, vaak bloedige conflicten, maar ook een bron was van culturele rijkdom, waarvan haar rechtsfaculteit en haar universiteit zeker deel uitmaken.

⁴⁷ UNITED NATIONS SECRETARY GENERAL, *Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of the Security Council Resolution 808, S/25704*, May 3rd 1993, § 34.

⁴⁸ Statuut van het Internationaal Tribunaal voor Rwanda, aangenomen door resolutie 955 van de Veiligheidsraad van 8 november 1994.

⁴⁹ Resolutie A/RES/3/260(B) van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties van 9 december 1948, betreffende “*l'étude par la Commission de droit international de la question d'une juridiction criminelle internationale*”.

⁵⁰ Resolutie A/RES/50/46 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties van 18 december 1995, betreffende “*la création d'une cour criminelle internationale*”.

⁵¹ Statuut van Rome van 17 juli 1998, VN, *Recueil des traités*, vol. 2187, 2004, p. 3 (Verdragen nr. 38544, “Statut de Rome”). Het Statuut van Rome is op 1 juli 2002 in werking getreden.

⁵² J. ALBERT, J.-B. MERLIN, A.-C. NDONGO OBAMA, “Chapitre 5 – Défis de la mise en œuvre de la justice”, in *L'avenir de la justice pénale internationale* (o.l.v. J. ALBERT en J.-B. MERLIN), Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 245.

internationaal strafrechtelijk gewoonterecht (aangevuld met het *jus cogens*) en de internationale (strafrechtelijke) verdragen. Bij stilzwijgen van de internationale (strafrechtelijke) verdragen, dient het internationaal strafrechtelijk gewoonterecht (in voorkomend geval aangevuld met het *jus cogens*) in het internationaal recht nog steeds als basis voor de bestraffing⁵³.

Inzake het Internationaal Strafhof maakt het Statuut van Rome een onderscheid tussen “Voorwaarden voor de uitoefening van rechtsmacht” (artikel 12) en “Uitoefening van rechtsmacht” (artikel 13).

Het gaat hier om een origineel mechanisme, aangezien artikel 13 niet enkel de voorwaarden bepaalt waaronder het Strafhof zijn rechtsmacht kan uitoefenen, maar onder b) ook een grondvoorwaarde vermeldt. We komen hierop nog terug.

Luidens artikel 13 “is het Hof bevoegd zijn rechtsmacht uit te oefenen met betrekking tot een misdrijf bedoeld in artikel 5 overeenkomstig de bepalingen van dit Statuut, indien:

a) een situatie waarin een of meer van deze misdrijven lijken te zijn begaan, overeenkomstig artikel 14 bij de Aanklager wordt aangegeven door een Staat die Partij is;

b) een situatie waarin een of meer van deze misdrijven lijken te zijn begaan, bij de Aanklager wordt aangegeven door de Veiligheidsraad, handelend krachtens Hoofdstuk VII van het Handvest van de Verenigde Naties;⁵⁴

of c) de Aanklager een onderzoek heeft geopend met betrekking tot dit misdrijf overeenkomstig artikel 15.”

Het Strafhof kan in de gevallen bedoeld in artikel 13, a) en c), echter enkel optreden als het daartoe ook bevoegd is. Die bevoegdheden worden opgesomd in artikel 12, waarvan het eerste lid vanzelfsprekend bepaalt:

“Een Staat die Partij wordt bij dit Statuut aanvaardt daardoor de rechtsmacht van het Hof met betrekking tot de misdrijven bedoeld in artikel 5.”

In het tweede lid bepaalt artikel 12 de gevallen waarin het Strafhof bevoegd is:

“In het geval bedoeld in artikel 13, onder a) of c), is het Hof bevoegd zijn rechtsmacht uit te oefenen indien een of meer van de volgende Staten partij zijn bij dit Statuut (...):

a) de Staat op wiens grondgebied de desbetreffende gedragingen plaatsvonden of, indien het misdrijf werd begaan aan boord van een schip of luchtvaartuig, de Staat van registratie van dat schip of luchtvaartuig;

b) de Staat waarvan de persoon die van het misdrijf wordt beschuldigd onderdaan is”.

Voor de Staten die geen partij zijn bij het Statuut, voorziet artikel 12, derde lid, in een veiligheidsmechanisme: “Indien de aanvaarding door een Staat die geen partij is bij dit Statuut is vereist ingevolge het tweede lid [rechtsmacht], kan die Staat, door middel van een verklaring die bij de Griffier wordt neergelegd, de uitoefening van rechtsmacht door het Hof aanvaarden met betrekking tot het desbetreffende misdrijf (...)”.

⁵³ Y. TAN, “The identification of customary rules in international criminal law” in *Utrecht Journal of International and European Law*, 2018, p. 92.

⁵⁴ Ik onderlijn.

Dit verklaart waarom het voormelde tweede lid bepaalt dat “In het geval bedoeld in artikel 13, onder a) of c), het Hof is bevoegd zijn rechtsmacht uit te oefenen indien een of meer van de volgende Staten (partij zijn bij dit Statuut of) de rechtsmacht van het Hof hebben aanvaard overeenkomstig het derde lid”.

Kortom, we moeten een onderscheid maken tussen twee hoofdhypotheses: 1) de Staten die partij zijn bij het Statuut van Rome en 2) de andere Staten.

1) Wat betreft de Staten die partij zijn bij het Statuut van Rome, is het Internationaal Strafhof materieel bevoegd zodra een onderdaan van een Staat die partij is bij het Statuut van Rome een misdaad pleegt of op het grondgebied van een Staat die partij is bij dat Statuut een misdaad wordt gepleegd die voorkomt in de lijst van misdaden die onder de rechtsmacht van dat Hof vallen⁵⁵.

2) Wat betreft de Staten die geen partij zijn bij het Statuut van Rome, zijn er verschillende hypothesen:

(i) Het Hof kan de in artikel 5 van het Statuut vermelde misdaden berechten wanneer de Staat die geen partij is bij dat Statuut, op wiens grondgebied de misdaad werd gepleegd of waarvan de verdachte de nationaliteit heeft, bij een verklaring van aanvaarding van de bevoegdheid van het Hof, neergelegd bij de griffier van het ISH met toepassing van artikel 12, derde lid, van het Statuut van Rome, de bevoegdheid van het Hof heeft erkend.

Die hypothese houdt verband met het geval van Oekraïne, zowel wat betreft de strafbare feiten die daar werden gepleegd tijdens de Russisch-Oekraïense oorlog die op 24 februari 2022 is losgebarsten als gevolg van de invasie van het Oekraïense grondgebied door de Russische grondtroepen, als die welke in soortgelijke omstandigheden werden gepleegd in de Krim, eveneens Oekraïens grondgebied, in 2013 en 2014. In die eerste gevallen van Russische agressie heeft Oekraïne, in haar hoedanigheid van Staat die geen partij is bij het Statuut van het Hof, tot tweemaal toe de bevoegdheid van voormeld Hof erkend voor internationale misdaden die op haar grondgebied werden gepleegd. Op grond hiervan heeft het Bureau van de Aanklager zich in maart 2022 alvast in Oekraïne ter plaatse kunnen begeven, om er een onderzoek te starten naar de oorlogsmisdaden en de misdaden tegen de menselijkheid die in de Donbass en elders in Oekraïne werden gepleegd⁵⁶.

⁵⁵ *Ibid.*, art. 12, tweede lid: “het Hof is bevoegd zijn rechtsmacht uit te oefenen indien een of meer van de volgende Staten partij zijn bij dit Statuut: a) de Staat op wiens grondgebied de desbetreffende gedragingen plaatsvonden of, indien het misdrijf werd begaan aan boord van een schip of luchtvaartuig, de Staat van registratie van dat schip of luchtvaartuig; b) de Staat waarvan de persoon die van het misdrijf wordt beschuldigd onderdaan is”.

⁵⁶ Voor een precies maar synthetisch onderzoek van de verschillende aspecten van de “speciale operatie” (Russische omschrijving) die door de Russische Federatie, onder leiding van haar staatshoofd, wordt uitgevoerd op het grondgebied van de Oekraïense Staat, en de concrete acties die intussen zijn ondernomen door het parket van het ISH, zie prof. dr. h. c. K. AMBOS, “Ukraine-Krieg und internationale Straffjustiz”, *DRiZ (Deutsche Richterzeitung)*, 2022, nr. 4, p. 170 tot 173; dr. R. MULLER, “Der Krieg ist zurück – was macht das Recht”, *DRiZ*, 2002, nr. 6, p. 258; over de moeilijkheden van de bewijslast, zie L. HAMRAN (voorzitter Eurojust), “Völkerrechtliche Verbrechen in der Ukraine: Herausforderungen der Beweisführung”, *DRiZ*, 2022, nr. 6, p. 196 e.v.

(ii) De andere hypothese is voor ons belangrijker. Het Internationaal Strafhof kan optreden wanneer de Veiligheidsraad een zaak op grond van Hoofdstuk VII van het Handvest van de Verenigde Naties aanhangig heeft gemaakt bij de Aanklager van het Internationaal Gerechtshof.

Dit betreft gevallen waarin de misdaden die onder de bevoegdheid van het Hof vallen, werden gepleegd op het grondgebied van Staten die geen partij zijn bij het Statuut van Rome door onderdanen van Staten die evenmin partij zijn en zich hieraan ook niet willen onderwerpen.

Van die wijze van aanhangigmaking werd in twee gevallen gebruikgemaakt voor misdaden die respectievelijk werden gepleegd in Libië en Soedan (Darfur). Wat ons aanbelangt, is dat in die gevallen, buiten de bijzondere wijze van aanhangigmaking, de materiële grondslag werd gevormd door het internationaal gewoonterecht, aangevuld met het *jus cogens*.

Deze mercuriale heeft niet tot doel die vaststelling verder uit te diepen. Een lezing van de beslissing van 4 maart 2009 van de kamer van vooronderzoek van het ICC inzake Al Bashir, "*Le procureur c. Omar Aassan Ahmad al Bashir, Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad al Bashir*", ICC-02/05-01/09, en een raadpleging van de desbetreffende rechtsleer zijn in dat opzicht verhelderend⁵⁷.

Afdeling 2. – De identificatiemiddelen van de gewoonte - *Consuetudo en Opinio juris*

Paragraaf 1. – Begrip

7. In veel gevallen is de identificatie van de gewoonte geen probleem. Barberis merkt hierover op: "il existe dans la communauté internationale des pratiques qui ont acquis un tel degré d'effectivité que leur existence s'impose comme une évidence à n'importe quel observateur moyennement qualifié. En pareils cas, un tribunal se limite généralement à vérifier leur existence en tant que norme coutumière. Ainsi, la jurisprudence s'est fondée sur le "principe de la liberté de la mer" et sur le "principe général de la responsabilité internationale des Etats". Dans le même ordre d'idées, la règle de la protection diplomatique a été qualifiée de "principe élémentaire du droit international", l'obligation d'un Etat d'adapter sa législation interne aux traités conclus par lui a été considérée comme "un principe allant de soi", et le devoir de respecter les accords conclus, comme un "principe fondamental"⁵⁸.

⁵⁷ ICC-02/05-01/09-397. 06 May 2019 | Appeals Chamber | Decision. Case: The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir Situation: Situation in Darfur, Sudan. Het Hof stelt van meet af aan zijn bevoegdheid vast: uittreksel: "1. There is neither State practice nor opinio juris that would support the existence of Head of State immunity under customary international law vis-à-vis an international court. To the contrary, such immunity has never been recognised in international law as a bar to the jurisdiction of an international court. 2. The absence of a rule of customary international law recognising Head of State immunity vis-à-vis international courts is relevant not only to the question of whether an international court may issue a warrant for the arrest of a Head of State and conduct proceedings against him or her, but also for the horizontal relationship between States when a State is requested by an international court to arrest and surrender the Head of State of another State. No immunities under customary international law operate in such a situation to bar an international court in its exercise of its own jurisdiction." (https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019_02593.PDF)

⁵⁸ Vlg. J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 19.

In andere gevallen is het echter minder duidelijk. Hoe kan dan worden bepaald of de aangevoerde regel een gewoonterechtelijke regel is? Hiervoor wordt een beroep gedaan op de twee elementen die het bestaan van de gewoonte bepalen: de gevestigde praktijk (*consuetudo*) en de overtuiging dat die gewoonte een dwingend karakter heeft (*opinio iuris*).

8. Die twee concepten zijn formeel vastgelegd in artikel 38, § 1, van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof, volgens hetwelk dit Hof de gewoonte toepast “als blijk van een als recht aanvaarde algemene praktijk”.

Dit is een vreemde formulering. Hierin vinden we weliswaar de twee klassieke elementen terug die het bestaan van een gewoonte bepalen. Echter, merkt Verhoeven op, “ces termes [...] ne sont pas très clairs, particulièrement dans la référence qui est faite à la “preuve” d'une pratique qui est fournie par la coutume alors qu'on se serait plutôt attendu à l'inverse, c'est-à-dire à ce que ce soit la pratique qui fasse preuve d'une coutume”⁵⁹.

Volgens Barberis sluit die formulering in werkelijkheid aan bij een, thans verdwenen, historische school van internationaal recht, waarvoor de gewoonte een middel was “de rendre connaissable aux hommes [un] droit préalable”⁶⁰.

Meer algemeen benadrukt de dubbelzinnigheid van de formulering het ogenschijnlijk paradoxaal karakter van de gewoonte. We kunnen de paradox als volgt samenvatten: hoewel de gewoonte de neerslag is van een gevestigde praktijk die als dwingend wordt ervaren, kan ze logischerwijze geen aanleiding geven tot betwistingen, omdat dit in essentie zou impliceren dat de praktijk niet vaststaat. In dergelijk geval kan de gewoonte echter geen rechtsregel vormen, omdat laatstgenoemde als eigenschap heeft dat het zichzelf aan de recalcitrant oplegt.

Het gaat hier echter enkel om een ogenschijnlijke tegenstrijdigheid die in werkelijkheid voortkomt uit het wanbegrip van het concrete karakter van de bepalende elementen van de gewoonte. Deze houden immers geen verband met het dwingend karakter van de praktijk van de gewoonte. Ze zijn er niet de bestaansvoorwaarde maar de uiting van.

9. Barberis merkt op dat de identificatie van het bestaan van die twee “bestanddelen” geschiedt aan de hand van een heel bijzonder register, namelijk dat van de technische identificatieregels, die hij tegenover de juridische regels of de morele regels stelt⁶¹. De opvatting dat het bestaan van een gewoonte wordt vastgesteld door na te gaan of die gedraging een gevestigde praktijk vormt die als dwingend wordt ervaren, is een louter praktische regel. Anders gesteld: geen enkele norm verleent aan een gevestigde praktijk die als dwingend wordt ervaren de kracht van een gewoonte. Daarentegen herkent men een

⁵⁹ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 321.

⁶⁰ J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 12.

⁶¹ J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 20: “Les règles techniques sont celles dont l'homme se sert pour obtenir le résultat recherché. Elles sont différentes des normes juridiques et des règles morales. Elles ne comportent pas d'obligation et leur violation n'entraîne aucune sanction. Leur inobservation n'aura généralement d'autre conséquence, pour la personne intéressée, que celle de voir ses efforts perdus, de ne pas obtenir le résultat espéré ou bien de constater que celui-ci n'aura pas la qualité voulue”.

dwingende gewoonte aan het feit dat ze overkomt als een gevestigde praktijk die als dwingend wordt ervaren⁶².

Onderzoeken of een praktijk vaststaat en als dwingend wordt ervaren door degenen die haar erkennen, kan dus niet worden vergeleken met toezicht houden op de wettelijke voorwaarden voor het dwingend karakter van een geschreven norm. In laatstgenoemd geval bepaalt een geheel van regels nauwgezet de voorwaarden voor de verbindende kracht van die norm, hetzij door middel van bevoegdheidsregels – dit orgaan kan deze beslissing op dat tijdstip en die plaats nemen –, hetzij door middel van bekendmakingsvoorwaarden – die norm moet het voorwerp uitmaken van die bekendmaking om die bestemming te binden.

10. De ILC vermeldt in haar conclusie nr. 2 van de *Ontwerpresolutie betreffende de vaststelling van het internationaal gewoonterecht* tevens dat, “pour déterminer l’existence et le contenu d’une règle de droit international coutumier, il est nécessaire de rechercher s’il existe une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)”⁶³.

In dit geval legt de ILC de lat vrij hoog. Bij het beoordelen van de middelen om de twee bestanddelen te kunnen vaststellen, zegt ze immers:

“1. Dans l’appréciation des moyens permettant d’établir l’existence d’une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), il faut tenir compte du contexte général, de la nature de la règle, et des circonstances propres à chacun de ces moyens.

2. Chacun des deux éléments constitutifs doit être établi séparément. Cela exige d’apprécier pour chaque élément les moyens permettant d’en établir l’existence”⁶⁴.

Paragraaf 2. – Onderzoek van hun inhoud

A.- De consuetudo – het materieel bestanddeel

⁶² *Ibid.*: “Si nous revenons maintenant au domaine juridique, nous pourrions constater que l’on applique ici aussi des règles techniques. Par exemple, les tribunaux internationaux et les organes des Etats et des organisations internationales appliquent des règles de ce type pour identifier les normes coutumières. Nous avons déjà signalé que ces normes n’ont pas été créées au moyen d’un procédé régi par le droit. Par conséquent, elles n’offrent pas des caractéristiques ou des traits particuliers permettant de les reconnaître comme telles. C’est alors que l’on a recours à certaines règles techniques pour leur identification. L’une de ces règles est celle qui identifie les normes coutumières selon la manière dont elles ont été formées. Elle reconnaît en tant que normes coutumières celles dont la formation résulte d’un processus réunissant deux éléments dénommés généralement l’élément matériel, c’est-à-dire la pratique, et l’*opinio juris sive necessitatis*. La présence, pour la formation de la coutume, de ces deux éléments, n’a été établie par aucune norme juridique; il ne s’agit que d’un recours technique dont se servent les juges, les arbitres internationaux et les organes des Etats pour préciser si, dans un cas déterminé, l’on est en présence d’une norme coutumière. Ces juges, ces arbitres et ces organes ont pour habitude d’appliquer cette technique des deux éléments (la pratique et l’*opinio juris*) pour vérifier s’il sont en présence d’une norme coutumière, de la même façon que le chimiste se sert d’un réactif pour savoir s’il est en présence de telle ou telle substance. Ce qu’il importe de souligner dans cette analyse, c’est que la pratique ou élément matériel et l’*opinio juris* ne font partie d’aucun procédé juridiquement établi dans le but de créer des normes coutumières, mais qu’il s’agit uniquement d’une technique permettant de reconnaître leur existence”.

⁶³ VN/AG/Drieënzeventigste zitting/Zesde Commissie/Ontwerpresolutie getiteld “Détermination du droit international coutumier”, 13 november 2018, A/C.6/73/L.24, hierna VN/ILC/Ontwerp.

⁶⁴ *Ibid.*

11. Algemeen wordt aangenomen dat het materieel bestanddeel van de gewoonte geïdentificeerd wordt aan de hand van vier kenmerken: het moet gaan om (1) een praktijk (2) van de Staten die (3) algemeen is en (4) vaststaat, “gevestigd” is⁶⁵.

We wijzigen echter enigszins de volgorde van deze opsomming, met dien verstande dat de Staat, door zijn gedrag, een centrale rol speelt in het ontstaan van de gewoonte.

1) Gedrag van de Staat

12. De ILC stelt dat gedrag meteen in het voetlicht wanneer ze in conclusie nr. 4 van haar ontwerpconclusie bepaalt: “1. L’exigence d’une pratique générale en tant qu’élément constitutif du droit international coutumier signifie que c’est principalement la pratique des États qui contribue à la formation, ou à l’expression, de règles de droit international coutumier.

2. Dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la formation, ou à l’expression, de règles de droit international coutumier.

3. La conduite d’autres acteurs ne constitue pas une pratique pouvant contribuer à la formation, ou à l’expression, de règles de droit international coutumier, mais peut être pertinente aux fins de l’appréciation de la pratique visée aux paragraphes 1 et 2”⁶⁶.

