

University of Groningen

## De verdienste van een cirkelredenering

Westerman, Pauline

*Published in:*  
Rechtsgeleerd Magazijn Themis

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*  
Westerman, P. (2020). De verdienste van een cirkelredenering. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2020(2), 86-88.

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# De verdienste van een cirkelredenering

Prof. dr. P.C. Westerman\*

## Article 38 Statute of the International Court of Justice:

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

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

Een van de merkwaardigste artikelen die ik ken is wel artikel 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof (ICJ). Dit artikel somt de rechtsbronnen op die het hof tot zijn beschikking heeft ter bepaling van de inhoud van het internationale recht. Over al deze bronnen is het nodige op te merken. Wat bijvoorbeeld te denken van de verwijzing naar ‘civilized nations’ in lid c?<sup>1</sup> Kennelijk heeft men nog steeds geen aanleiding gezien deze uit 1921 stammende term te wijzigen. Maar de meest raadselachtige bron is wel die genoemd onder lid b: ‘international custom, as evidence of a general practice accepted as law’. Er is onnoemelijk veel over deze formulering geschreven. Ten eerste ligt het niet voor de hand om (het bestaan van) gewoonte te zien als bewijs van een algemeen gevolgde praktijk. Eerder zou men het omgekeerde verwachten: de observatie dat iets een algemeen gevolgde praktijk is kan leiden tot de gevolgtrekking dat er kennelijk een zede of gewoonte aan ten grondslag ligt: ‘Hé, deze mensen eten een gekookt eitje bij het zondagse ontbijt; kennelijk behoort dat hier tot de goede zeden en gewoonten.’ En met ‘gewoonte’ zouden we dan kunnen bedoelen de opvatting dat een bepaalde handelswijze gevolgd behoort te worden. Dat lijkt in het Engels beter te kunnen worden weergegeven dan in het Nederlands. Waar Nederlanders in beide gevallen spreken over ‘gewoonte’, daar biedt het Engelse ‘custom’ ruimte voor een meer normatieve lading dan ‘habit’.

Dan zou er eigenlijk hebben moeten staan: ‘international practice, as evidence of a general custom accepted as *normatively binding*’. Alleen als men de praktijk van het

gekookte eitje paart aan de opvatting dat men eitjes *behoort* te eten op zondag kan deze praktijk eventueel – in de uitspraken van het ICJ – promoveren tot onderdeel van het internationale recht.

Maar dat staat niet in artikel 38 lid b. Er staat dat iets geaccepteerd moet worden *as law*. Men moet het eitjes eten dus al opvatten als *rechtsplicht* wil men het beschouwen als onderdeel van het internationaal recht. Maar hoe kunnen staten bepaalde gewoonten al als rechtens bindend beschouwen voordat de rechter zich daarover heeft uitgesproken? Op grond waarvan zien zij gewoonten als rechtens bindend? Kortom: de doctrine zorgt voor het geweldige probleem dat alleen die gewoonte kan promoveren tot internationaal recht die al als recht wordt gezien. De circulariteit van deze opvatting werd al in 1939<sup>2</sup> opgemerkt en vormt onderdeel van een verhit debat in de jaren 50.<sup>3</sup> In 2000 nog werd de formulering door de International Law Association gefileerd als een onding ‘that continues to muddy the waters of international law’.<sup>4</sup> Maar niettemin blijft men eraan vasthouden. Vorig jaar nog werd door de International Law Commission de doctrine herhaald die aan de ongelukkige formulering van artikel 38 lid b ten grondslag ligt.<sup>5</sup>

### Nieuwe rubriek: ‘Het artikel’

Voor de nieuwe rubriek ‘Het artikel’ nodigt de redactie telkens iemand uit voor een prikkelende beschouwing over een juridische bepaling naar eigen keuze. Dit ‘artikel’ kan geldend recht zijn, maar ook historische of conceptartikelen uit alle mogelijke rechtsbronnen komen in aanmerking. De beschouwing over het gekozen artikel moet interessant zijn voor een breed juridisch lezerspubliek, maar verder is de auteur vrij. Hij of zij mag een belangrijk en complex onderwerp uitleggen, reflecteren op een actueel debat of juist een nieuw debat over een juridisch thema aanzwengelen. Kortom, de auteur mag de lezer meegeven wat hij wil.

\* Pauline Westerman is hoogleraar Rechtsfilosofie aan de Rechtenfaculteit Rijksuniversiteit Groningen en stafid van de Academie voor Wetgevings- en Overheidsjuristen te Den Haag.

1. Zie Antonie Angie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge: Cambridge UP 2005.

2. Hans Kelsen, ‘Théorie du droit international coutumier’, 1 *Rev. int. de la theorie du droit* 1939, 253, 263.

3. See Anthony d’Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca/London: Cornell UP 1971, p. 53.

4. ‘Statements of principles applicable to the formation of general customary international law’, Final Report committee International Law Association London Conference 2000, p. 31.

5. Annual Report International Law Commission 2018, Ch. V, [legal.un.org/ilc/reports/2018/](http://legal.un.org/ilc/reports/2018/).