De doctrine blijft niet achter: “Dans la mesure où la règle coutumière oblige les Etats, il importe que la pratique sur laquelle elle repose soit aussi celle des Etats. Sauf à méconnaître la caractéristique première de toute règle coutumière qui est de reposer sur la conduite effective des sujets de droit qu'elle entend obliger”⁶⁷.

Het lijkt geen twijfel dat de Statenpraktijk moet voortvloeien uit een daad van één van zijn organen, wat alle daden uitsluit die uitgaan van particulieren, die niet met gezag zijn bekleed⁶⁸.

⁶⁵ Kenmerken die op pedagogische wijze worden onderstreept door J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 321 e.v. Zie ook J. SALMON, *Droit des gens, o.c. et loc. cit.*

⁶⁶ VN/ILC/Ontwerp, o. c. Zie ook de commentaar bij die conclusie nr. 4: “(...)

2) Het eerste lid bepaalt duidelijk dat bovenal de Statenpraktijk moet worden onderzocht om het bestaan en de inhoud van de regels van het internationale gewoonterecht te bepalen: het materieel bestanddeel van dit recht wordt immers vaak ‘pratique des États’ genoemd. Omdat de Staten het hoofdonderwerp zijn van het internationale rechtssysteem en over een algemene bevoegdheid beschikken, spelen ze ook een centrale rol in de totstandkoming van het internationaal gewoonterecht en moet, bij het vaststellen van dat recht, vooral hun praktijk onderzocht worden. In veel gevallen is de Statenpraktijk zelfs het enige relevante criterium voor het vaststellen van het bestaan en de inhoud van de regels van internationaal gewoonterecht. Zoals het Internationaal Gerechtshof heeft opgemerkt in de zaak van de “*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*”, moet het, om “identifier les règles du droit international coutumier applicables au présent différend ... elle doit examiner la pratique et l’*opinio juris* des États”, Verslag van het ILC (Zeventigste zitting) - A/73/10, p. 137, en de talrijke verwijzingen naar de jurisprudentie.

⁶⁷ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 324.

⁶⁸ *Ibid.* Zie evenwel J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 35: “Dans la doctrine, quelques auteurs admettent qu’une coutume peut être créée par la pratique ininterrompue et constante des personnes privées. Toutefois, il est difficile de rencontrer des cas pratiques de normes coutumières internationales formées de cette manière. L’un des rares exemples dans ce sens peut se trouver dans les coutumes qui, dans une certaine mesure, réglementent l’utilisation des eaux du fleuve Tâchira, entre la Colombie et le Venezuela”.

Er bestaat daarentegen geen eensgezindheid over de vraag of alle organen hiervoor in aanmerking komen.

Sommigen drijven de opvatting dat de gewoonte een spontaan akkoord is tussen Staten op de spits en stellen dat er geen andere relevante interne praktijken bestaan dan die welke afkomstig zijn van de interne organen die bevoegd zijn om verdragen te sluiten. Zoals Akehurst, die deze analyse echter niet deelt, vermeldt, “extreme supporters of the theory that custom constitutes an implied agreement between States, such as Strupp, argued at one time that the only relevant State practice is the practice of organs which are competent to make treaties in the name of the State”⁶⁹.

Anderen betwisten die zienswijze: “Il est vrai que [les organes chargés de la conduite des affaires extérieures] sont normalement seuls compétents pour conclure des traités, sous la réserve des accords en forme simplifiée (...). Cela n'empêche pas que la conduite de tous les autres organes dont l'Etat assume la responsabilité doit pouvoir être prise en compte dans la vérification de l'existence d'une pratique (coutumière), dès lors que l'objet de celle-ci intéresse naturellement d'autres autorités (juges, fonctionnaires portuaires, etc.) que celles auxquelles appartient formellement le pouvoir d'engager internationalement l'Etat”⁷⁰.

De handelingen van de internationale instellingen kunnen niet aan de basis liggen van een gewoonte. Echter: “des pratiques coutumières [des États] peuvent sans difficulté parfaire le traité constitutif d'organisations internationales, quitte, exceptionnellement, à en méconnaître les termes”⁷¹. Zo ook: “il n'y a pas [...] de difficultés à admettre que la conduite suivie par un État au sein d'une organisation (déclarations, etc.) puisse être prise en compte pour établir l'existence d'une pratique (étatique) à vocation coutumière”⁷², met dien verstande dat “il faut faire la part en l'occurrence de ce qui reflète la volonté propre de l'organisation et de ce qui peut être imputé spécifiquement à l'un ou l'autre de ses États membres”⁷³.

2) Praktijk

13. Volgens de ILC (ontwerp-resolutie), “la pratique de l'État consiste dans le comportement de celui-ci, dans l'exercice de ses fonctions exécutive, législative, judiciaire ou autre” (*conclusie nr. 5*)⁷⁴.

Bovendien: “1. La pratique peut revêtir une large variété de formes. Elle comprend des actes matériels et verbaux. Elle peut, dans certaines circonstances, comprendre l'inaction” en “2. Les formes de pratiques étatiques comprennent, sans y être limitées: les actes et la correspondance diplomatiques; la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale; la conduite

⁶⁹ M. AKEHURST, “Custom as a source of international law”, *loc. cit.*, p. 8, en de vermelde verwijzingen.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 325.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ VN, o.c.

relative aux traités; la conduite exécutive, y compris la conduite opérationnelle 'sur le terrain'; les actes législatifs et administratifs; et les décisions des juridictions internes. 3. Il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique". (*conclusie nr. 6*)⁷⁵.

Ten slotte: "1. Il convient de prendre en compte toute la pratique accessible de l'État, laquelle doit être appréciée dans son ensemble.

2. Lorsque la pratique d'un État varie, le poids à accorder à cette pratique peut être réduit, selon les circonstances" (*conclusie nr. 7*)⁷⁶.

14. Dit is duidelijk geen sinecure. In de doctrine is men het er min of meer over eens dat de praktijk bestaat uit een "renouvellement de faits ou d'actes déterminés"⁷⁷ die "doivent relever de conduites humaines, c'est-à-dire être réalisés par des hommes. Le droit n'accorde aucune pertinence aux actes des animaux non plus qu'aux phénomènes naturels, même s'ils se sont produits d'une manière régulière et constante"⁷⁸.

Die eenvoudige regels buiten beschouwing gelaten, dienen we niettemin vast te stellen dat er vooral onduidelijkheid heerst.

Volgens sommige auteurs berust de praktijk "sur l'ensemble des conduites effectivement suivies par les États"⁷⁹ en maakt het niet uit "que celles-ci s'expriment dans des faits matériels ou dans des actes juridiques, unilatéraux (lois, décisions judiciaires, etc.) ou bi(multi)latéraux (traités, etc.)"⁸⁰.

Dit is echter omstreden. Zo stellen sommigen, met betrekking tot de inaanmerkingneming van rechtshandelingen als materiële feiten, dat "les actes juridiques présentent *a priori* une pertinence plus grande que des comportements purement matériels (politiques), dès lors qu'est en cause l'existence d'une règle"⁸¹. Anderen wensen daarentegen de praktijken waaruit het bestaan van een gewoonte blijkt, tot de materiële handelingen te beperken. Zoals Akehurst opmerkt: "In a recent book, Professor D'Amato has adopted a very restrictive definition of the type of acts which are capable of constituting State practice. According to him, only physical acts count; "a claim is not an act ... Claims ..., although they may articulate a legal norm, cannot constitute the material component of custom." He is not alone in his view. In his dissenting opinion in the Anglo-Norwegian Fisheries case, Judge Read said: "Customary international law ... cannot be established by citing cases where coastal States have made extensive claims, but have not maintained their claims by the actual assertion of sovereignty over foreign ships ... The only convincing evidence of State practice is to be found in seizures, where the coastal State asserts its sovereignty over trespassing foreign ships"⁸².

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 21.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 322.

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ *Ibidem.*

⁸² M. AKEHURST, "Custom as a source of international law", *B.Y.I.L.*, 1974-75, p. 1.

Bovendien neemt de ene auteur al meer interne rechtshandelingen in aanmerking dan de andere. Voor Bossuyt en Wouters “kunnen handelingen 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 bv. een protest tegen een bepaalde handeling van een andere Staat) als van tussenstaatse organen (verdragen, uitspraken van internationale rechtscolleges en scheidsrechterlijke colleges en de praktijk van internationale organisaties)”⁸³. Elders wordt verduidelijkt dat het moet gaan om “actes liés d'une manière quelconque aux relations internationales, car une pratique purement interne ne saurait être la source d'une norme coutumière internationale”⁸⁴.

Een andere kwestie blijft voor onzekerheid zorgen: de inaanmerkingneming van een onthouding. Doorgaans gaat men ervan uit dat deze niet noodzakelijkerwijs is uitgesloten, zelf al “l'on conçoit aisément que le précédent soit plus crédible s'il repose sur un comportement actif de l'État plutôt que sur de simples abstentions”⁸⁵.

Zoals Salmon opmerkt, staat die kwestie niet geheel los van de vraag naar de theoretische grondslag van de verbindende kracht van de gewoonte. “*En matière de coutume*”, schrijft hij, “*la signification du silence prête plus à contestation. D'abord, parce qu'il n'y a pas d'entente générale sur le fondement du caractère obligatoire de la coutume. Pour les uns, celui-ci reposerait sur le consentement. Pour les autres, elle reposerait sur une nécessité sociale; la coutume aurait un caractère spontané. Pour les tenants de la première thèse, il est fréquent que la doctrine justifie le caractère obligatoire ou l'opposabilité de la coutume par un consentement tacite. Qui ne dit mot consentirait. Encore faut-il que ce silence soit circonstancié. Certains ont tendu à interpréter l'accord des grandes puissances sur la coutume comme valant preuve du caractère général de l'adhésion à celle-ci. La C.P.J.I., dans l'affaire du Lotus, a incité à plus de prudence: 'Même si la rareté des décisions judiciaires [...] était une preuve suffisante du fait invoqué, il en résulterait simplement que les Etats se sont souvent abstenus, en fait, d'exercer des poursuites pénales, et non qu'ils se reconnaissaient obligés de le faire; or, c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale'. 'Il est incontesté qu'un État peut refuser l'opposabilité à son égard d'une coutume nouvelle, et il est très sérieusement soutenu que la coutume ancienne ne lie les Etats nouveaux qu'avec leur consentement. Le silence eut donc être analysé comme une esquivé par rapport à la règle proposée. En revanche, l'absence de réaction des États directement intéressés peut valoir acceptation de la règle nouvelle. Le fait de ne pas protester contre une pratique qui se généralise peut s'analyser comme une acceptation par les États dont elle affecte directement les intérêts*”⁸⁶.

Kortom, het blijkt niet eenvoudig te zijn om eenduidige criteria vast te stellen waarmee een praktijk kan worden aangetoond.

⁸³ M. BOSSUYT et J. WOUTERS, *op. cit.*, p. 107-108.

⁸⁴ J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 21.

⁸⁵ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 322. Vgl. M. AKEHURST, “Custom as a source of international law”, *loc. cit.*, p. 10; J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁶ J. SALMON, *Droit international et argumentation*, Brussel, Bruylant, 2014, p. 209.

3) Algemeen karakter

15. *Conclusie* nr. 8 van het ontwerp van de ILC vermeldt hierover: “1. *The relevant practice must be general, meaning that it must be sufficiently widespread and representative, as well as consistent.* 2. *Provided that the practice is general, no particular duration is required*”.

Het begrip algemeen karakter houdt de gedachte in dat “*la pratique en question [doit avoir] lieu dans un espace déterminé comprenant l'ensemble des membres de la communauté internationale*”⁸⁷.

Dit betekent geenszins dat de praktijk universeel moet zijn⁸⁸. Enerzijds zijn niet noodzakelijk alle landen betrokken bij een bepaald thema: “*par exemple, pour démontrer l'existence d'une coutume sur la pêche maritime, on aura recours à la pratique de certains pays et, si le thème en question est la navigation fluviale ou l'immunité consulaire, on consultera la pratique d'autres Etats*”⁸⁹. Anderzijds kan het zijn dat de kwestie potentieel alle Staten aanbelangt, maar zelfs dan laat het algemeen karakter van de gewoonte variaties toe: “*La préférence [...] accordée à la 'généralité' garantit une certaine souplesse dans l'appréciation des conduites étatiques, sachant qu'il est parfaitement illusoire d'attendre des États qu'ils fassent tous et toujours exactement la même chose*”⁹⁰.

Het vereiste algemeen karakter sluit het bestaan van gewoonten met een beperkt toepassingsgebied niet uit, hetzij *ratione loci*, hetzij *ratione personae*. Er wordt immers van uitgegaan dat “*indépendamment des normes coutumières de validité générale, il en existe d'autres dont le domaine de validité spatial est restreint du fait qu'elles ne sont valables que dans une seule région ou entre deux Etats*”⁹¹.

Volgens Verhoeven, “*nonobstant les termes de l'article 38 du Statut de la CIJ, il n'est pas contesté que la coutume ne doit pas nécessairement avoir un champ d'application universel. Le principe d'une 'coutume régionale ou locale' a expressément été admis par la Cour dans l'affaire du droit d'asile, même si elle a jugé que l'existence d'une telle coutume n'était pas en l'espèce établie. Dans l'affaire du droit de passage en territoire indien, elle n'a pas exclu que cette coutume puisse être strictement bilatérale, estimant qu'il n'y a 'pas de raison pour qu'une pratique prolongée et continue entre deux Etats, [...] acceptée par eux comme régissant leurs rapports ne soit pas à la base de droits et obligations réciproques entre les deux Etats*”⁹².

⁸⁷ J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 23: “Les formules employées par la jurisprudence pour évoquer cette condition sont variées et, à titre d'exemple, on peut citer les suivantes: ‘règles généralement appliquées’, ‘pratique généralement acceptée’, ‘principes universellement admis’, ‘pratique quasi universelle’, ‘règle généralement observée’, ‘règle généralement appliquée’, ‘principe généralement reconnu’”. Zie ook ILC, *Draft, conclusion n° 8*.

⁸⁸ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 325.

⁸⁹ J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 24.

⁹⁰ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 325.

⁹¹ J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 24.

⁹² J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 327.

Wanneer er over hetzelfde onderwerp zowel een algemene als een lokale gewoonte bestaat, wordt er voorgesteld om *“donner primauté à [cette dernière] en application de l’adage lex specialis generalibus derogat. On voit mal, en effet, quel peut être l’intérêt d’une telle règle coutumière s’il ne lui est pas permis de déroger à une coutume générale. Il va de soi que le problème ne se pose pas si celle-ci n’existe pas. Il est tout aussi évident par ailleurs que, pas plus qu’un traité, une coutume régionale ou locale ne pourrait déroger à une règle de ius cogens”*⁹³.

16. In het kader van het algemeen karakter van de praktijk bestudeert de rechtsleer ook de kwestie van de *persistent objector*, namelijk de Staat die zich voortdurend heeft verzet tegen een door andere Staten gevolgde praktijk, zonder dat dit verzet de vorming van een gewoonte heeft kunnen verhinderen.

Uit praktisch oogpunt kan het moeilijk zijn om een onderscheid te maken tussen het verzet dat de vorming van een gewoonteregulering verhindert en het verzet dat dit niet verhindert, maar de *“persistent objector”* wel aan de toepassing ervan onttrekt.

Uit theoretisch oogpunt bestaat die onduidelijkheid daarentegen niet. *“Il est traditionnellement admis”*, zegt men, dat die *persistent objector* *“n’est pas lié par la règle coutumière dont [la] pratique [qu’il a toujours critiqué] constitue le support”*⁹⁴. *“La conclusion”*, zegt men, *“est très largement admise en doctrine et son bien-fondé a été, plus incidemment, confirmé par la jurisprudence internationale”*.⁹⁵ De auteur heeft het over de *Fisheries case* waarin *“il s’agissait de savoir, si la règle selon laquelle les baies dont l’ouverture n’excède pas dix milles appartiennent à l’Etat côtier avait acquis un caractère coutumier”*. Het Internationaal Gerechtshof (IGH) *“a décidé que cette règle n’avait pas le caractère d’une coutume dès lors que la pratique n’avait pas un caractère de “généralité”,* maar voegt hieraan toe dat *“de toute manière, cette règle n’aurait pas été opposable à la Norvège, étant donné que celle-ci s’y était toujours opposée”*⁹⁶.

Het verzet moet reeds bestaan vóór de totstandkoming van de gewoonte. De rechtsleer zegt hierover: *“l’opposition claire et réitérée a un effet lorsqu’elle a commencé dès le moment de*

⁹³ *Ibid.*, p. 328.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 326.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 326; J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 39; beiden verwijzen naar het arrest van het IGH van 18 december 1951, *Rec.*, p. 131. Fisheries case, IGH, Arrest van 18 december 1951, (Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tegen Noorwegen). Samenvatting (ICJ): *“The Judgment delivered by the Court in this case ended a long controversy between the United Kingdom and Norway which had aroused considerable interest in other maritime States. In 1935 Norway enacted a decree by which it reserved certain fishing grounds situated off its northern coast for the exclusive use of its own fishermen. The question at issue was whether this decree, which laid down a method for drawing the baselines from which the width of the Norwegian territorial waters had to be calculated, was valid international law. This question was rendered particularly delicate by the intricacies of the Norwegian coastal zone, with its many fjords, bays, islands, islets and reefs. The United Kingdom contended, inter alia, that some of the baselines fixed by the decree did not accord with the general direction of the coast and were not drawn in a reasonable manner. In its Judgment of 18 December 1951, the Court found that, contrary to the submissions of the United Kingdom, neither the method nor the actual baselines stipulated by the 1935 Decree were contrary to international law”*. (<https://www.icj-cij.org/en/case/5>)

*la formation de la norme coutumière, mais devient inefficace si l'opposition se manifeste alors que la norme coutumière a déjà pris naissance*⁹⁷. Het verzet kan evenmin leiden tot de niet-toepassing van een *ius cogens*-norm⁹⁸.

Hoe kan het vereiste algemeen karakter van de gewoonte worden verzoend met het bestaan van een *persistent objector*, voor wie de gewoonte niet bindend is? Verhoeven, die deze vraag onderzoekt, beantwoordt ze als volgt: *“Est-ce à dire que la coutume n'est pas opposable à l'objecteur persistant, ce qui met en cause sa généralité? Non point. Il suffit que cette règle formule elle-même une exception qui soustrait celui-ci, en tout ou en partie, à son prescrit. Il n'y a là rien de très étonnant. La situation se rencontre quotidiennement dans les droits internes. Il n'y a pas lieu de s'en scandaliser en droit international, même s'il faut espérer qu'elle ne se multiplie pas, ce qui conduirait à un émiettement de la règle générale. Le risque paraît bénin, quand bien même la règle serait appelée, compte tenu des conditions actuelles de production du droit coutumier, à remplir ‘une fonction essentielle dans l'ordre juridique international contemporain’”*⁹⁹.

De ILC wijdt (in de ontwerp-resolutie) één enkele conclusie (nr. 15) aan de *“persistent objector”* en vermeldt hierover:

“1. Where a State has objected to a rule of customary international law while that rule was in the process of formation, the rule is not opposable to the State concerned for so long as it maintains its objection.

2. The objection must be clearly expressed, made known to other States, and maintained persistently.

*3. The present draft conclusion is without prejudice to any question concerning peremptory norms of general international law (jus cogens)”*¹⁰⁰.

4) Vaststaand karakter

17. Het vaststaand karakter van de praktijk verwijst naar het begrip tijdsduur. Er bestaat ter zake echter geen nauwkeurig criterium: *“la jurisprudence a reconnu l'existence de normes coutumières créées par des pratiques séculaires ainsi que d'autres normes formées au cours de périodes plus brèves”*¹⁰¹.

⁹⁷ J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁸ *Ibid.*: *“Cette opposition à la formation d'une coutume devient inefficace lorsque la norme coutumière à laquelle un Etat s'oppose a le caractère de ius cogens. Ce terme caractérise un certain nombre de normes juridiques internationales auxquelles il n'est pas possible de déroger au moyen d'un traité. Ces normes sont valables pour tous les membres de la communauté internationale, même lorsque l'un d'entre eux a manifesté une opposition claire et réitérée dès le moment de leur formation. L'interdiction de la politique d'apartheid peut en fournir un exemple. Aujourd'hui, il est généralement admis que cette interdiction a le caractère de ius cogens, c'est-à-dire que deux ou plusieurs Etats ne pourraient y déroger au moyen d'un traité et appliquer une politique d'apartheid à leurs populations respectives. L'Etat qui s'est opposé d'une manière claire et réitérée à cette politique depuis déjà des décennies est l'Afrique du Sud. En dépit de cette opposition réitérée à la formation de la norme coutumière qui interdit la politique d'apartheid, l'Afrique du Sud reste liée par cette norme”*.

⁹⁹ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 327.

¹⁰⁰ VN/ILC/draft, o.c.

¹⁰¹ J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 25. Zie *“Conclusion n° 8”*, o.c., regel nr. 1.

In de zaak *North Sea Continental Shelf* heeft het IGH geoordeeld dat “*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*”, op voorwaarde dat “*within the period in question, short though it might be, State practice (...), should have been both extensive and virtually uniform*”¹⁰².

Meer algemeen kan men stellen dat “*la condition essentielle exigée pour la formation d'une coutume ne réside pas dans la pratique d'une conduite déterminée pendant une période plus ou moins prolongée, mais dans le fait que la pratique en question soit observée d'une manière ininterrompue et constante. Pour se référer à cette caractéristique, la jurisprudence emploie diverses expressions telles que 'pratique internationale constante', 'tradition constante', 'pratique constante et uniforme', 'pratique qui n'a pas varié', et 'pratique constante'*”¹⁰³.

B.- De opinio iuris - het subjectief bestanddeel

18. Het subjectief bestanddeel, de *opinio iuris*, houdt verband met de aanvaarding van de praktijk als rechtsregel. De ILC vermeldt *aangaande het bewijs van de aanvaarding als rechtsregel (opinio iuris) in conclusie nr. 10* van de ontwerp-resolutie dat:

“1. *Evidence of acceptance as law (opinio juris) may take a wide range of forms.*

2. *Forms of evidence of acceptance as law (opinio juris) include, but are not limited to: public statements made on behalf of States; official publications; government legal opinions; diplomatic correspondence; decisions of national courts¹⁰⁴; treaty provisions; and conduct in connection with resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference;*

3. *Failure to react over time to a practice may serve as evidence of acceptance as law (opinio juris), provided that States were in a position to react and the circumstances called for some reaction.*”¹⁰⁵

19. Van wie die aanvaarding moet uitgaan, zijn de verschillende scholen van het internationaal recht het echter oneens.

¹⁰² J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 329, *op. cit.* met verwijzing naar het arrest van het IGH van 20 februari 1969, *Rec.*, p. 43. Samenvatting (IGH): “*These cases concerned the delimitation of the continental shelf of the North Sea as between Denmark and the Federal Republic of Germany, and as between the Netherlands and the Federal Republic, and were submitted to the Court by Special Agreement. The Parties asked the Court to state the principles and rules of international law applicable, and undertook thereafter to carry out the delimitations on that basis. By an Order of 26 April 1968 the Court, having found Denmark and the Netherlands to be in the same interest, joined the proceedings in the two cases. In its Judgment, delivered on 20 February 1969, the Court found that the boundary lines in question were to be drawn by agreement between the Parties and in accordance with equitable principles in such a way as to leave to each Party those areas of the continental shelf which constituted the natural prolongation of its land territory under the sea, and it indicated certain factors to be taken into consideration for that purpose. The Court rejected the contention that the delimitations in question had to be carried out in accordance with the principle of equidistance as defined in the 1958 Geneva Convention on the Continental Shelf. The Court took account of the fact that the Federal Republic had not ratified that Convention, and held that the equidistance principle was not inherent in the basic concept of continental shelf rights, and that this principle was not a rule of customary international law.*” (<https://www.icj-cij.org/fr/affaire/51>)

¹⁰³ J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁴ Ik onderlijn.

¹⁰⁵ VN/ILC/Draft, o.c.

Allereerst hebben sommigen kritiek op de eigenlijke vereiste van een subjectief bestanddeel¹⁰⁶.

Zo vermeldt Verhoeven dat *“la conception ‘classique’ de la coutume ne fait probablement pas appel [...] à un élément subjectif pour faire le départ entre la coutume et l’usage. Il suffit que la violation de celle-là soit sanctionnée alors que celle de celui-ci ne l’est pas. Ce n’est pas à l’auteur de la pratique, mais à celui qui la sanctionne qu’il appartient de faire le tri parmi de multiples conduites dont certaines seules sont obligatoires. Autrement dit, c’est le sentiment du juge bien plus que celui des Etats qui importe en l’occurrence”*¹⁰⁷.

Hij neemt op dit punt het standpunt van Haggenmacher¹⁰⁸ over die, na een analyse van de rechtspraak van het IGH, tot een dergelijk besluit komt: het zou aan de rechter, meer bepaald de internationale rechter, toekomen *“d’établir ce qui est une coutume en fonction de l’opinion qu’il se fait des intérêts de la ‘communauté’ internationale, dans le respect de ‘principes’, à dire vrai un peu vagues, qui limitent en l’occurrence le caractère purement discrétionnaire de ses décisions”*¹⁰⁹.

20. Vervolgens verschillen zelfs de aanhangers van een klassiekere opvatting van de *opinio iuris* van mening over de identiteit en de motivering van de persoon wiens aanvaarding is vereist.

Volgens sommigen houdt de *opinio iuris* verband met *“la conviction que doivent avoir les personnes qui réalisent une pratique de l’observer comme s’il s’agissait d’une norme juridique”*¹¹⁰. Volgens anderen gaat het om *“la conviction, dont les sujets sont animés, de la nécessité d’observer un certain usage ou une pratique déterminée”*¹¹¹.

In het eerste geval vereist de *opinio iuris* dat *“les auteurs de cette pratique [soient] convaincus de l’obligation juridique de l’exécuter, conviction qui prendrait sa source dans une norme de droit à l’existence de laquelle ils croient”*¹¹². In het tweede geval, *“ceux qui pratiquent un usage déterminé ne doivent pas agir avec la conviction qu’ils remplissent une obligation juridique, mais qu’ils s’y conforment parce qu’un devoir imposé par la morale ou le droit naturel l’exige ainsi”*¹¹³. Het nuanceverschil tussen de twee standpunten bestaat erin dat, in het eerste geval, *“l’auteur de la pratique doit l’observer avec la conviction de remplir une obligation juridique”*¹¹⁴, terwijl in het tweede geval, *“l’accomplissement de la pratique est considéré comme une obligation métajuridique”*¹¹⁵.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 27.

¹⁰⁷ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 333.

¹⁰⁸ P. HAGGENMACHER, “La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale”, *R.G.D.I.P.*, 1986, p. 1.

¹⁰⁹ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 333.

¹¹⁰ J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 26.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*

Daarnaast moet ook gewezen worden op het bestaan van een stroming – met name die van de sovjetschool – die de gewoonte beschouwt als een impliciet verdrag en de *opinio iuris* dus baseert op de stilzwijgende aanvaarding door de Staten¹¹⁶.

Los van de vraag betreffende de theoretische grondslag van de *opinio iuris*, rijst ook de vraag naar de concrete identificatie ervan. Hoe kunnen we de praktijk die slechts een gebruik is onderscheiden van die welke een gewoonte vormt?

Barberis stelt een criterium voor dat doeltreffend lijkt en dat erin bestaat twee samengaande bestanddelen te vereisen: het aannemen van een bepaalde gedraging, maar tegelijk ook het systematisch afkeuren van degene die deze gedraging niet aanneemt. Volgens hem, “*la coutume recouvre [...] deux pratiques: l'une qui consiste à se conformer à la règle générale jugée positive par la communauté, et l'autre qui est la réaction hostile à l'égard de ceux qui n'ont pas suivi cette règle générale. Pour qu'il s'agisse d'une coutume, la régularité doit caractériser les deux pratiques; en effet, si la réaction hostile ne se produit pas dans la majorité des cas où la règle a été transgressée, on pourra l'interpréter comme une simple habitude*”¹¹⁷.

HOOFDSTUK II.– De internationale gewoonte in de Belgische rechtsorde

Afdeling 1 – Kenmerken en toepassingsgebieden

21. In België wordt al lang onderwezen dat het internationaal gewoonterecht automatisch van toepassing is in de interne rechtsorde. Dat is de toepassing van de Engelse spreuk “*international law is part of the law of the land*”¹¹⁸.

Die spreuk houdt niet enkel de opvatting in dat de internationale regel in de interne rechtsorde moet worden toegepast, maar dat ze bovendien van rechtswege, zonder bijzondere vormvereisten, moet worden toegepast.

Paragraaf 1. - Principiële toepassing

¹¹⁶ *Ibid.*; zie ook J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 332.

¹¹⁷ J. BARBERIS, *op. cit.* p. 30.

¹¹⁸ J. SALMON, “Le rôle de la Cour de cassation belge à l’égard de la coutume internationale”, in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, Brussel, Bruylant, 1972, p. 220; D. VAN EECKHOUTTE en J. WOUTERS, “Le droit international devant le juge belge”, *R.B.D.C.*, 2013, p. 303, nr. 7; H. ORBAN, “La réception du droit international aux États-Unis, en France et en Belgique: Étude comparative”, *Rev. dr. ULG*, 2009, p. 385, nr. 8; M. BOSSUYT en J. WOUTERS, *op. cit.*, p. 154. Voor een expliciete grondwettelijke oplossing, zie bv. artikel 25 van de Grondwet van de Bondsrepubliek Duitsland: “Article 25 [Primacy of international law] - 1. The general rules of international law shall be an integral part of federal law. 2. They shall take precedence over the laws and directly create rights and duties for the inhabitants of the federal territory”. Zie echter ook artikel 59 van de Duitse Grondwet betreffende de [International representation of the Federation], waarin is bepaald: “(1) The Federal President shall represent the Federation in international law. He shall conclude treaties with foreign states on behalf of the Federation. He shall accredit and receive envoys. (2) Treaties that regulate the political relations of the Federation or relate to subjects of federal legislation shall require the consent or participation, in the form of a federal law, of the bodies responsible in such a case for the enactment of federal law. In the case of executive agreements the provisions concerning the federal administration shall apply, mutatis mutandis.” (http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0280).

22. Wat dit betreft, wordt doorgaans verwezen naar het arrest van het Hof van 25 januari 1906¹¹⁹. Het betreft hier een wat aparte zaak omdat het gaat om de rechtsvordering die in het kader van een erfrechtelijk geschil werd ingesteld door de schuldeisers van prinses Louiza van België, dochter van Leopold II.

In zijn conclusie vatte procureur-generaal Janssens de inzet van het geschil als volgt samen:

“Divers fournisseurs se sont adressés au curateur de S.A.R. la Princesse Louise, épouse du Prince de Saxe-Cobourg, pour lui réclamer le paiement de ce qu'ils prétendent leur être dû du chef de livraison d'effets de toilette, d'objets d'art et de bijoux. S.A.R. la Princesse Stéphanie, Princesse de Belgique, épouse du Comte de Lonlay, a cru devoir se joindre à eux pour demander à la justice belge de déclarer nul le contrat de mariage, rédigé à Vienne, le 8 août 1853, sous forme de Traité diplomatique, par des Plénipotentiaires agissant au nom de S.M. Léopold Ier, Roi des Belges, et de S.M. l'Empereur d'Autriche. Si la Justice pouvait annuler le Traité qui a établi entre S.M. le Roi Léopold II et S.M. la feuë Reine le régime de la séparation de biens, les Augustes Epoux devraient être considérés comme mariés sous le régime de la communauté légale. Par suite, il y aurait lieu à partage. Tel est l'intérêt du procès”¹²⁰.

De kern van het probleem bestond erin dat de huwelijksovereenkomsten van Koning Leopold II en Koningin Marie-Henriette, aartshertogin van Oostenrijk, waren vastgelegd in een internationaal verdrag. De bij de nietigverklaring van die overeenkomst belanghebbende partijen voerden in een eerste middel aan dat geen enkele internationaalrechtelijke regel toestond dergelijke kwesties bij verdrag te regelen.

In overeenstemming met zijn toenmalige rechtspraak had het Hof kunnen beslissen dat het een feitenkwestie betrof en dat het zijn beoordeling derhalve niet in de plaats van de beoordeling van de appelrechter kon stellen. Dat zegt het trouwens ook aan het einde van zijn onderzoek van het eerste onderdeel van het eerste middel, wanneer het erop wijst *“que la cour d'appel, en analysant la teneur et la portée de l'acte du 8 août 1853, et en lui reconnaissant la valeur d'un Traité public international, a tranché une question de fait, et que sa décision sur ce point est souveraine”*. Die overweging wordt echter voorafgegaan door een lange – zuiver juridische – analyse van de draagwijdte van het internationaal publiekrecht, met name van het bestaan van een gewoonte waarmee de huwelijksovereenkomsten tussen de leden van de koninklijke families bij verdrag konden worden vastgesteld.

Voor het overige werd in een tweede middel aangevoerd dat het bestreden arrest het verdrag van 3 augustus 1953 niet kon toepassen zonder artikel 68 Grondwet¹²¹ te schenden,

¹¹⁹ Cass. 25 januari 1906, *Pas.* 1906, I, p. 95, met conclusie van procureur-generaal JANSSENS.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 96.

¹²¹ Art. 68 Grondwet van België van 7 februari 1831, zoals afgekondigd door het Nationaal congres, bepaalt: “De Koning voert het bevel over land- en zeemacht, verklaart de oorlog, sluit de vredesverdragen, de verdragen van bondgenootschap en de handelsverdragen.

Hij geeft daarvan kennis aan de Kamers, zodra het belang en de veiligheid van de Staat het toelaten, onder toevoeging van de passende mededelingen. De handelsverdragen en de verdragen die de Staat zouden kunnen bezwaren of Belgen persoonlijk zouden kunnen binden, hebben eerst gevolg nadat zij de instemming van de Kamers hebben verkregen.

aangezien de daarin bepaalde voorwaarden bij het sluiten van het verdrag niet in acht waren genomen. Het is in het antwoord op die grief dat de verwijzing naar de voormelde Engelse spreuk voorkomt.

Het Hof vermeldt hierin wat volgt: *“Attendu qu'à des degrés divers le Droit des Gens forme partie du Droit respectif des Nations; Que ce principe est si vrai que Blackstone déclarait que la Loi des Nations, c'est-à-dire le Droit des Gens, quand il s'élève une question qui est de son ressort, doit, en Angleterre, être adopté dans toute sa plénitude par la loi commune et être regardé comme faisant partie de la loi du pays; Que, de même, aux Etats-Unis le Droit des Gens est considéré comme formant une partie intégrante de la loi du pays, ainsi que l'attestaient déjà Thomas Jefferson et Daniel Webster, qui tous deux ont rempli les fonctions de secrétaire d'Etat; Que la Cour suprême y a placé le droit des gens coutumier au même rang que le droit des gens conventionnel, et a proclamé que les Cours fédérales doivent respecter le droit des gens comme une partie du droit national; Attendu que ce principe est également vrai en Belgique, et qu'au surplus l'acte du 8 août 1853 ne déroge en rien, quant au fond, au droit commun”*.

Die beginselen zijn op zich niet verrassend. Wat daarentegen wel verbaast, is het gebruik dat hiervan wordt gemaakt en de reden waarom ze in de motivering van het Hof worden vermeld. Als men het antwoord op het middel in zijn geheel onderzoekt¹²², stelt men immers vast dat

Geen afstand, geen ruiling, geen toevoeging van grondgebied kan plaats hebben dan krachtens een wet. In geen geval kunnen de geheime artikelen van een verdrag de openbare artikelen tenietdoen.”

¹²² Het antwoord op het eerste onderdeel van het middel luidt als volgt:

“Attendu que l'article 68 de la Constitution belge investit le Roi du pouvoir de faire les Traités de paix, d'alliance et de commerce;

Attendu que d'après le pourvoi la Convention du 8 août 1853 ne constitue pas un Traité dans le sens de l'article 68, par la raison qu'elle règle des intérêts purement privés, qu' elle n'impose aucune obligation soit à l'empire d'Autriche, soit à la Belgique, et qu'elle est l'œuvre de l'Empereur d'Autriche, stipulant non pas comme Souverain, mais comme Chef de la Maison d'Autriche, et du Roi Léopold Ier, stipulant en qualité de père de famille et de Chef suprême de la Maison de Belgique;

Attendu que le Roi Léopold Ier avait fait établir, ainsi que le constate l'arrêt attaqué, les conditions de son mariage avec la Princesse Louise d'Orléans, par un Traité politique conclu à Paris, le 28 juillet 1832, entre lui et le Roi des Français;

Attendu que ce Traité, qui fut le prélude du siège d'Anvers opéré par l'armée française, avait pour objet de consolider notre nationalité naissante, et qu'il intéressait au plus haut point non seulement le Roi des Belges et le Roi des Français, mais la Belgique entière;

Attendu que le mariage du Duc de Brabant avec une Archiduchesse d'Autriche constituait pareillement un gage de durée pour la Dynastie et pour la sécurité du pays, ainsi que l'a déclaré le Ministre des Affaires étrangères dans la séance du Sénat du 30 mai 1853;

Attendu que le Traité qui sanctionnait cette union avait pour objet, comme il est dit dans son préambule, de resserrer de plus en plus, pour la prospérité de la Belgique et de l'Autriche, les liens de parenté, d'amitié et de confiance qui existaient entre les deux Cours;

Attendu que le but poursuivi et exprimé par les contractants imprimait à ce Traité le double caractère d'un Traité de paix et d'un Traité d'alliance;

Que, par conséquent, le droit de le conclure appartenait au Roi en vertu du texte même de l'article 68 de la Constitution;

Attendu que le contrat du 8 août 1853 ne se bornait pas à régler les intérêts pécuniaires des futurs époux, mais qu'il renfermait des clauses dont les conséquences politiques peuvent être considérables, telles que l'obligation pour la future épouse de renoncer à tous ses droits de succession dans les royaumes ou provinces que l'Empereur d'Autriche possède ou possédera dans l'avenir;

die gegevens worden aangevoerd tot staving van een redenering die tot doel heeft het onderhouden van internationale betrekkingen te onttrekken aan het toezicht van de rechtbanken. De verwijzing naar het volkenrecht, naar het feit dat dit het respectieve recht van de naties vormt, verantwoordt dat het verdrag-huwelijkscontract, dat onder het internationaal recht valt, aan elke mogelijke betwisting in de interne rechtsorde wordt onttrokken. Aldus vormt het de tegenhanger van de immuniteit van rechtsmacht van het koninklijk gezag, die het arrest overigens ook enkele regels verder, met hetzelfde doel, vermeldt.

Paragraaf 2.- Toepassing van rechtswege - Begrip

23. De internationale gewoonte is niet alleen van toepassing in de interne rechtsorde, ze is vooral toepasselijk van rechtswege. Ze is aan geen enkele vorm van goedkeuring onderworpen, in tegenstelling tot wat artikel 167, paragrafen 2 en 3, Grondwet 1994¹²³

Attendu que cet acte est conçu dans les formes usuelles des Traités politiques, et qu'il est signé par les plénipotentiaires des deux Souverains, en vertu de procurations régulières;

Qu'il réunit donc, ainsi que la cour d'appel l'a reconnu, tous les éléments essentiels d'un véritable Traité public, et qu'il est placé, comme tel, sous la protection du Droit des Gens;

Attendu qu'à des degrés divers le Droit des Gens forme partie du Droit respectif des Nations;

Que ce principe est si vrai que Blackstone déclarait que la Loi des Nations, c'est-à-dire le Droit des Gens, quand il s'élève une question qui est de son ressort, doit, en Angleterre, être adopté dans toute sa plénitude par la loi commune et être regardé comme faisant partie de la loi du pays;

Que, de même, aux Etats-Unis le Droit des Gens est considéré comme formant une partie intégrante de la loi du pays, ainsi que l'attestaient déjà Thomas Jefferson et Daniel Webster, qui tous deux ont rempli les fonctions de secrétaire d'Etat;

Que la Cour suprême y a placé le droit des gens coutumier au même rang que le droit des gens conventionnel, et a proclamé que les Cours fédérales doivent respecter le droit des gens comme une partie du droit national;

Attendu que ce principe est également vrai en Belgique, et qu'au surplus l'acte du 8 août 1853 de déroge en rien, quant au fond, au droit commun;

Attendu que si la Cour d'appel avait invalidé, en tout ou en partie, les clauses d'un Traité placé sous la garantie du droit des gens, elle aurait empiété sur les attributions du Pouvoir royal, ainsi que le déclare l'arrêt attaqué, et franchi les limites de sa compétence;

Attendu qu'il suit de ces considérations que l'arrêt attaqué n'a contrevenu ni à l'article 68 de la Constitution ni aux autres textes cités à l'appui de la première branche du deuxième moyen".

¹²³ Artikel 167 Grondwet 1994:

§ 1. De Koning heeft de leiding van de buitenlandse betrekkingen, onverminderd de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten om de internationale samenwerking te regelen, met inbegrip van het sluiten van verdragen, voor de aangelegenheden waarvoor zij door of krachtens de Grondwet bevoegd zijn. De Koning voert het bevel over de krijgsmacht, stelt de staat van oorlog vast alsook het einde van de vijandelijkheden.

Hij geeft daarvan kennis aan de Kamers, zodra het belang en de veiligheid van de Staat het toelaten, onder toevoeging van de passende mededelingen. Geen afstand, geen ruil, geen toevoeging van grondgebied kan plaatshebben dan krachtens een wet.

§ 2. De Koning sluit de verdragen, met uitzondering van die welke betrekking hebben op de aangelegenheden bedoeld in § 3. Deze verdragen hebben eerst gevolg nadat zij de instemming van de Kamer van volksvertegenwoordigers hebben verkregen.

§ 3. De in artikel 121 bedoelde Gemeenschaps- en Gewestregeringen sluiten, ieder wat haar betreft, de verdragen die betrekking hebben op de aangelegenheden waarvoor hun Parlement bevoegd is. Deze verdragen hebben eerst gevolg nadat zij de instemming van het Parlement hebben verkregen.

§ 4. Een wet aangenomen met de in artikel 4, laatste lid, bepaalde meerderheid, stelt de nadere regelen vast voor het sluiten van de verdragen bedoeld in § 3 en van de verdragen die niet uitsluitend betrekking hebben op de aangelegenheden waarvoor de gemeenschappen of de gewesten door of krachtens de Grondwet bevoegd zijn.

bepaalt met betrekking tot verdragen¹²⁴. Dit valt eenvoudig te verklaren door de onderscheiden aard van de gewoonte en van het verdrag, maar ook in het licht van de *ratio legis* van de instemming.

De onderscheiden aard is zeer duidelijk: het verdrag is een wilsuiting van het orgaan dat de buitenlandse zaken van een Staat behartigt; de gewoonte is een “spontaan” fenomeen. Zelfs al baseren bepaalde internationaalrechtelijke theorieën de gewoonte op een min of meer stilzwijgende instemming van de Staten, is het onderscheid tussen de verschillende ontstaanswijzen van de regel groot genoeg om een gedifferentieerde behandeling door de Grondwet te verantwoorden. De regel van de parlementaire instemming komt vooral tegemoet aan een bekommernis van de Belgische rechtsorde om hierin over de scheiding van – of eerder het evenwicht tussen – de machten te waken; het komt erop aan te vermijden dat de Koning, door verdragen te onderhandelen, zich de prerogatieven van de wetgever zou toe-eigenen. Het internationaal gewoonterecht houdt dat risico niet in omdat het niet – of althans niet exclusief – tot stand komt door het optreden van de uitvoerende macht.

24. De toepassing van rechtswege in de Belgische rechtsorde is niet hetzelfde als de *rechtstreekse werking*. De rechtstreekse werking is een bijkomend kenmerk dat wijst op de gevallen waarin een internationale rechtsnorm aan particulieren onmiddellijk rechten toekent of verplichtingen oplegt.

Met uitzondering van het bijzondere geval van de *ius cogens*, wordt dit begrip doorgaans in verband gebracht met het internationaal verdragenrecht, inzonderheid met de kwestie van de voorrang van dat verdragenrecht op het interne recht. De rechtstreekse werking vervult in het Europees recht¹²⁵ een bijzondere rol.

§ 5. De Koning kan de verdragen die voor 18 mei 1993 gesloten werden en betrekking hebben op de in § 3 bedoelde aangelegenheden, opzeggen in overeenstemming met de betrokken Gemeenschaps- en Gewestregeringen. De Koning zegt deze verdragen op indien de betrokken Gemeenschaps- en Gewestregeringen hem daarom verzoeken.

Een wet aangenomen met de in artikel 4, laatste lid, bepaalde meerderheid regelt de procedure bij gebreke van overeenstemming tussen de betrokken Gemeenschaps- en Gewestregeringen.”

¹²⁴ D. VAN EECKHOUTTE en J. WOUTERS, *op. cit.*, p. 305, nr. 9: “*Au contraire des traités, les règles du droit international coutumier ne doivent pas faire l’objet d’un assentiment parlementaire pour faire partie de l’ordre juridique belge. Une règle de droit international coutumier (qui lie la Belgique) fait d’office partie de l’ordre juridique belge*”. Voor een recent onderzoek van de regels in het Belgisch federaal publiekrecht zie C. BEHRENDT, “La ratification des traités internationaux, une perspective de droit comparé”, Studie, Onderzoeksdienst van het Europees Parlement (EPRS), maart 2020.

¹²⁵ Betreffende de begrippen rechtstreekse of onrechtstreekse werking in het EU-recht, zie ter herinnering hieronder:

a. Rechtstreekse werking – Begrip

“Het Hof van Justitie van de Europese Unie (het Hof) verankert in zijn *arrest Van Gend en Loos tegen Nederlandse administratie der belastingen* de rechtstreekse werking van het recht van de Europese Unie (EU). Dit arrest verduidelijkt dat het recht van de EU niet alleen verplichtingen voor de EU-lidstaten, maar ook rechten voor particulieren met zich meebrengt. Particulieren kunnen derhalve gebruikmaken van deze rechten en direct een beroep doen op het recht van de EU voor zowel nationale als Europese rechtbanken, ongeacht het bestaan van regelgeving in het nationale recht (ofwel zaken waarin er volgens het nationaal recht geen beroep mogelijk is). Er zijn twee vormen van rechtstreekse werking, namelijk: (i) de verticale werking en (ii) de horizontale werking. (i) De verticale rechtstreekse werking komt aan bod in de betrekkingen tussen particulieren en het land. Zij houdt in dat particulieren zich ten overstaan van de Staat op een rechtsregel van de EU kunnen beroepen.

(ii) De horizontale rechtstreekse werking komt aan bod in de betrekkingen tussen particulieren onderling. Zij houdt in dat een particulier zich ten overstaan van een andere particulier op een Europese rechtsregel kan beroepen.

Naargelang de betrokken rechtshandeling heeft het Hof hetzij een volledige rechtstreekse werking (d.w.z. een horizontale en verticale rechtstreekse werking), hetzij een gedeeltelijke rechtstreekse werking (die is beperkt tot een verticale rechtstreekse werking) aanvaard.

b. Rechtstreekse werking, primair recht en afgeleid recht

(i) *Primair recht*

Wat betreft het primair recht heeft het Hof het principe van rechtstreekse werking vastgesteld in het arrest *Van Gend en Loos*. Als voorwaarde geldt evenwel dat de verplichtingen nauwkeurig, duidelijk en onvoorwaardelijk zijn en geen aanvullende maatregelen vereisen, op nationaal noch op Europees niveau.

In het arrest *Becker* heeft het Hof de rechtstreekse werking van de hand gewezen omdat de landen voor de tenuitvoerlegging van de betrokken bepaling beschikken over manoeuvreerruimte, hoe miniem deze ook moge zijn. In het arrest *Kaefer en Procacci tegen de Franse Staat* bevestigde het Hof dat de bepaling onvoorwaardelijk was, omdat deze voor de lidstaten geen manoeuvreerruimte liet en deze derhalve rechtstreekse werking had.

(ii) *Afgeleid recht*

Het principe van rechtstreekse werking heeft tevens betrekking op regelgeving uit secundaire wetgeving, ofwel regelgeving die is aangenomen door de EU-instellingen, zoals verordeningen, richtlijnen en besluiten, die zijn afgeleid van de in de verdragen uiteengezette principes en doelstellingen. De reikwijdte van de rechtstreekse werking hangt evenwel af van het soort rechtshandeling.

- *Verordeningen.*

Verordeningen hebben altijd een rechtstreekse werking. In artikel 288 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie is immers bepaald dat verordeningen direct van toepassing zijn in de EU-lidstaten. In het arrest *Politi tegen het Ministerie van Financiën van de Italiaanse Republiek* lichtte het Hof toe dat dit een volledige rechtstreekse werking betreft.

- *Richtlijnen.*

Richtlijnen zijn wetten die zijn gericht op lidstaten en die moeten worden omgezet in nationaal recht. Om de rechten van particulieren te beschermen, erkent het Hof in bepaalde gevallen echter dat zij een rechtstreekse werking hebben. Aldus heeft het Hof in het arrest *Van Duyn tegen Home Office* bepaald dat richtlijnen een rechtstreekse werking hebben wanneer de erin opgenomen bepalingen onvoorwaardelijk en voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn en wanneer de EU-lidstaat de richtlijn niet voor de uiterste datum heeft omgezet. Richtlijnen kunnen echter slechts een verticale rechtstreekse werking hebben; lidstaten zijn verplicht om de richtlijnen uit te voeren, maar richtlijnen kunnen niet door een lidstaat tegen een particulier ingezet worden (zie het arrest *Ratti*).

- *Besluiten.*

Besluiten kunnen een rechtstreekse werking hebben indien zij gericht zijn tot een lidstaat. Het Hof erkent derhalve slechts een verticale rechtstreekse werking (arrest *Hansa Fleisch tegen Landrat des Kreises Schleswig-Flensburg*).

- *Internationale overeenkomsten.*

In het arrest *Demirel tegen Stadt Schwäbisch Gmünd* heeft het Hof erkend dat bepaalde overeenkomsten een rechtstreekse werking hebben volgens dezelfde voorwaarden als die welke zijn vastgesteld in de zaak *Van Gend en Loos*.

- *Adviezen en aanbevelingen.*

Adviezen en aanbevelingen zijn juridisch niet verbindend.”

Geciteerde arresten: Arrest van 5 februari 1963, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos tegen Nederlandse administratie der belastingen, Zaak 26-62, EU:C:1963:1; Arrest van 10 november 1992, Hansa Fleisch Ernst Mundt GmbH & Co. KG tegen Landrat des Kreises Schleswig-Flensburg/Verzoek om een prejudiciële beslissing, ingesteld door Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht/Duitsland.- Sanitaire controle - Richtlijn 85/73/EEG - Beschikking 88/408/EEG/Rechtstreekse werking. Zaak C-156/91, EU:C:1992:423; Arrest van 12 december 1990, Peter Kaefer en Andréa Procacci tegen Franse Staat, gevoegde zaken C-100/89 en C-101/89, EU:C:1990:456; Arrest van 30 september 1987, Meryem Demirel tegen Stadt Schwäbisch Gmünd, Zaak 12/86, Jurispr. 1987; Arrest van 19 januari 1982, Ursula Becker tegen Finanzamt Münster-Innenstadt, Zaak 8/81, Jurispr. 1982; Arrest van 5 april 1979, Strafzaak tegen Tullio Ratti, Zaak 148/78, Jurispr. 1979.; Arrest van 4 december 1974, Yvonne van Duyn tegen Home Office, Zaak 41-74, Jurispr. 1974; Arrest van 14 december 1971,

De rechtstreekse werking kan echter ook slaan op het gewoonterecht: “Dans la doctrine, on parle généralement d’effet direct de conventions, en s’attachant avant tout aux droits que les particuliers peuvent en tirer. Or il ne faut toutefois pas perdre de vue que les cours et tribunaux belges attribuent également un effet direct à d’autres normes internationales, non seulement pour reconnaître des droits aux particuliers, mais aussi pour déterminer des obligations imposées aux particuliers. Ceci est inévitable étant donné le fait que chaque droit accordé à un particulier donne lieu, directement ou indirectement, à des obligations correspondantes”¹²⁶.

25. Bovendien sluit de omstandigheid dat het internationaal gewoonterecht van rechtswege deel uitmaakt van de Belgische rechtsorde niet uit dat de Belgische autoriteiten het soms uitvoering verlenen door de internationale norm in de interne rechtsorde om te zetten.

Zoals Van Eeckhoutte en Wauters opmerken, “la globalisation, ainsi que l’internationalisation et la fragmentation du droit qui en résultent, ne favorisent pas la transparence de l’arsenal législatif, bien au contraire. Pour connaître précisément leurs droits et obligations, les sujets de droit sont en effet obligés de suivre l’évolution du droit interne, européen et international. C’est dès lors en premier lieu au législateur ou à l’organe normatif compétent lui-même qu’il revient de veiller à rendre le système normatif, même international, aussi accessible que possible. L’autorité nationale devra veiller à encadrer l’exécution du droit international et du droit européen dans l’ordre juridique interne pour que l’ensemble soit le plus intelligible possible, même lorsque certains de ces droits et obligations (pouvaient) s’appliquent directement. Le législateur et l’exécutif doivent par conséquent être attentifs en permanence à ce que la législation et la réglementation internes s’accordent avec le cadre international et supranational”¹²⁷.

26. Verschillende bepalingen die in de laatste jaren werden goedgekeurd, hebben tot doel het internationaal gewoonterecht om te zetten in Belgisch recht. Zoals N. Angelet opmerkt, steunen die bepalingen op verschillende procedés en streven ze niet alle dezelfde doelstellingen na¹²⁸. De auteur onderscheidt twee hypotheses.

Eerste hypothese: “la loi belge énonce une règle en précisant que cet énoncé trouve sa base dans le droit international et y est, ou s’y veut, conforme”¹²⁹. Dit geldt bijvoorbeeld voor artikel 1bis, § 1, Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering, dat bepaalt dat “overeenkomstig het internationaal recht, vervolging onmogelijk is tegen [...] buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van Buitenlandse Zaken, tijdens de periode waarin zij hun functie uitoefenen”.

Politi s.a.s. tegen Ministerie van Financiën van de Italiaanse Republiek, Zaak 43-71, Jurispr. 1971.(raadpl. via <https://eur-lex.europa.eu/NL/legal-content/summary/the-direct-effect-of-european-union-law.htm>)

¹²⁶ D. VAN EECKHOUTTE en J. WOUTERS, *op. cit.*, p. 305, nr. 18.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 310, nr. 14.

¹²⁸ N. ANGELET, “Le pouvoir judiciaire face aux dispositions législatives incorporant des règles de la coutume internationale”, *R.B.D.I.*, 2012, p. 453.

¹²⁹ *Ibid.*

Tweede hypothese: “l’intention d’incorporer une règle du droit international dans une disposition législative n’est pas explicitée dans cette disposition-même, mais ressort néanmoins des travaux préparatoires ou encore, de l’objet même de la disposition en cause”¹³⁰. Verschillende wettelijke bepalingen vallen tegenwoordig onder die categorie: artikel 1412ter, Gerechtelijk Wetboek, dat bepaalt dat “cultuurgoederen die eigendom zijn van buitenlandse mogendheden”, “onverminderd dwingende supranationale bepalingen”, niet vatbaar zijn voor beslag wanneer “die goederen zich bevinden op het grondgebied van het Koninkrijk met het oog op een openbare en tijdelijke tentoonstelling op dit grondgebied”; artikel 1412quater, Gerechtelijk Wetboek, dat betrekking heeft op de uitvoeringsimmuniteit van de buitenlandse centrale banken en de internationale monetaire autoriteiten.

Die verschillende omzettingen streven niet altijd hetzelfde doel na. In het geval van artikel 1bis, Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering, bestond het doel erin “d’assurer le respect du droit international en abrogeant une disposition qui lui est contraire”¹³¹, nadat “la Belgique ait été condamnée par la Cour internationale de Justice [...] pour avoir violé l’immunité du ministre des Affaires étrangères congolais Yerodia en lui appliquant l’article 5, § 3, de la loi du 16 juin 1993”¹³² betreffende de bestrafing van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht, zoals het van kracht was vóór de wijziging ervan door de wet van 10 februari 1999.

In het geval van de artikelen 1412ter en 1412quater, Gerechtelijk Wetboek had het optreden van de wetgever tot doel: “renforcer la position concurrentielle de la Belgique ou son attrait pour des activités internationales”¹³³. De parlementaire voorbereiding van artikel 1412ter verantwoordt de tekst door de verklaring dat “divers États étrangers ont fait savoir à la Belgique qu’ils ne souhaitent plus participer à des expositions organisées en Belgique si des garanties ne p[eu]vent leur être offertes afin d’éviter que les biens culturels leur appartenant soient l’objet de saisies. Le maintien des relations internationales harmonieuses de la Belgique commande dès lors qu’une suite favorable soit donnée à ces demandes. Le projet de loi [...] entend répondre à cette préoccupation”¹³⁴. Dezelfde logica lag aan de basis van de goedkeuring van artikel 1412quater¹³⁵.

Paragraaf 3.- Toepassingsgebieden

27. Hoewel het voormelde, als grondlegend voorgestelde arrest uit 1906 ambivalenter is dan het lijkt, is het beginsel van de toepassing van het internationaal gewoonterecht in de Belgische rechtsorde niettemin volkomen juist. Het onderzoek van de rechtspraak van het Hof stelt het zonder meer vast.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*, p. 454.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Parl. St. Kamer*, gew. zitt. 2003-2004, nr. 1051/001, p. 4.

¹³⁵ N. ANGELET, *op. cit.*, p. 454: “Au regard de son but concret de renforcer la position concurrentielle de la Belgique vis-à-vis des opérateurs financiers, l’on comprend toutefois qu’il s’agit d’augmenter la visibilité de la règle sur les marchés internationaux plutôt que sa connaissabilité pour les tribunaux ou les justiciables. Dans un monde concurrentiel, la sécurité juridique *must be seen to be done*”.

In zijn bijdrage aan de *Mélanges Ganshof van der Meersch*, die de periode tussen 1830 en 1976 behandelt, deelt Jean J. A. Salmon de verschillende toepassingen van het internationaal gewoonterecht door de Belgische rechtbanken op in acht categorieën. Die indeling blijft grotendeels relevant.

Een *eerste categorie* omvat alle gevallen waarin de internationale gewoonte wordt vermeld in het kader van de beoordeling van de bevoegdheid van de rechtbank of van de ontvankelijkheid van de vordering die voor die rechtbank wordt ingesteld. De internationale gewoonte kan immers een belemmering vormen voor de rechtsvordering, bijvoorbeeld wanneer ze aan een Staat of aan een van zijn vertegenwoordigers immuniteit verleent¹³⁶. Ze kan daarentegen ook de ontvankelijkheid van een rechtsvordering verantwoorden waarvan wordt betwist dat ze voor de rechtbank kan worden ingesteld: dat was het geval voor een bepaald aantal dossiers waarin de internationale gewoonte werd aangevoerd tot staving van het vorderingsrecht van de vreemdelingen voor de Belgische rechtbanken, met het oog op de vrijwaring van gewone rechten¹³⁷.

Een *tweede categorie* omvat alle rechtsgedingen die de afbakening van het Belgisch grondgebied betreffen. Die kwestie wordt uiteraard beslecht volgens het internationaal recht. Sommige arresten van het Hof betreffen het zeeterritorium¹³⁸; andere het grondgebied¹³⁹, met name in de context van de statenopvolging¹⁴⁰.

Een derde categorie omvat alle concrete toepassingen “du principe que la souveraineté des Etats est limitée à leur territoire”¹⁴¹ Het paralyseert met name de uitwerking van de

¹³⁶ J. SALMON, “Le rôle de la Cour de cassation belge à l’égard de la coutume internationale”, *loc. cit.*, p. 222, wat uiteraard verwijst naar het beroemde arrest van 11 juni 1903 (*Pas.*, 1903, I, p. 204 en de conclusie van de eerste advocaat-generaal TERLINDEN), maar ook naar het arrest van 23 november 1939 (*Pas.*, 1939, I, p. 487) en naar drie arresten betreffende de diplomatieke immuniteit, in een tijd waarin die nog niet was gecodificeerd door een verdrag. Het gaat om de arresten van 24 mei 1897 (*Pas.*, 1897, I, p. 198), 23 mei 1898 (*Pas.*, 1898, I, p. 202) en 20 september 1937 (*Pas.*, 1937, I, p. 239).

¹³⁷ Men bedoelt hier de rechtsvordering die strekt tot bescherming van de gewone rechten, zoals het eigendomsrecht, en niet de rechten die vreemdelingen rechtstreeks uit het internationaal recht zouden afleiden (zie *infra*). De vraag kan zijn gerezen wegens de bewoordingen van de artikelen 11 en 13, Oud Burgerlijk Wetboek. Artikel 11, Burgerlijk Wetboek 1804 bepaalde immers dat “de vreemdeling in Frankrijk dezelfde burgerrechten zal genieten als die welke aan de Fransen zijn of zullen worden toegekend door verdragen van het land waartoe deze vreemdeling zal behoren”. Artikel 13 bepaalde daarentegen dat “de vreemdeling die door de Keizer zal zijn gemachtigd om zijn woonplaats in Frankrijk te vestigen daar alle burgerrechten zal genieten zolang hij daar woont”.

Verschillende arresten van het Hof hebben geoordeeld dat de vreemdeling - of de staatloze - een bepaald recht om tot vrijwaring van zijn rechten op te treden rechtstreeks aan de internationale gewoonte ontleent, en dat die twee bepalingen van het Burgerlijk Wetboek hem dit recht niet ontfeggen. Zie Cass. 12 maart 1840, *Pas.*, 1840, I, p. 332; Cass. 3 augustus 1848, *Pas.*, 1848, I, p. 358; Cass. 1 oktober 1880, *Pas.*, 1880, I, p. 292; Cass. 21 april 1921, *Pas.*, 1921, I, p. 338. Vgl., wat betreft rechtspersonen: Cass. 8 februari 1849, *Pas.*, 1849, I, p. 240.

¹³⁸ Cass. 10 mei 1906, *Pas.*, 1906, I, p. 220; Cass. 23 november 1962, *Pas.*, 1963, I, p. 374.

¹³⁹ Cass. 1 februari 1923, *Pas.*, 1923, I, p. 179 (drie arresten), over de extraterritorialiteit van de diplomatieke gebouwen; Cass. 6 november 1944, *Pas.*, 1945, I, p. 23, over de gevolgen van de bezetting van het grondgebied.

¹⁴⁰ Cass. 16 juni 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 268; Cass. 26 januari 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 52.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 231. Zie Cass. 10 september 1869, *Pas.*, 1869, I, p. 480; Cass. 9 maart 1871, *Pas.*, 1871, I, p. 72; Cass. 21 maart 1883, *Pas.*, 1883, I, p. 72.

maatregelen van de vreemde Staten tot nationalisering van de goederen die zich in België bevinden¹⁴².

Een *vierde toepassingsgebied* van de gewoonte betreft de beoordeling van de bestaans- of tegenstelbaarheidsvoorwaarden van vreemde Staten of regeringen. Het Hof heeft zich met name uitgesproken over de voorwaarden van de rechtsvordering, in België, van een vreemde Staat¹⁴³.

Een *vijfde categorie* omvat alle gevallen waarin de toepassing van een Belgische wetsbepaling afhankelijk is van voorwaarden die moeten worden beoordeeld op basis van concepten eigen aan het internationaal recht. Het meest geciteerde voorbeeld is dat van de aanwending van het begrip “schending van de krijgswetten of -gewoonten”, dat centraal stond in twee arresten van het Hof aan het einde van de Tweede Wereldoorlog¹⁴⁴.

De *zesde categorie* waarin de rechtbanken de internationale gewoonte hebben moeten toepassen, is die van de statenopvolging, met name omtrent de vraag of een Staat is gebonden door de handelingen van zijn voorgangerstaat¹⁴⁵. De beginselen van de statenopvolging werden bovendien soms ook gebruikt om de nationaliteit van een particulier te bepalen¹⁴⁶.

Een *zevende toepassingsgebied* van de gewoonte zijn de vragen die betrekking hebben op het bestaan en de gevolgen van de verdragen, “indépendamment de l'assentiment qui est donné par les Chambres et de l'acte par lequel le consentement de la Belgique à être lié est donné par le Roi (ratification, adhésion, ...)”¹⁴⁷.

Tot slot omvat een *achtste categorie* alle gevallen waarin bepaalde rechtzoekenden een subjectief recht aanvoeren dat ze rechtstreeks uit het internationaal recht menen af te leiden. In deze gevallen is er sprake van een gedeeltelijke overlapping met andere categorieën¹⁴⁸.

28. Naast de door Jean Salmon gehanteerde indeling per onderwerp kan er nog een andere indeling worden gemaakt, waarbij rekening wordt gehouden met het onderscheid

¹⁴² Cass. 2 juni 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 1138; *R.C.J.B.*, 1962, p. 446 en de noot V. GOTHOT, “L'ordre public international et l'application des lois politiques étrangères”.

¹⁴³ Cass. 8 februari 1849, *Pas.*, 1849, I, p. 240; Cass. 20 maart 1902., *Pas.*, 1902, I, p. 181.

¹⁴⁴ Cass. 4 juli 1949, *Pas.*, 1949, I, p. 506; Cass. 27 november 1950, *Pas.*, 1951, I, p. 180.

¹⁴⁵ Over de statenopvolging met betrekking tot de wetgeving: Cass. 31 oktober 1831, *Pas.*, 1931, I, p. 280; over de statenopvolging met betrekking tot de verdragen: Cass. 17 april 1840, *Pas.*, 1839-1840, I, p. 369; over de statenopvolging met betrekking tot schuldvorderingen uit leningen: Cass. 30 januari 1837, *Pas.*, 1837-1838, I, p. 27 en Cass. 2 mei 1845, *Pas.*, 1845, I, p. 301; over de statenopvolging met betrekking tot extracontractuele schuldvorderingen: Cass. 12 maart 1833, *Pas.*, 1833, I, p. 58, te vergelijken met Cass. 26 mei 1966 (eerste geval), *Pas.*, 1966, I, p. 1211; over de statenopvolging in de verplichting tot het betalen van pensioenen: Cass. 5 januari 1850, *Pas.*, 1850, I, p. 228, te vergelijken met Cass. 26 mei 1966 (tweede geval), *Pas.*, 1966, I, p. 1214

¹⁴⁶ Zie de door J. SALMON geciteerde verwijzingen “Le rôle de la Cour de cassation belge à l'égard de la coutume internationale”, *loc. cit.*, p. 230-231.

¹⁴⁷ J. SALMON, “Le rôle de la Cour de cassation belge à l'égard de la coutume internationale”, *loc. cit.*, p. 240, dat verwijst naar Cass. 17 april 1840, *Pas.*, 1839-1840, I, p. 369; Cass. 19 maart 1842, *Pas.*, 1842, I, p. 122; Cass. 13 februari 1911, *Pas.*, 1911, I, p. 126; Cass. 3 maart 1930, *Pas.*, 1930, I, p. 137.

¹⁴⁸ J. SALMON, “Le rôle de la Cour de cassation belge à l'égard de la coutume internationale”, *loc. cit.*, p. 242-243.

tussen de onmiddellijke en de niet-onmiddellijke toepassing van het internationaal gewoonterecht. De in aanmerking genomen gevallen behoren tot drie verschillende categorieën¹⁴⁹.

De *eerste categorie* is die waarin de Belgische rechter de internationale gewoonte rechtstreeks en *als zodanig* toepast omdat een van de partijen die voor de rechter verschijnt, uit die gewoonte een recht meent te kunnen afleiden dat ze geëerbiedigd wil zien.

Daartegenover staan *twee andere categorieën* waarin met het internationaal gewoonterecht enkel rekening wordt gehouden voor het onderzoek van de toepassingsvoorwaarden van de Belgische wet, hetzij omdat die wet naar het internationaal recht verwijst, hetzij omdat een internationaalrechtelijke kwestie eerst prejudicieel moet worden geregeld voordat de rechter de Belgische wet kan toepassen.

Die typologie is van uitzonderlijk belang uit het oogpunt van de cassatieprocedure. Historisch gezien zijn de middelen die kritiek uiten op de rechtstreekse toepassing van de internationale gewoonte door de feitenrechter immers op bepaalde belemmeringen gestoten die verband houden met de aard van de toetsing van het Hof. Hierop komen we nog terug.

Afdeling 2. – De voorrang op de interne norm

Paragraaf 1.- Traditioneel standpunt

29. De omzetting van het internationaal gewoonterecht in het interne recht, die vaak is ingegeven door een streven naar rechtszekerheid, roept in sommige gevallen paradoxaal genoeg zelf vragen op over de zekerheid die ze aan rechtzoekenden biedt. Aan de basis van het probleem ligt de mogelijke wanverhouding tussen de omgezette internationale norm en de Belgische tekst die voor de omzetting zorgt. Welke van beide regels krijgt in dergelijk geval voorrang?

Die vraag verwijst naar nog een andere vraag, namelijk die welke betrekking heeft op de mogelijke voorrang van het internationaal gewoonterecht op het hiermee strijdige interne recht.

30. We weten dat het arrest-*Le Ski* van 27 mei 1971 het beginsel vastlegt, dat zegt dat “wanneer er een conflict bestaat tussen een internrechtelijke norm en een bij verdrag bepaalde internationaalrechtelijke norm die rechtstreekse gevolgen heeft in de interne rechtsorde, de door het verdrag bepaalde regel moet voorgaan, aangezien deze voorrang volgt uit de aard zelf van het bij verdrag bepaalde internationaal recht”¹⁵⁰.

Afzonderlijk beschouwd, kan het arrest noch *a contrario* noch *a pari* worden uitgelegd. Er is geen reden om aan te nemen dat het Hof zou hebben geoordeeld dat een ander internationaal recht dan het bij verdrag bepaalde internationaal recht of dat het recht zonder

¹⁴⁹ Zie F. RIGAUX, “Le droit international et le droit étranger à la Cour de cassation”, *R.B.D.I.*, 1967, p. 52.

¹⁵⁰ Cass. 27 mei 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886, en de conclusie van procureur-generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH.

rechtstreekse werking voorrang zou moeten krijgen. Omgekeerd is er evenmin een reden om aan te nemen dat die beslissing op analoge wijze moet worden geïnterpreteerd en dat derhalve staande kan worden gehouden dat die voorrang nog andere gevallen zou betreffen dan dat welk specifiek door het arrest werd behandeld. Anders gezegd: het Hof heeft zich over die kwesties niet uitgesproken en deze zijn dus onbeantwoord gebleven.

31. Bij analyse van de rechtspraak van vóór 1971 stoten we op tegenstrijdigheden. We hebben het eerder al gehad over het arrest van het Hof van 25 januari 1906 betreffende de nalatenschap van koningin Marie-Henriette¹⁵¹. Dat arrest leek de voorrang van het internationaal gewoonterecht op het Belgische interne recht te erkennen¹⁵².

Een later arrest heeft echter uitdrukkelijk het tegendeel verklaard¹⁵³. Het arrest-*Pittacos* van 26 mei 1966 betrof een schuld betreffende feiten die hadden plaatsgevonden in Belgisch-Congo en een schuld die volgens de eiser ten laste van de Belgische Staat moest komen, hoewel Congo inmiddels onafhankelijk was geworden. Om die eis van de hand te wijzen, oordeelde het bestreden arrest “qu'en vertu des principes coutumiers du droit international public auxquels les tribunaux belges doivent avoir égard lorsque ces principes, comme en la présente espèce, s'accordent avec le droit interne, l'équité, qui est à la base de ces principes, ne commanderait pas que la dette d'indemnité dont litige soit à charge de l'État belge, et que n'ayant pas été sans contrepartie pour le territoire de l'ancienne colonie, cette dette constituée, selon la terminologie du droit international public, une dette “localisée”, laquelle, suivant la règle propre de ce droit, ne grève pas l'État démembré”¹⁵⁴.

De eiser voerde in het tweede onderdeel van zijn middel aan dat “les principes du droit international public précisés et appliqués par l'arrêt attaqué ne s'accordent aucunement [...]” en “qu'il est inexact et contradictoire d'affirmer cette concordance et de considérer en même temps que, l'équité, fondement de ces principes, ne commanderait point en la cause que la dette d'indemnité dont litige soit à charge de l'État démembré, c'est-à-dire l'État belge, ou que cette dette, parce qu'elle n'aurait pas été sans contrepartie pour le territoire de l'ancienne colonie, constituerait, selon la terminologie et la règle propre du droit international public, une dette “localisée” qui ne grève pas l'État démembré, ce qui, dans l'un et l'autre cas, ne se concilie pas avec la loi belge qui impose à l'État, à l'égal des particuliers, de réparer personnellement les dommages causés par la faute de ses organes ou par les personnes dont il doit répondre, et de prouver, s'il se prétend libéré, le fait qui a produit l'extinction de son obligation, ce pourquoi les prétendues raisons d'équité, appréciées par le juge, sont inadéquates et inopérantes”¹⁵⁵. Het middel leidde hieruit de schending van een aantal internrechtelijke bepalingen af¹⁵⁶.

¹⁵¹ Cass. 25 januari 1906, *Pas.*, 1906, p. 95 en de conclusie van procureur-generaal JANSSENS.

¹⁵² In die zin, zie J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 455; M. BOSSUYT en J. WOUTERS, *op. cit.*, p. 167.

¹⁵³ Cass. 26 mei 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 1211 (eerste geval) en p. 1214 (tweede geval).

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 1212.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 1213.

¹⁵⁶ Schending van de artikelen 1, 11, 92 en 97, Grondwet 1831, artikelen 2, 6 en 259 van de fundamentele wet van 19 mei 1960 betreffende het staatsbestel van Congo, artikelen 1234, 1315, 1382, 1383 en 1384, Burgerlijk Wetboek, artikelen 132, 197, 258, 259 en 260, eerste boek Burgerlijk Wetboek, dat in Congo in werking is getreden bij decreet van 30 juli 1888, en artikel 1 van het voormelde decreet.

Om die grief te verwerpen, oordeelde het Hof:

“Attendu qu'à supposer quelque éventuelle contradiction entre le droit interne, qui règle les litiges nés, comme en l'espèce, entre un particulier et l'État belge, et les principes coutumiers du droit international public en matière de succession d'États, qui gouvernent les relations entre États, encore serait-il que ces derniers principes ne sauraient faire échec à l'application du premier; que la solution imposée par celui-ci rend surabondantes les considérations de l'arrêt ayant pour objet les principes du droit international public et que le moyen, en tant qu'il s'y attaque, est non recevable à défaut d'intérêt”¹⁵⁷.

Paragraaf 2.- Recente ontwikkelingen

32. Door het arrest-*Pittacos* in verband te brengen met het arrest-*Le Ski*, hebben we jarenlang kunnen volhouden dat de draagwijdte van laatstgenoemd arrest beperkt moest worden tot het verdragenrecht met een rechtstreekse werking. Die oplossing wordt thans betwist in het licht van het arrest van het Hof van 12 februari 2003¹⁵⁸.

Om de feiten te begrijpen die aan de basis liggen van dat arrest, moeten we kort de context schetsen.

Op 16 juni 1993 voerde de Belgische wetgever de wet betreffende de bestraffing van ernstige schendingen van de internationale verdragen van Genève van 12 augustus 1949 en van de Protocollen I en II van 8 juni 1977 in. Zoals de titel van die wet al aangeeft, strekte ze tot uitvoering van uit het verdragenrecht voortvloeiende verplichtingen, ook al leek ze in bepaalde opzichten verder te gaan dan wat de verdragen van 12 augustus 1949 voorschreven.

Artikel 7, eerste lid, van die wet bepaalde met name dat “de Belgische gerechten bevoegd zijn om kennis te nemen van de in deze wet omschreven misdrijven, ongeacht de plaats waar ze gepleegd zijn”.

Die bepaling – de zogenaamde bepaling van “universele bevoegdheid” – heeft de wet uiteindelijk zijn gebruikelijke benaming gegeven, die ze overigens heeft behouden toen haar toepassingsgebied door de wet van 10 februari 1999 werd uitgebreid tot andere misdrijven dan oorlogsmisdaden, teneinde haar toepasselijk te verklaren op ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht, waaronder met name, naast de oorlogsmisdaden die reeds sinds 1993 onder de wet vielen, genocide en misdaden tegen de mensheid¹⁵⁹.

In 2001 hebben verschillende personen, voornamelijk uit het Midden-Oosten, op die wettelijke mogelijkheid een beroep gedaan om klacht in te dienen en om zich in België burgerlijke partij te stellen tegen de zittende Israëlische premier en tegen een topambtenaar

¹⁵⁷ *Pas.*, 1966, I, p. 1214.

¹⁵⁸ Cass. 12 februari 2003, AR P.02.1139.F, AC 2003, nr. 98, en de conclusie van procureur-generaal DU JARDIN, op datum in *Pas.*; *JT* 2003, p. 243 en de noot van P. D'ARGENT, “Monsieur Sharon et ses juges belges”.

¹⁵⁹ Zie bijvoorbeeld P. D'ARGENT, “La loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire”, *JT* 1999, p. 550; P. KLEIN, “Les prétentions des États à la mise en œuvre “unilatérale” du droit international”, *R.B.D.I.*, 2010, p. 141.

van het Israëlische ministerie van Defensie. De klagers beschuldigden hen van feiten van genocide, misdaden tegen de mensheid en oorlogsmisdaden, met name van de bloedbaden die in september 1982 zijn gepleegd in de Palestijnse vluchtelingenkampen van Sabra en Chatila. De klacht was tegen de beschuldigden gericht wegens hun respectieve verantwoordelijkheden op het ogenblik van de feiten, aangezien de premier toen minister van Defensie was, terwijl de topambtenaar een divisie leidde van het Israëlische leger dat in de buurt van de betrokken kampen was gelegerd.

De kamer van inbeschuldigingstelling van het hof van beroep te Brussel, waarnaar de zaak door de procureur-generaal bij dat hof was verwezen met het oog op een onderzoek van de regelmatigheid van de vervolging – op grond van artikel 136*bis*, tweede lid, Wetboek van Strafvordering –, heeft in een arrest van 26 juni 2002 geoordeeld dat de Belgische gerechten bevoegd waren om de zaak te behandelen. De kamer van inbeschuldigingstelling oordeelde echter dat de vervolging niet ontvankelijk was, aangezien artikel 12 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering, waarvan de wet van universele bevoegdheid voor in het buitenland gepleegde misdrijven niet afwijkt, de aanwezigheid van de beschuldigde op het grondgebied vereist.

De redenering die de kamer van inbeschuldigingstelling reeds had verduidelijkt in een arrest van 16 april 2002¹⁶⁰, kwam er dus op neer dat universele bevoegdheid geen op zichzelf staand mechanisme is, aangezien de wet van 16 juni 1993 niet uitdrukkelijk vermeldt dat ze afwijkt van de Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering.

Het arrest van het Hof van Cassatie van 12 februari 2003 doet uitspraak over een cassatieberoep van meerdere burgerlijke partijen. Het vernietigt het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling omdat het de vervolging van de topambtenaar niet-ontvankelijk had verklaard. De uitlegging die de feitenrechter aan de wet van 16 juni 1993 had gegeven, bleek immers onjuist¹⁶¹.

Het arrest verwerpt daarentegen het cassatieberoep in zoverre het gericht is tegen de beslissing over de vervolging van de Israëlische premier, niettegenstaande dat die beslissing door dezelfde onwettigheid was aangetast als de beslissing over de vervolging van de topambtenaar. Het Hof oordeelt immers dat die beslissing naar recht wordt verantwoord door een rechtsgrond die het in de plaats stelt van die welke het bestreden arrest in aanmerking had genomen.

Het arrest merkt eerst op “dat uit de vaststellingen van het arrest blijkt dat de eisers zich met name tegen verweerder burgerlijke partij hebben gesteld wegens genocide, misdaden tegen

¹⁶⁰ In de zogenaamde *zaak van het aanhoudingsbevel* (of *zaak-Yerodia*, vernoemd naar een van de hoofdrolspelers), die zelf heeft geleid tot een arrest van het IGH van 12 februari 2002, over de immuniteit van een minister in functie van de Democratische Republiek Congo.

¹⁶¹ Het arrest van het Hof geeft hierover aan “dat de internationaalrechtelijke misdaden, die bedoeld worden in de wet van 16 juni 1993, als gewijzigd bij die van 10 februari 1999, geen verband houden met de inhoud van hoofdstuk II van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering en dus geen misdrijven zijn die volgens de wet alleen vervolgd kunnen worden als de inverdenkinggestelde, die deze buiten het grondgebied gepleegd heeft, in België is gevonden”.

de mensheid en oorlogsmisdaden, terwijl de eiser, op het ogenblik dat zij de strafvordering aldus hebben willen instellen, eerste minister van een vreemde Staat was, en dat hij dat ambt nog steeds uitoefende op het ogenblik dat het bestreden arrest is geweest”.

Het arrest oordeelt naar recht “dat het internationale gewoonterecht zich ertegen verzet dat staats- en regeringshoofden in functie, bij ontstentenis van andersluidende, door de betrokken Staten na te leven internationale bepalingen, vervolgd worden voor de strafrechten van een vreemde Staat”.

Vervolgens onderzoekt het arrest of van die gewoonteregel niet wordt afgeweken door een verdrag, wat niet het geval is¹⁶².

Ten slotte onderzoekt het arrest het verband tussen de zojuist genoemde gewoonte en de Belgische wet en oordeelt het “dat de onschendbaarheid die verbonden is aan de officiële hoedanigheid van een persoon, luidens artikel 5, § 3, van de wet van 16 juni 1993 betreffende de bestraffing van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht, de toepassing van die wet weliswaar niet in de weg staat”. Het arrest voegt hieraan toe dat “die interne rechtsregel het voormelde beginsel van internationaal strafgewoonterecht evenwel zou miskennen, als het zo werd uitgelegd dat het ertoe zou strekken de onschendbaarheid, die in dat beginsel is vastgelegd, uit te sluiten”. Het leidt hieruit af “dat die regel die doelstelling dus niet kan hebben maar zo moet worden begrepen dat het alleen uitsluit dat de officiële hoedanigheid van een persoon zou leiden tot zijn strafrechtelijke ontoerekenbaarheid ten aanzien van de bij wet opgesomde internationaalrechtelijke misdaden”.

¹⁶² “Overwegende dat artikel IV van het Verdrag inzake de voorkoming en de bestraffing van genocide weliswaar bepaalt dat de personen een van de daarin strafbaar gestelde handelingen verricht, gestraft zullen worden, ongeacht hun officiële hoedanigheid;

Dat artikel VI van datzelfde verdrag de vervolging van die personen echter alleen voorziet voor de bevoegde rechtbanken van de Staat op wiens grondgebied de daad is gepleegd, of voor het Internationaal Strafgerechtshof;

Dat uit de samenlezing van die twee bepalingen blijkt dat de vrijstelling van rechtsvervolging uitgesloten is in geval van vervolging voor de in het voormelde artikel VI opgesomde rechtscolleges, maar dat niet is wanneer de beschuldigde gebracht wordt voor de rechtbanken van een derde Staat die zich een bevoegdheid toe-eigent die door het internationale verdragsrecht niet is voorzien;

Overwegende dat artikel 27.2 van het Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafgerechtshof daarenboven bepaalt dat de immuniteit die mogelijk verbonden is aan de officiële hoedanigheid van een persoon krachtens het nationaal of het internationaal recht, voor het Hof geen beletsel vormen voor het uitoefenen van zijn rechtsmacht over die persoon;

Dat die bepaling bijgevolg evenmin afbreuk doet aan het bij het internationaal strafgewoonterecht voorgeschreven rechtsbeginsel betreffende de vrijstelling van rechtsvervolging, wanneer de beschermde persoon, zoals te dezen, vervolgd wordt voor de nationale gerechten van een Staat die zich een universele bevoegdheid bij verstek toe-eigent;

Overwegende dat, ten slotte, de Conventies van Genève van 12 augustus 1949, alsook de aanvullende Protocollen I en II bij die conventies, geen enkele bepaling bevatten die een beletsel zouden vormen voor de vrijstelling van rechtsvervolging waarop verweerder zich voor de Belgische gerechten kan beroepen.”

De vervolgingen zijn dus hoe dan ook onontvankelijk, omdat ze gericht zijn tegen een zittende premier, en de middelen die kritiek uitoefenen op de wettigheid van de motivering van de beslissing die in die zin uitspraak doet, zijn niet relevant.

33. Voor sommigen legt het arrest van 12 februari 2003 het beginsel van de voorrang van het internationaal gewoonterecht op het interne recht vast.

Bossuyt en Wouters verwoorden het als volgt: "Het instrument van de volkenrechtconforme interpretatie, zoals toegepast in het arrest Sharon, gaat evenwel nog een stap verder en overschrijdt duidelijk de grenzen van een interpretatieregel. Immers, er kan weinig twijfel over bestaan dat de tekst van art. 5, § 3, van de voormalige "Genocidewet" duidelijk was. Overeenkomstig deze bepaling stonden immuniteiten de toepassing van de wet en bijgevolg de strafrechtelijke vervolging wegens genocide, misdaden tegen de mensheid en oorlogsmisdaden niet in de weg. De toepassing die het Hof van Cassatie aan de voormelde bepaling geeft, is *contra legem*. Het gaat derhalve niet om een toepassing van de leer van volkenrechtconforme interpretatie, maar eerder om een *de facto* toepassing van de leer van het arrest-Le Ski, uitgebreid tot gewoonterechtelijke normen. In de "interpretatie" die het Hof van Cassatie geeft, wordt de voornoemde bepaling immers buiten toepassing verklaard voor zover dit in strijd is met een regel van internationaal gewoonterecht inzake immuniteiten. Bovendien kan erop worden gewezen dat de Belgische hoven en rechtbanken steeds hebben erkend dat particulieren zich op de gewoonterechtelijke regels inzake immuniteiten kunnen beroepen. Het arrest Sharon wijst er bijgevolg op dat het internationaal gewoonterecht voorrang heeft op de Belgische wet"¹⁶³.

Angelet zegt net hetzelfde: "Il ne fait guère de doute qu'en interprétant l'article 5, § 3, comme elle le fait, la Cour de cassation a recours à une fiction juridique. Affirmant procéder à une interprétation conforme, la Cour fait dire à la disposition législative ce que, manifestement, elle ne dit pas. Ce recours à la fiction juridique a deux implications, apparemment contradictoires. D'une part, la Cour consacre, de façon implicite mais certaine, la primauté de la coutume internationale sur la loi interne. Sans cette primauté, le recours à la fiction juridique n'aurait pas eu de raison d'être. D'autre part cependant, alors même qu'il résultait de l'*Affaire du mandat d'arrêt* que la Belgique violait le droit international des immunités, la Cour de cassation fait preuve de respect pour le rôle du législateur en la matière. Plutôt que d'écarter d'un revers de main l'article 5, § 3, comme contraire à la coutume internationale, la Cour de cassation a recours à une fiction juridique pour sauver les apparences de la conformité de l'article 5, § 3, au droit international"¹⁶⁴.

¹⁶³ M. BOSSUYT en J. WOUTERS, *op. cit.*, p. 168. Zie ook D. VAN EECKHOUTTE en J. WOUTERS, *op. cit.*, p. 322, nr. 24; alsook p. 314, nr. 16: "Dans l'arrêt Sharon, la Cour de cassation attire l'attention sur l'importance de l'interprétation conforme au droit international. La Cour précise également que les juridictions nationales sont tenues de conformer leur interprétation au droit international et donne dès lors à cet instrument une portée très large. Eu égard au texte clair de la loi, il fallait cependant y voir une interprétation *contra legem*, affectant par conséquent le principe de sécurité juridique. On peut alors se demander s'il n'y a pas eu plutôt, en l'occurrence, une application *de facto* de l'exception d'irrégularité".

¹⁶⁴ N. ANGELET, *op. cit.*, p. 458.

Andere auteurs nemen een genuanceerder standpunt in: “L’immunité coutumière de juridiction de M. Sharon affirmée, la Cour de cassation dut encore la concilier avec l’article 5, § 3, de la loi du 16 juin 1993 [...]. Une voie aurait été, moyennant l’affirmation de son caractère directement applicable, de faire primer la règle coutumière sur la disposition légale contraire. L’arrêt aurait apporté un beau complément à la jurisprudence *Le Ski*, formellement limitée à la primauté du droit conventionnel directement applicable sur la loi. Ce n’est pas cette voie que la Cour de cassation a choisie. Il n’est pas sûr qu’il faille le regretter, l’immunité étant d’ailleurs plus une obligation que les juridictions du for doivent respecter qu’un droit du représentant étranger mis en cause devant elles. C’est en appliquant une exigence d’interprétation visant à concilier le texte de la disposition légale avec la règle internationale que la Cour de cassation parvient à réduire leur opposition apparente, rendant inutile tout argument de primauté”¹⁶⁵.

Deze laatste analyse sluit ongetwijfeld beter aan bij de beslissing van het arrest. Degenen die hierin een bevestiging van de voorrang van het internationaal gewoonterecht op de Belgische wet lezen, komen enkel tot dat besluit omdat ze hierin een strijdigheid tussen de wet en de gewoonte zien, een strijdigheid die het arrest net uitsluit. Hierin schuilt de dubbelzinnigheid van de techniek van de eensluidende interpretatie: geconfronteerd met een strijdigheid tussen twee normen, gaat men de moeilijkheid om ze uit elkaar te halen uit de weg door hen een betekenis te geven die ze met elkaar verzoent. En omdat het normenconflict niet is ontstaan, kan onmogelijk worden achterhaald hoe het had kunnen worden opgelost indien men dat conflict had moeten beslechten. Toch kunnen we niet ontkennen dat de toevlucht tot de eensluidende interpretatie, in een context waarin het Hof eerder heeft gepreciseerd dat het internationaal gewoonterecht moet wijken voor het geschreven interne recht, een ernstige aanwijzing vormt voor het feit dat het Hof de oplossing van het arrest-*Pittacos* niet langer hanteert¹⁶⁶.

34. Merk op dat, in elk geval, alle commentatoren van het arrest van 12 februari 2003, ongeacht de verschillen in hun analyses, zonder uitzondering lijken te oordelen dat de rechtstreekse werking van de gewoonte een voorwaarde voor de mogelijke voorrang van die gewoonte vormt of zou vormen.

Zoals we hebben gezien, wijst D’Argent erop dat “l’immunité [est] [...] plus une obligation que les juridictions du for doivent respecter qu’un droit du représentant étranger mis en cause devant elles”, wat de rechtstreekse werking van de gewoontereguleer lijkt uit te sluiten, en een van de redenen lijkt te zijn waarom die auteur uitsluit dat het arrest van 12 februari 2003 het voorrangsbeginsel heeft toegepast¹⁶⁷.

¹⁶⁵ P. D’ARGENT, “Monsieur Sharon et ses juges belges”, noot onder Cass. 12 februari 2003, *JT* 2003, p. 251.

¹⁶⁶ Vlg. M. LEMAL, “Le moyen déduit de la violation de la coutume internationale”, in *Entre tradition et pragmatisme. Liber amicorum Paul Alain Foriers*, Brussel, Larcier, 2021, p. 1587: “[l’arrêt] consacre la primauté de cette règle coutumière sur une disposition de droit interne auquel il applique le principe d’interprétation conforme”.

¹⁶⁷ P. D’ARGENT, *op. cit.*, p. 251.

Van Eeckhoutte et Wouters, die in het arrest integendeel een gewoonterechtelijke uitbreiding van de regel van het arrest-*Le Ski* zien, benadrukken dat die uitbreiding betrekking heeft op een gewoonteregel met rechtstreekse werking: “signalons également que les cours et tribunaux belges ont toujours attribué un effet direct aux règles coutumières en matière d’immunités internationales et que la primauté, sur les normes internes, du droit coutumier international d’effet direct trouve un appui général dans la doctrine belge. Nous nous permettrons, par conséquent, d’en conclure que l’arrêt Sharon confère au droit coutumier international d’effet direct la primauté sur le droit interne belge”¹⁶⁸.

Nog andere auteurs, die het arrest van 12 februari 2003 evenwel niet rechtstreeks becommentariëren, menen dat de gewoonterechtelijke immuniteitsregels geen rechtstreekse werking hebben. Toch oordelen ze dat die regels voorrang moeten krijgen op de hiermee strijdige Belgische wet, aangezien de rechtstreekse werking volgens hen geen voorwaarde voor de voorrang zou zijn of dat niet meer zou mogen zijn, althans niet wanneer deze wordt aangevoerd door een vreemde Staat, een internationale organisatie of één van hun organen¹⁶⁹. Die analyse verschilt echter niet fundamenteel van die van de andere auteurs: ze gaat uit van een bijzonder verfijnde definitie van de rechtstreekse werking en neutraliseert de mogelijke gevolgen ervan door het toepassingsgebied van de voorrang zodanig te bepalen dat het oorspronkelijke domein ervan behouden wordt¹⁷⁰.

HOOFDSTUK III. - De internationale gewoonte in de cassatieprocedure

Afdeling 1 - Het middel dat de miskennis van de gewoonte aanvoert

Paragraaf 1.- Traditioneel standpunt

35. Krachtens artikel 147 Grondwet bestaat er voor geheel België één Hof van Cassatie. Dit Hof treedt niet in de beoordeling van de zaken zelf. Artikel 608 Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat het Hof van Cassatie kennisneemt van de beslissingen in laatste aanleg die voor het Hof worden gebracht wegens overtreding van de wet of wegens schending van substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen.

Traditioneel beschouwde men deze twee beperkingen van de functie van het Hof als een belemmering voor het Hof om een middel te behandelen dat de miskennis van de internationale gewoonte aanvoert. Dat was in ieder geval de oplossing die werd vooropgesteld in een arrest van 21 januari 1848 dat, als antwoord op een middel dat zich beriep op “*la violation des principes du droit des gens et dans la fausse application de l’article 12 du traité du 9 juillet 1831 et de l’annexe de l’article 8 du traité du 31 mai 1815*”, bevestigde

¹⁶⁸ D. VAN EECKHOUTTE en J. WOUTERS, *op. cit.*, p. 322, nr. 24.

¹⁶⁹ F. DOPAGNE, “L’effet direct est-il une condition de la primauté du droit international sur le droit belge?”, *R.B.D.I.*, 2012, p. 463.

¹⁷⁰ Zoals D. VAN EECKHOUTTE en J. WOUTERS terecht opmerken in *op. cit.*, p. 323, nr. 24, noot 70: “Selon F. Dopagne, les normes internationales sur les immunités n’ont pas d’effet direct (comme l’immunité n’est pas un droit qui a un particulier comme titulaire), mais il arrive – plus ou moins – au même résultat en écartant l’exigence d’effet direct pour une norme invoquées par un “Etat étranger, une organisation internationale ou leur organe” (donc une forme d’application immédiate en droit interne)”.

dat “la violation des principes du droit des gens ne peut donner ouverture à cassation que pour autant qu'ils soient consacrés par un texte de loi cité à l'appui de la requête”¹⁷¹.

Salmon, die Henri Simont citeert, zegt: “Protectrice de la loi nationale dans le sens du droit écrit, la Cour, expliquait la doctrine, ne pouvait accueillir aucun moyen déduit de la violation ‘d'une maxime juridique, d'un principe de droit des gens et de droit international privé ou d'une disposition de la loi étrangère, lorsque leur méconnaissance n'entraîne aucune violation de la loi belge...’”¹⁷².

Die oplossing is overeenkomstig gebleven, aangezien Rigaux in 1967 nog schreef: “sont, en revanche, soustraites au contrôle de légalité, les sources de droit non écrites, tels un principe de droit international non consacré par un texte de loi, la coutume internationale, ‘les règles non écrites de droit international privé’”¹⁷³.

36. Toezicht door het Hof was evenwel niet geheel uitgesloten. Dat toezicht kon echter enkel op indirecte wijze worden uitgeoefend, via een internrechtelijke bepaling.

Rigaux merkt op dat “les solutions exposées dans le paragraphe précédent appartiennent au droit positif belge mais, en ce qui concerne les sources de droit dont la Cour de cassation s’est, jusqu’ici, refusée à censurer la violation, le moyen n’est irrecevable que s’il est directement pris de la transgression de la règle de droit non nationale mal appliquée par le juge du fond au litige dont il est saisi. En revanche, il arrive que le principe de droit international ou la règle de droit étranger interviennent comme condition d’application de la disposition de la loi belge, appliquée par le juge aux faits de la cause. Dans ce cas, le moyen est recevable s’il est fondé sur la transgression de la loi belge elle-même”¹⁷⁴.

Dit verklaart waarom, ondanks de grenzen die het Hof hierop had gesteld, in de vroege rechtspraak van het Hof arresten konden worden aangetroffen waarin de draagwijdte van deze of gene regel van internationaal gewoonterecht werd vastgesteld¹⁷⁵.

Paragraaf 2.- Recente ontwikkelingen – De internationale gewoonte in het juridisch arsenaal van het Hof

37. Het arrest van 12 maart 2001¹⁷⁶ heeft voor een belangrijke omwenteling in de rechtspraak gezorgd. Daarin heeft het Hof immers erkend dat het kan kennisnemen van een middel dat rechtstreeks de miskenning van een internationale gewoontereguleering aanvoert.

¹⁷¹ Cass. 21 januari 1848, *Pas.*, 1848, I, p. 277.

¹⁷² J. SALMON, “Le rôle de la Cour de cassation belge à l’égard de la coutume internationale”, *loc. cit.*, p. 253, citaat van H. SIMONT, *Des pourvois en cassation en matière civile*, Paris-Bruxelles, 1933, p. 205, nr. 202.

¹⁷³ F. RIGAUX, “Le droit international et le droit étranger à la Cour de cassation”, *R.B.D.I.*, 1967, p. 54, nr. 7.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 55, nr. 9.

¹⁷⁵ Zie m. n. J. SALMON, *op. cit.*, p. 22 e.v., evenals de in nota’s 135 tot 146 geciteerde en onderzochte arresten.

¹⁷⁶ Cass. 12 maart 2001, AR S.99.0103.F, AC 2001, nr. 126 en de conclusie van eerste advocaat-generaal LECLERCQ, op datum in *Pas.*.

De zaak betrof een arbeidsrechtelijk geschil tussen de Liga van de Arabische Staten en een van haar werknemers. Aangezien het bestreden arrest had geweigerd te oordelen dat de Liga immuniteit van rechtsmacht genoot, had laatstgenoemde cassatieberoep ingesteld en had ze, in het tweede onderdeel van haar eerste middel, aangevoerd dat *“de immuniteit van rechtsmacht van internationale organisaties is vastgelegd in een algemeen beginsel van het internationaal publiek recht, wat een verbindende formele bron is van de regels van het internationaal publiek recht, met name naar luid van artikel 38, 1, c), van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof van 26 juni 1945, goedgekeurd bij de Belgische wet van 14 december 1945”*. De Liga leidde hieruit af dat het arrest, *“door te weigeren aan eiseres de door haar aangevoerde immuniteit van rechtsmacht toe te kennen”*, dat algemeen rechtsbeginsel had miskend.

Om die grief te verwerpen, oordeelt het Hof *“dat er geen algemeen beginsel van het internationaal publiek recht bestaat in de zin van artikel 38, 1, c), van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof ondertekend te San Francisco op 1 juni 1945 en goedgekeurd bij de wet van 14 december 1945, dat de immuniteit van rechtsmacht vastlegt van de internationale organisaties ten aanzien van de Staten die hen hebben opgericht of erkend”*¹⁷⁷.

38. In verschillende daaropvolgende arresten werd de ontvankelijkheid van het middel bevestigd dat rechtstreeks de miskening van het internationaal gewoonterecht aanvoert. We laten hier het reeds aangehaalde arrest van 12 februari 2003 even buiten beschouwing, aangezien het de internationale gewoonteregel enkel vermeldt om een vervanging van redenen door te voeren en het middel aldus niet-ontvankelijk te kunnen verklaren. Relevanter voor de ontvankelijkheid van de grief is het arrest van 22 november 2012, waarin het Hof voor het eerst de vernietiging heeft uitgesproken wegens een rechtstreekse miskening van de internationale gewoonteregel.

Deze zaak ging over de invordering van een Argentijnse staatsschuld door een fonds dat gespecialiseerd is in het speculatief opkopen van dergelijke schulden. Dat fonds, dat voordeel haalde uit de afstand door de Argentijnse Staat van zijn uitvoeringsimmuniteit, had beslag laten leggen op goederen die bestemd waren voor de werking van een diplomatieke zending. Het bestreden arrest had het hoger beroep van de Republiek Argentinië verworpen.

In haar cassatieberoep voerde zij met name de miskening aan van een regel van het internationaal gewoonterecht, samengevat in de spreuk *ne impediatur legatio*.

De eiseres voerde het volgende aan:

“de uitvoeringsimmuniteit die bankrekeningen van de diplomatieke zending genieten, volgt op zijn minst uit de regel van internationaal gewoonterecht ne impediatur legatio die ertoe strekt te verzekeren dat diplomatieke zendingen doelmatig functioneren, ongeacht de algemene uitvoeringsimmuniteit die de vreemde Staten genieten.

¹⁷⁷ Ibid.

De verbindende kracht van die internationale gewoonte als bron van het internationaal recht is vastgelegd in artikel 38, § 1, b), van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof, gevoegd bij het Handvest van de Verenigde Naties van 26 juni 1945.

Uit het voorgaande volgt dat bankrekeningen van een diplomatieke zending een uitvoeringsimmunititeit genieten die onderscheiden is van de uitvoeringsimmunititeit van de vreemde Staten in de zin van de regel van internationaal gewoonterecht. Artikel 32 van de Europese Overeenkomst inzake de immunititeit van Staten bevestigt het aparte karakter van de diplomatieke immunititeit; dat artikel luidt namelijk als volgt: ‘De bepalingen van deze Overeenkomst laten onverlet de voorrechten en immuniteiten met betrekking tot de uitoefening van de functies van diplomatieke missies en consulaire posten en van de daaraan verbonden personen’.

Wanneer een vreemde Staat niet specifiek afstand doet van de uitvoeringsimmunititeit op de bankrekeningen van de diplomatieke zendingen, impliceert de loutere afstand van de Staat van zijn uitvoeringsimmunititeit, niet dat dat die Staat afstand doet van zijn uitvoeringsimmunititeit op de bankrekeningen van zijn diplomatieke zendingen.”

Het Hof heeft die grief aangenomen. Het oordeelt:

“Krachtens de regel van internationaal gewoonterecht ne impediatur legatio, volgens welke de werking van de diplomatieke zending niet belemmerd mag worden, genieten alle goederen van die zending die dienen voor haar werking een autonome uitvoeringsimmunititeit die boven die van de ontvangende Staat staat.

Daaruit volgt dat geen enkel beslag of dwangmaatregel kan worden toegepast op de goederen die aangewend worden voor de werking van een diplomatieke zending, tenzij de ontvangende Staat uitdrukkelijk toestaat dat er voor die categorie goederen of een gedeelte van de categorie dwangmaatregelen worden genomen. [...]

Het arrest dat, zonder vast te stellen dat de in beslag genomen bedragen werden aangewend voor andere doeleinden dan de werking van de diplomatieke zending van de eiseres, beslist dat de algemene afstand [...] ook geldt voor de goederen van die diplomatieke zending, met inbegrip van de bankrekeningen, zonder dat de eiseres op uitdrukkelijke en bijzondere wijze afstand moet doen van de immunititeit betreffende die goederen, [...] miskent de regel van internationaal gewoonterecht ne impediatur legatio”¹⁷⁸.

39. Recenter, namelijk in 2019, heeft het Hof vlak na elkaar twee nieuwe arresten gewezen over een grief die rechtstreeks de schending van het internationaal gewoonterecht met betrekking tot de immunititeit van rechtsmacht van vreemde Staten aanvoerde.

Het arrest van 6 december 2019, in een zaak tussen de Russische Federatie en een Belgische vennootschap in het kader van vastgoedtransacties, brengt het klassieke

¹⁷⁸ Cass. 22 november 2012, AR C.11.0688.F, AC 2012, nr. 630, en de conclusie van procureur-generaal LECLERCQ, op datum in *Pas*.

onderscheidingscriterium in herinnering dat is gebaseerd op het al dan niet uitoefenen door de vreemde Staat van zijn publiekrechtelijke macht.

Het Hof herinnert eraan dat: *“de vrijstelling van rechtsvervolging van Staten een regel van internationaal gewoonterecht is die de gerechten van een Staat verbiedt hun rechtsprekende bevoegdheid uit te oefenen over een andere Staat die daarin niet heeft toegestemd”* en dat *“van deze regel wordt afgeweken wanneer de tegen de vreemde Staat ingestelde rechtsvordering betrekking heeft, niet op een handeling die hij heeft verricht in de uitoefening van zijn publiekrechtelijke macht, maar op een bestuurshandeling”*.

Het Hof vervolgt: *“om te bepalen of de Staat een handeling heeft verricht in de uitoefening van zijn publiekrechtelijke macht, moet acht worden geslagen op de aard van die handeling en op de hoedanigheid waarin die Staat is opgetreden, met inaanmerkingneming van de context waarin de handeling werd verricht”*.

In dit geval had het bestreden arrest evenwel beslist *“dat de handelingen gesteld door de Permanente Vertegenwoordiging van de eiseres bij de Europese Unie bestuurshandelingen zijn, waarbij het enkel acht slaat op de aard of de vorm van die handelingen zonder na te gaan in welke hoedanigheid de eiseres is opgetreden, gelet op de context waarin die handelingen werden verricht”*.

Hieruit kon worden afgeleid dat het arrest de internationale gewoonte betreffende de immuniteit van rechtsmacht heeft miskend¹⁷⁹.

Dat arrest moet worden gelezen in samenhang met een ander arrest, namelijk dat van 4 maart 2019, gewezen in een zaak tussen de Verenigde Staten van Amerika en een werknemer van hun ambassade in België.

Net als in het arrest van 12 maart 2001 heeft deze beslissing betrekking op de immuniteit van rechtsmacht in het kader van een geschil over de uitvoering van een arbeidsovereenkomst. In tegenstelling tot laatstgenoemd arrest is de werkgever in dit geschil een vreemde Staat, waaraan het internationaal gewoonterecht immuniteit van rechtsmacht toekent, en geen internationale organisatie waarvan de immuniteit, volgens het internationaal recht in zijn huidige vorm, uitsluitend door verdragen wordt geregeld.

Het Hof oordeelt dat het bestreden arrest het internationaal gewoonterecht niet heeft geschonden. In de uiteenzetting van de toepasselijke regels preciseert het Hof het volgende:

“1. Krachtens het internationaal gewoonterecht inzake immuniteit van rechtsmacht zoals ook opgenomen in artikel 11, eerste lid, van het Verdrag van de Verenigde Naties van 2 december 2004 inzake de immuniteit van rechtsmacht en hun eigendommen, kan een staat, tenzij anders overeengekomen tussen de betrokken staten, geen beroep doen op immuniteit van rechtsmacht ten overstaan van een rechter van een andere staat die voor het overige bevoegd is ter zake van een geding dat betrekking heeft op een

¹⁷⁹ Cass. 6 december 2019, AR C.18.0282.F, AC 2019, nr. 650, www.juportal.be.

arbeidsovereenkomst tussen de staat en een natuurlijke persoon voor werkzaamheden die geheel of gedeeltelijk zijn verricht of dienen te worden verricht op het grondgebied van die andere staat.

Krachtens datzelfde internationale gewoonterecht, zoals ook opgenomen in artikel 11, tweede lid, a, van voormeld verdrag, geldt deze uitzondering op de immuniteit van rechtsmacht niet wanneer de werknemer is aangesteld voor het vervullen van bepaalde functies in de uitoefening van bevoegdheden van de overheid.

2. Hieruit volgt dat, wanneer een zaak betrekking heeft op een arbeidsovereenkomst tussen een andere staat en een natuurlijke persoon en die andere staat zich beroept op de immuniteit van rechtsmacht, deze staat geen beroep kan doen op die immuniteit, tenzij aan een aantal criteria is voldaan waaronder de aanstelling voor het vervullen van bepaalde functies 'in de uitoefening van bevoegdheden van de overheid', hetzij de 'acta iure imperii'¹⁸⁰.

Los van het feit dat laatstgenoemd arrest opnieuw de ontvankelijkheid bevestigt van een middel dat de schending van de internationale gewoonte aanvoert en aantoont dat het aandeel van die aangelegenheden in cassatiegeschillen steeds groter wordt, kaart het ook een andere problematiek aan: die van de wijze waarop het Hof te werk moet gaan om de gewoonteregel te identificeren (we komen hierop nog terug).

40. De zaak waarover het Hof op 27 juni jl.¹⁸¹ heeft beslist, is in die zin opmerkelijk dat het zijn beslissing op een, mijns inziens, precieze en ondubbelzinnige wijze baseert op het internationale gewoonterecht.

De feiten van de zaak en de voorafgaande rechtspleging zoals ze blijken uit de stukken waarop het Hof vermocht acht te slaan, kunnen als volgt worden samengevat.

De eiser (het Koninkrijk Eswatini) heeft de verweerster als receptioniste en typiste in dienst genomen bij haar ambassade in België. Hun geschil betreft de verplichtingen die de eiser krachtens die overeenkomst en de Belgische wetgeving moet nakomen.

De eiser heeft voor de feitenrechtters niet aangevoerd dat de Belgische rechterlijke instanties onbevoegd zouden zijn om van de zaak kennis te nemen¹⁸². Hij heeft voor de arbeidsrechtbank daarentegen wel aangevoerd dat de aanneming van bepaalde vorderingen van de verweerster een miskennis inhouden van de immuniteit van rechtsmacht die hij als vreemde Staat geniet.

Het cassatieberoep van de eiser verwijt het bestreden arrest twee vorderingen te hebben ingewilligd waartegen hij die immuniteit had aangevoerd.

¹⁸⁰ Cass. 4 maart 2019, AR S.15.0051.N, AC 2019, nr. 138.

¹⁸¹ Cass. 27 juni 2022, o.c.

¹⁸² Het arrest van de arbeidsrechtbank te Brussel wijst er uitdrukkelijk op dat "*la compétence du tribunal n'est pas contestée par le Royaume du Swaziland*".

In een eerste middel voert de eiser in essentie aan dat, wanneer een vreemde Staat een misdrijf pleegt op het grondgebied van een andere Staat, de immuniteit van rechtsmacht verhindert dat de vreemde Staat strafrechtelijk wordt vervolgd en dat ze zich tevens verzet tegen elke burgerrechtelijke vordering die, op grond van dezelfde gedraging die deze Staat zou worden aangewreven, tegen dezelfde Staat zou kunnen worden ingesteld voor de strafrechten of voor de burgerlijke rechten van een andere Staat. Hij voegt hieraan toe dat artikel 11 van het verdrag van de Verenigde Naties van 2 december 2004 inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen, dat bepaalde vorderingen in verband met arbeidsovereenkomsten toestaat, niet van deze beginselen afwijkt, aangezien het geen betrekking heeft op de aansprakelijkheid van de vreemde Staat voor gedragingen waarvoor die Staat strafrechtelijk vervolgd zou kunnen worden en dat de uitzonderingen op de immuniteit beperkend moeten worden uitgelegd.

Het parket oordeelt dat dit middel faalt naar recht, omdat het geheel uitgaat van de stelling dat een vreemde Staat, die niet kan worden vervolgd voor een misdrijf dat op het grondgebied van de andere Staat is gepleegd, op grond van diezelfde misdrijven dus evenmin burgerrechtelijk kan worden vervolgd.

Uit de conclusie van de procureur-generaal, die (impliciet) wordt gevolgd door de rechters van het Hof van Cassatie, blijkt echter dat deze redenering geenszins strookt met de stand van het internationale gewoonterecht. Uit dat onderzoek blijkt immers wat volgt:

- 1° de internationale gewoonterechtelijke regel betreffende de immuniteit van Staten verbiedt de gerechten van een Staat om hun rechtsprekende bevoegdheid uit te oefenen over een andere Staat die hiermee niet heeft ingestemd;
- 2° van die regel wordt afgeweken wanneer de tegen de vreemde Staat ingestelde rechtsvordering niet betrekking heeft op een handeling die hij heeft verricht in de uitoefening van zijn publiekrechtelijke macht, maar op een bestuurshandeling;
- 3° indien de rechtsvordering betreffende een bestuurshandeling van een vreemde Staat gegrond is op feiten waaruit het bestaan van een misdrijf blijkt dat bestraft wordt door de wetgeving van de Staat en dat bij de gerechten van die Staat aanhangig wordt gemaakt, verhindert de strafrechtelijke immuniteit van rechtsmacht van vreemde Staten dat de vreemde Staat strafrechtelijk wordt vervolgd;
- 4° de strafrechtelijke immuniteit van rechtsmacht van vreemde Staten verhindert niet dat er een burgerlijke rechtsvordering kan worden ingesteld die op dat misdrijf is gegrond;
- 5° in zijn burgerlijke rechtsvordering kan de benadeelde zich beroepen op de toepassing van artikel 26 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering, dat de termijnen bepaalt die van toepassing zijn op een uit een misdrijf voortvloeiende burgerlijke rechtsvordering.

Nog steeds in het tweede middel voert het cassatieberoep, tegen het bestreden arrest dat de eiser verschillende dwangsommen had opgelegd, in een tweede onderdeel aan dat de Belgische rechter verplicht was om de internationale gewoonte betreffende de immuniteit van rechtsmacht van Staten toe te passen, *zoals deze voortvloeit uit de tekst van de artikelen 18, 19, 20 en 24.1, van het verdrag van de Verenigde Naties van 2 december 2004 inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen.*

De eiser stelt niet dat dit verdrag, waarvan hij erkent dat het door België op 22 april 2005 werd ondertekend, zonder te zijn geratificeerd, bindend zou zijn in de Belgische rechtsorde. Hij voert enkel aan, op grond van het (voormelde) arrest van het Hof van 4 maart 2019¹⁸³, dat dit verdrag het toepasselijke internationale gewoonterecht formeel vormgeeft. De daarin vervatte regels zouden dus, zelfs bij gebrek aan ratificatie van het verdrag, voor de Belgische rechter bindend zijn.

Hierdoor kan hij zich beroepen op de regels van de artikelen 19 en 24.1, die volgens hem de Belgische rechter verboden om hem te veroordelen op straffe van dwangsom.

Het parket eindigt zijn onderzoek van de vraag of de artikelen 18, 19, 20 en 24.1 van voormeld verdrag de huidige stand van het internationale gewoonterecht betreffende de uitvoeringsimmunititeit van Staten weergeven, met het besluit dat het middel, onder voorbehoud van *artikel 19*, dat betrekking heeft op de *immunité van Staten ten aanzien van dwangmaatregelen na het vonnis* en dat die dwangmaatregelen slechts onder verschillende restrictieve voorwaarden toestaat, in dit onderdeel en om die redenen faalt naar recht.

Hoewel uit dat onderzoek ook blijkt dat het middel faalt naar recht, in zoverre het artikel 24.1 van het verdrag van 2 december 2004 aanvoert, voegt het parket daaraan nog toe dat het onduidelijk is in hoeverre die bepaling, gesteld dat deze de stand van de gewoonte zou hebben weergegeven, het arbeidshof had kunnen verbieden om de door hun uitgesproken veroordelingen met een dwangsom gepaard te laten gaan.

Artikel 24.1 bepaalt onder de titel "*Privileges and immunities during court proceedings*" dat "*any failure or refusal by a State to comply with an order of a court of another State enjoining it to perform or refrain from performing a specific act or to produce any document or disclose any other information for the purposes of a proceeding shall entail no consequences other than those which may result from such conduct in relation to the merits of the case. In particular, no fine or penalty shall be imposed on the State by reason of such failure or refusal.*"

Volgens het parket wordt het toepassingsgebied van deze tekst beperkt door de onderstreepte bewoordingen. Het zou kunnen verhinderen dat een dwangsom wordt opgelegd als onderdeel van een procedurele verplichting van de Staat. Het heeft evenwel geen betrekking op het opleggen van een dwangsom ter ondersteuning van de beslissing over het recht zelf¹⁸⁴.

Ten slotte, op de vraag of artikel 19 van het verdrag, in zoverre het een uitdrukking is van de internationale gewoonte, de arbeidsrechtbank verbiedt om de vreemde Staat een dwangsom op te leggen, zoals de eiser aanvoert, antwoordt het parket bevestigend, aangezien de dwangsom wel degelijk een dwangmaatregel vormt.

¹⁸³ Cass. 4 maart 2019, AR S.15.0051.N, AC 2019, nr. 138.

¹⁸⁴ Vgl. G. HAFNER en L. LANGE, "La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens", *Annuaire français de droit international*, 2004, p. 45, inz. p. 68-71. Zie T. GAZZINI, "Article 24", in *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 363.

Wat het Hof beslist:

(over het eerste middel)

- (i) De internationale gewoonterechtelijke regel betreffende de immuniteit van Staten verbiedt gerechten van een Staat om hun rechtsprekende bevoegdheid uit te oefenen over een andere Staat die hiermee niet heeft ingestemd.
- (ii) Van die regel wordt afgeweken wanneer de tegen de vreemde Staat ingestelde rechtsvordering niet betrekking heeft op een handeling die hij heeft verricht in de uitoefening van zijn publiekrechtelijke macht, maar op een bestuurshandeling.
- (iii) Indien de rechtsvordering betreffende een bestuurshandeling van een vreemde Staat gebaseerd is op feiten waaruit het bestaan blijkt van een misdrijf dat bestraft wordt door de wetgeving van de Staat en dat bij de gerechten van die Staat aanhangig wordt gemaakt, verhindert de strafrechtelijke immuniteit van rechtsmacht van vreemde Staten weliswaar dat de vreemde Staat strafrechtelijk wordt vervolgd, maar niet dat er een burgerlijke rechtsvordering wordt ingesteld dat op dat misdrijf is gegrond en evenmin dat er een regel wordt toegepast (zoals artikel 26 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering), die een dergelijke vordering onderwerpt aan een specifieke verjaringsregeling die inhoudt dat de bestanddelen van het misdrijf worden geacht ten aanzien van de vreemde Staat te zijn bewezen.

(Tweede middel, tweede onderdeel)

- (i) De internationale gewoonterechtelijke regel betreffende de immuniteit van vreemde Staten, waaraan is vormgegeven in artikel 19 in limine van het verdrag van de Verenigde Naties inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen, gesloten te New York op 2 december 2004, verbiedt dwangmaatregelen die een Staat verplichten om een rechterlijke beslissing van een rechtsmacht van een andere Staat ten uitvoer te leggen.
- (ii) Door aan de tegen de eiser uitgesproken veroordelingen dwangsommen te verbinden, miskent het bestreden arrest deze gewoonteregel.

Afdeling 2.- De identificatie van de gewoonte

41. De kwestie van de identificatie van de gewoonteregel is in de laatste jaren steeds prangender geworden. De eerste arresten die het Hof heeft gewezen nadat het de ontvankelijkheid had bevestigd van een middel dat rechtstreeks de miskenning van de internationale gewoonte aanvoert, hadden betrekking op de onbetwistbare regels van het internationaal publiekrecht uit gewoonte: de immuniteit van rechtsmacht van regeringsleiders, van Staten, het beginsel *ne impediatur legatio*.

In sommige gevallen sluiten de arresten van het Hof aan bij een jurisprudentiële stroom waarin het Internationaal Gerechtshof de draagwijdte heeft bepaald van de regels die het gevraagd wordt toe te passen. Zo is de zaak-Sharon het logische gevolg van het arrest-Yerodia.

Naarmate het aantal geschillen over deze aangelegenheid aangroeit, wordt de taak van het Hof ook steeds moeilijker. De toepassingen van de gewoonteregel betreffen immers steeds specifiekere punten en het wordt dus steeds minder waarschijnlijk dat ze al het voorwerp hebben uitgemaakt van een precedent.

Een voorbeeld hiervan is de vraag betreffende de omvang van de immuniteit van rechtsmacht van de vreemde Staat in geschillen over arbeidsovereenkomsten. Dat het beginsel van de immuniteit van rechtsmacht enkel geldt voor handelingen *de iure imperii*, staat vast. Maar wat omvat dit precies in het ene of het andere geval? Kan de ondertekening van een arbeidsovereenkomst bijvoorbeeld hieronder vallen? En zo ja, onder welke voorwaarden? Zodra men van het algemeen beginsel afwijkt en men in de bijzonderheden van de toepassing ervan treedt, worden de zaken ingewikkelder.

42. Het gaat hier om een algemeen probleem waar de actoren van het internationaal recht niet onverschillig tegenover staan.

Een mechanisme dat die moeilijkheden kan verhelpen, bestaat erin de gewoonteregels te codificeren door ze formeel in een verdrag vast te leggen. Zo laat de omzetting van de gewoonteregel in een geschreven verdrag toe de toepassing ervan nauwkeuriger te omschrijven.

Die werkwijze roept evenwel vragen op. Verandert de codificatie op die manier de intrinsieke aard van de regel? Dat is niet duidelijk. Volgens sommigen is in dat geval, tussen de Staten die partij zijn bij het codificerend verdrag, niet het gewoonterecht als zodanig van toepassing, *“mais les clauses du traité qui l'ont codifié et lui ont donné une version écrite. Les clauses conventionnelles sont donc l'unique norme qui régit les relations entre les Etats parties au traité”*¹⁸⁵. Terzelfdertijd moeten zij erop wijzen dat de internationale rechtspraak voorziet in de cumulatieve toepassing van het verdrag en van het gewoonterecht. De verdragsbepalingen zouden hoe dan ook de aard van de gewoonteregel behouden: indien de gewoonteregel een *ius cogens*-regel is, wordt die eigenschap overgedragen op de verdragsbepaling¹⁸⁶.

Eigenlijk schuilt het belang van de codificatie niet zozeer in het feit dat ze de contouren van het gewoonterecht vastlegt, maar dat ze elke onzekerheid wegneemt die zou kunnen bestaan omtrent het dwingend karakter van de regels die ze vastlegt. Die regels verbinden de verdragsluitende partijen, hetzij door hun gewoonterechtelijke aard, hetzij, wanneer ze niet van een dergelijke aard zijn, omdat ze in een verdrag zijn vastgelegd.

Voor de Staten die niet verbonden zijn door het codificerend verdrag, blijft de kwestie evenwel ongewijzigd. Zij zijn weliswaar gebonden door de gewoonteregel, maar de problematische onzekerheid over de precieze contouren van die regel blijft bestaan.

Niettemin blijft het een feit dat, zelfs in dergelijke gevallen, het codificatievoorstel de taak van de rechter gedeeltelijk vergemakkelijkt. Ook al valt het geschreven verdrag niet geheel samen met de gewoonteregel, kan dit, samen met andere elementen, bijdragen tot het bepalen van de omvang van die regel.

¹⁸⁵ J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 45.

¹⁸⁶ *Ibid.*

In geen geval kan echter worden aangenomen dat de codificatie noodzakelijkerwijs vormgeeft aan de gehele gewoonteregel, in al zijn aspecten.

M. Lemal merkt op dat *“s’il est indéniable que les traités, notamment en ce qu’ils codifient certaines règles coutumières existantes, jouent un rôle important dans l’identification de ces règles, cette méthode n’est pas pour autant absolument décisive. Le projet de conclusion 11 sur la détermination du droit international coutumier précise à cet égard qu’[u]ne règle énoncée dans un traité peut refléter une règle de droit international coutumier’. Selon le commentaire de ce texte, ‘l’expression ‘peut refléter’ indique que les traités ne peuvent en eux-mêmes créer une règle du droit international coutumier, ni fournir une preuve concluante de son existence ou de son contenu’. En outre, la codification d’une règle coutumière n’exclut pas une possible évolution de cette règle. Par ailleurs, la codification n’implique pas non plus la consécration de la règle dans tous ses aspects”*.¹⁸⁷

43. Een van de codificaties waaraan momenteel wordt gewerkt, is die van het verdrag van de Verenigde Naties van 2 december 2004 betreffende de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen. Dat verdrag is nog niet van kracht: het zal pas in werking treden vanaf de dertigste dag na de neerlegging van de dertigste akte van bekrachtiging. Voorlopig hebben echter nog maar tweeëntwintig staten het bekrachtigd¹⁸⁸.

Voor zover dat verdrag de internationale gewoonteregel aanwijst, speelt het niettemin een rol bij de identificatie ervan. Dat blijkt in elk geval uit het arrest van het Hof van 4 maart 2019, waarin het stelt dat artikel 11, eerste lid, van het verdrag van 2 december 2004 de schriftelijke neerslag van een gewoonteregel vormt.

Het Hof blijft evenwel erg voorzichtig en gaat er niet van uit dat de volledige tekst van het verdrag de uitdrukking zou vormen van het gewoonterecht. M. Lemal wijst erop dat *“par contre, s’agissant de la règle de l’immunité de juridiction des États en ce qui concerne les procédures relatives à des transactions commerciales, il peut être déduit des arrêts de la Cour des 23 octobre 2015¹⁸⁹ et 6 décembre 2019¹⁹⁰ que celle-ci n’a pas considéré que les articles 2.2 et 10 de la même convention codifiaient une règle rigoureusement arrêtée dans tous ses aspects, notamment quant aux critères permettant de départager les actes de gestion des actes de souveraineté. En effet, ces arrêts considèrent, dans une formulation proche de celle d’un arrêt du 11 juin 1903, que, ‘pour déterminer si les actes accomplis par un État ou une entité d’un État l’ont été dans l’exercice de la puissance publique, il convient d’avoir égard à*

¹⁸⁷ M. LEMAL, *op. cit.*, p. 1590, nr. 9.

¹⁸⁸ België heeft het op 22 april 2005 ondertekend maar heeft er nog niet mee ingestemd (https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=en). Het heeft daarentegen wel de Europese Overeenkomst van Bazel inzake de immuniteit van Staten (ETS nr. 074) ondertekend op 16 mei 1972 en geratificeerd op 21 oktober 1975, en die overeenkomst is op 11 juni 1976 in werking getreden (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=074>).

¹⁸⁹ Cass. 23 oktober 2015, AR C.14.0322.F, AC 2015, nr. 621, en de conclusie van advocaat-generaal WERQUIN, op datum in *Pas*.

¹⁹⁰ Cass. 6 december 2019, AR C.18.0282.F, AC 2019, nr. 650, en de conclusie van advocaat-generaal DE KOSTER, op datum in *Pas*.

la nature de cet acte et à la qualité en laquelle cet État ou cette entité est intervenu en tenant compte du contexte dans lequel l'acte a été accompli"¹⁹¹.

Men kan niet beter de noodgedwongen casuïstische dimensie beklemtonen waarmee het identificatiewerk van het gewoonterecht gepaard gaat, wat nog wordt versterkt door de verplichting van het Hof om slechts uitspraak te doen binnen de grenzen van de middelen waarvan het kennisneemt.

Het bestaan van andersluidende beslissingen sluit uit dat ervan kan worden uitgegaan, zoals een auteur beweerde, dat het Hof van meet af aan de codificatie gebruikt om het gewoonterecht te identificeren, door aan het bestaan en aan de bewoordingen ervan een doorslaggevend belang toe te kennen¹⁹².

Als men aanneemt dat het Hof, zoals dat zijn taak is, op zoek gaat naar de bestanddelen van een gewoonte, zelfs al gaat het in de opgave van de rechtsregel niet verder in op de kwestie, is het niet tegenstrijdig om een bepaalde verdragsbepaling in die zin uit te leggen dat ze de neerslag vormt van een reeds bestaande gewoonte, of zelfs dat ze aanleiding heeft gegeven tot het ontstaan van een gewoonte, terwijl een andere bepaling dan weer zonder gevolg blijft. De verklaring hiervoor is dat, in het ene geval, het Hof heeft geoordeeld dat de bestanddelen van een gewoonte aanwezig zijn, en in het andere niet.

Hoewel het Hof, zoals F. Rigaux reeds heeft opgemerkt, het internationaal gewoonterecht moet vaststellen, hoeft het in zijn arrest, zoals dat voor het Hof gebruikelijk is, niet uitdrukkelijk opgave te doen van alle elementen die hem de regel hebben doen ontdekken. Enkel de regel zelf moet worden vermeld.

De verplichting om de bestanddelen van de internationale gewoonte te vermelden, wordt niet opgelegd door de beginselen die de opdracht van de rechter regelen en evenmin, volgens het Hof, door artikel 38, § 1, b), van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof. In zijn arrest van 11 december 2014 heeft het Hof immers beslist dat *"uit die bepaling niet volgt dat de rechter van een Staat die een regel van internationaal gewoonterecht identificeert en uitlegt, in zijn beslissing het bestaan dient vast te stellen van een algemene, door een meerderheid van de Staten erkende gewoonte die aan de grondslag van die gewoonteregel ligt"*¹⁹³

BESLUIT

¹⁹¹ M. LEMAL, *op. cit.*, p. 1590-1591, nr. 9.

¹⁹² F. DOPAGNE, "Le juge belge et l'immunité de juridiction de l'État étranger: à propos de l'approche du droit international coutumier", *JT* 2020, p. 581.

¹⁹³ Professor DOPAGNE stelt in zijn bovengenoemde bijdrage, na nogmaals te hebben gewezen op de noodzaak om de gewoonterechtelijke aard van een verdragsregel vast te stellen door een veralgemeende praktijk en de *opinio iuris*, dat *"la Cour de cassation de Belgique semble se retrancher à cet égard derrière une conception passablement rigide de l'adage iura novit curia, puisqu'elle considère qu'[ij] ne résulte pas de [l'article 38, § 1^{er}, b), du Statut de la Cour internationale de Justice] que le juge étatique qui identifie et interprète une règle coutumière internationale est tenu de constater, dans sa décision, l'existence d'une pratique générale, admise par une majorité des États, qui soit à l'origine de cette règle coutumière"* (p. 586). De uitspraak dat de benadering van het Hof *"passablement rigide"* zou zijn, had ongetwijfeld iets meer uitleg verdiend.

44. Het Hof van Cassatie heeft steeds toezicht gehouden op de naleving, door de Belgische rechter, van de internationaalrechtelijke gewoonteregels, zelfs al is dat toezicht de laatste twintig jaar directer en dus nadrukkelijker geworden.

Deze ontwikkeling weerspiegelt, met twintig jaar afstand, de ontwikkelingen in het internationaal privaatrecht, toen het Hof aanvaardde om rechtstreekse toezicht te houden op de toepassing van het buitenlands recht door de Belgische rechter¹⁹⁴.

Dat toezicht, daar hoeven we niet geheimzinnig over te doen, is een moeilijke opgave. Met name voor magistraten uit de continentale Europese rechtstraditie, die zijn opgeleid in het geschreven recht en dat recht toepassen, bovenal wanneer zij het dogma van de duidelijke tekst genegen zijn, is dit geen alledaagse en allicht moeilijkere oefening dan de klassieke werkwijze, die bestaat in de uitlegging van formeel gecodificeerde regels.

François Rigaux had het probleem reeds in 1967 duidelijk herkend. Hij voorspelde de ontwikkelingen aan het begin van de eenentwintigste eeuw en wees op de problemen waarmee het Hof te maken zou krijgen. Hij zei dat de taak om het internationaal recht uit te leggen *“diffère notablement de l’affirmation du contenu de la loi nationale. Non tant en raison de ce qui sépare un texte de droit écrit d’une règle coutumière, celle-ci plus rebelle à une affirmation distincte, que parce que le droit international général relève d’un ordre qui dépasse infiniment le cercle d’attributions d’une cour suprême nationale”*¹⁹⁵.

Zo brengt hij ook in herinnering dat *“quand elle interprète la loi nationale ou en comble les lacunes, et jusqu’à ce que le législateur vienne, le cas échéant, contester son interprétation, la Cour de cassation ne saurait se tromper. En disant le droit, elle dégage souverainement, pour tous les organes de l’Etat dont elle unifie la jurisprudence, le sens, la portée et le contenu de la loi, texte inerte auquel la jurisprudence des tribunaux donne vie et contours”*¹⁹⁶.

“En revanche”, voegt hij toe, *“pour poser un principe de droit international, elle doit interroger d’autres sources de droit que sa propre jurisprudence et, dégageant le contenu d’un précepte qui s’est formé en dehors d’elle, elle risque, nécessairement, sinon de se tromper, au moins de prendre parti dans une controverse doctrinale que sa seule autorité est impuissante à trancher. Si malencontreuse qu’en soit l’expression, l’ancienne formule d’après laquelle l’affirmation du contenu de la coutume internationale est une ‘question de fait’, n’est pas privée de toute signification: on en retiendra que, pour la Cour de cassation, il s’agit d’un*

¹⁹⁴ Cass. 9 oktober 1980, AC 1979-80, nr. 90; Cass. 15 december 1966, AC 1967, p. 479 en Cass. 15 februari 1967, AC 1967, p. 753. Zie in de rechtsleer bijvoorbeeld R. VANDERELST, “La Cour de cassation, la loi étrangère et les règles de droit non écrites”, *JT* 1967, p. 145; L. SIMONT, “La Cour de cassation et la loi étrangère. Quelques réflexions”, in *Imperat Lex. Liber amicorum Pierre MARCHAL*, Brussel, Larcier, 2003, p. 189 e.v.; J. MEEUSEN, “Nationalisme en Internationalisme in het Internationaal Privaatrecht”, Antwerpen, Intersentia, 1997, p. 222 e.v., nr. 401 e.v.; J. ERAUW, “De ambtshalve toepassing van vreemd recht en cassatiecontrole op die toepassing”, *RW*, 1981-1982, col. 1457 e.v.; F. RIGAUX, “Droit international privé”, 2^e d., Brussel, Larcier, 1987, p. 306 e.v.; F. RIGAUX, “La Cour de cassation et la cohérence de l’ordre juridique positif”, in *Liber amicorum E. KRINGS*, Brussel, Story-Scientia, 1991, inz. p. 767 e.v.

¹⁹⁵ F. RIGAUX, *op. cit.*, p. 64.

¹⁹⁶ *Ibid.*

*travail de ‘reconstitution’, c’est-à-dire de constatation d’un principe de droit qui s’est formé en dehors de l’ordre juridique national et dont l’évolution est soustraite à l’action des organes nationaux*¹⁹⁷.

45. Dat de invloed van de nationale rechterlijke instanties op het bepalen van het internationaal gewoonterecht geenszins mag worden onderschat, werd benadrukt in een studie die het secretariaat van de ILC, op haar verzoek, heeft verricht over de rol van de beslissingen van die rechterlijke instanties in de rechtspraak van de internationale hoven en rechtbanken met een universeel karakter betreffende het bepalen van het internationaal gewoonterecht¹⁹⁸. Die studie werd uitgevoerd als aanvulling op de voorbereiding van de conclusie van de ILC over de bepaling van het internationaal gewoonterecht (zie hierboven).

In de afsluitende "*Observations générales*" maakt het Secretariaat aan het eind van zijn studie de volgende drie opmerkingen:

1) *“Comme les tribunaux internes sont des organes de l’État, leurs décisions peuvent parfois être directement constitutives de la pratique de l’État ou être l’expression de l’acceptation d’une pratique comme étant le droit (opinio juris). Deuxièmement, les décisions des juridictions nationales peuvent faire partie des ‘décisions judiciaires’ visées comme moyen auxiliaire de détermination de règles de droit, y compris du droit international coutumier, au paragraphe 1 d) de l’article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice”*¹⁹⁹.

2) *“Des décisions de juridictions nationales sont régulièrement invoquées par les cours et tribunaux internationaux lorsqu’ils évaluent les deux éléments constitutifs des règles du droit international coutumier, s’agissant en particulier des domaines de droit international les plus étroitement liés au droit interne”*²⁰⁰.

3) *“Des décisions de juridictions nationales concernant des règles de droit international coutumier ont été citées par les cours et tribunaux internationaux comme moyen auxiliaire de détermination de l’existence ou du contenu de ces règles”*²⁰¹.

46. Het laatste woord geef ik aan professor Salmon die in het besluit van zijn bijdrage aan de *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, dat hierboven reeds uitvoerig aan bod is gekomen en nog steeds even relevant is, schrijft:

“Le contrôle par la cour de la coutume se justifie par de nombreuses raisons, à commencer par le fait qu’au point de vue du droit international, elle est située sur le même pied que le traité. Si les règles de droit coutumières sont imprécises, il appartient à la cour de les préciser, c’est là un rôle traditionnel du juge national qui fixe la coutume internationale. La non-application ou la fausse application du droit international par le juge engage la responsabilité de l’Etat.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 65.

¹⁹⁸ Verenigde Naties, Algemene Vergadering, International Law Commission. Achtenzestigste zitting, Genève, 2 mei-10 juni en 4 juli-12 augustus 2016 - Bepaling van het internationaal gewoonterecht/De rol van beslissingen van nationale rechtscolleges in de rechtspraak van internationale hoven en rechtbanken met een universeel karakter bij het bepalen van het internationaal gewoonterecht. Studie van het secretariaat. A/CN.4/691

¹⁹⁹ Opmerking 23, p. 34.

²⁰⁰ Opmerking 24, p. 34.

²⁰¹ Opmerking 25, p. 35.

*Refuser de contrôler la coutume , c'est enfin décliner le rôle de premier protecteur des droits de l'homme qu'impose la règle de l'épuisement des voie de recours internes"*²⁰².

47. Zoals zo vaak werd het Hof belast met een delicate, ja zelfs moeilijke opdracht. Motulsky schrijft op het einde van zijn doctoraatsthesis: *"Le Droit n'atteint sa plénitude qu'en se réalisant. Le jeu des sphères individuelles qui composent l'activité humaine, ne se laisse point surprendre dans la spéculation abstraite, mais uniquement dans le microcosme des cas d'espèce. Et quand il sera admis que les collisions de ces sphères, quelle que puissent être leur nature et leur ampleur, n'ont d'autre signification que de former, précisément, des cas d'espèce justiciables de la seule réalisation du Droit, alors un pas décisif aura été fait vers cette "harmonie de toutes les fins" dans laquelle Kant voyait l'apanage du Droit et qui – nous en demeurons pénétré – sera un jour créée par lui"*²⁰³.

Ook in dit complexe domein van het internationaal gewoonterecht zal het Hof ongetwijfeld kunnen bewijzen dat het een beslissende meerwaarde kan bieden aan de Belgische en zelfs internationale gerechten.

AH/12.08.22

²⁰² J. SALMON, o.c., p. 267.

²⁰³ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé – La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, réédition présentée par M.-A. FRISON-ROCHE, Dalloz, Coll. "Bibliothèque Dalloz", 2002, n° 150, p. 174.