Volgens deze doctrine wordt customary law aangeduid als de optelsom van twee ‘elementen’: state practice en opinio juris.<sup>6</sup> Het eerste element wordt dan gezien als het zogenaamde ‘objectieve’ element en ziet op de feitelijk observeerbare regelmatigheden van gedrag terwijl het tweede element, de *opinio juris sive necessitatis*, gezien wordt als het ‘subjectieve element’ dat men aan die praktijk moet toevoegen wil het werkelijk een rechtsbron zijn. Ook in dit recente rapport wordt weer benadrukt: ‘the practice in question must be undertaken with a sense of legal right or obligation and is therefore to be distinguished from mere usage or habit’.<sup>7</sup>

Daarmee druist de ILC niet helemaal tegen de gangbare mening in. Er mag veel kritiek zijn op de circulariteit van de doctrine, maar er is een opvallende consensus over de noodzaak van een opinio juris. De opvatting dat zonder opinio juris er alleen sprake kan zijn van ‘mere usage’ wordt in de literatuur nauwelijks bekritiseerd. De termen waarin men die praktijken beschrijft zijn ook gelijklopend en tamelijk veelzeggend. Practice wordt gezien als ‘raw material’,<sup>8</sup> dan wel een ‘inert mass of accumulated usage’<sup>9</sup> of in de modernste versie, als een verzameling ‘raw data’.<sup>10</sup>

Ik vind dat wonderlijke metaforen. Ik kan geen praktijk bedenken die aangemerkt kan worden als raw material. Of we nu zondagse eitjes eten of rode lopers neerleggen voor buitenlandse hoogwaardigheidsbekleders (een veelgebruikt voorbeeld van ‘state practice’ zonder opinio juris), geen van beide zijn toch op te vatten als dingen, laat staan als ruwe materie. Praktijken zijn handelingen. En als handelingen structureren ze de verwachtingen van anderen. De mate waarin die anderen op hun beurt weer hun gedrag op deze verwachtingen afstemmen draagt bij aan de mate van normativiteit. Vraag mij tien weken achter elkaar of ik nog boodschappen nodig heb en de elfde week verwacht ik dat je weer langs komt, en als dat niet het geval is bekruipt mij de neiging die omissie te bekritisieren omdat ik zelf geen boodschappen heb gedaan in de verwachting dat je langs zal komen. Zo ontstaat normativiteit.<sup>11</sup> *Habits* kunnen tot *customs* evolueren. De president die over een stukje zeil moet lopen zal op zijn minst zijn wenkbrauwen fronsen en als Trump internationale crises bediscussieert met gasten en toeristen in zijn golfresort Lago del Mar dan wijkt hij niet alleen af van een ‘inerte massa data’ maar hij overtreedt een norm, die door iedereen – behalve natuurlijk door Trump zelf – als normatief bindend wordt ervaren. ‘State practice’ is dus niet zo’n kaal feit als wel wordt aangenomen in deze doctrine.<sup>12</sup>

Daarmee is het uiteraard nog geen rechtsplicht om gasten over rode lopers te laten lopen. Maar dat hoeft ook niet. De functie van artikel 38 lid b is om de voorwaarden te expliciteren waaraan een bepaalde praktijk moet voldoen wil zij gelden als bron van internationaal recht. Het hoeft niet al internationaal recht te zijn. Sterker, zoals al werd geconstateerd is het uitermate onwenselijk om dat als voorwaarde te stellen omdat men onmiddellijk in de bovengenoemde duivelse cirkel belandt dat men iets al als recht moet beschouwen wil men het kunnen beschouwen als recht.

Waarom houdt men hier dan toch aan vast? Waarom overleeft de doctrine ondanks zoveel conceptuele verwarring? Het vermoeden dient zich aan dat de doctrine een bepaalde vitale en wellicht zelfs onmisbare functie vervult, die haar overleving verklaart. Ik denk dat die functie is dat de doctrine het gemakkelijker maakt de illusie over-eind te houden dat rechters alleen recht vinden en niet vormen. Zoals Thirlway toegeeft:

‘Neither a judge nor a scholar says: “This is the law because I say so”; they both lay down what they regard as established by one of the other sources (...).’<sup>13</sup>

Dit is inderdaad de functie van rechtsbronnen. Men identificeert rechtsbronnen niet omdat men aanwijzingen wil geven aan de rechter in de trant van: ‘kijk eens, hier kun je eventueel aanknopingspunten vinden om het recht te vormen’. Men identificeert *gezaghebbende* bronnen. Alleen datgene wat uit deze bron(nen) ontspringt verdient dan de naam ‘recht’.

Maar om deze eerbiedwaardige rol te kunnen vervullen mag de bron natuurlijk niet alle mogelijke gewoonten en zeden omvatten, zoals rode lopers, gekookte eieren, en boodschappendiensten, ook niet als deze als normatief bindend worden ervaren. De rechtsbron moet al aanwijzen wat wel en wat niet de naam ‘recht’ verdient voordat de rechter tot een oordeel is gekomen. Dat is volgens mij de reden waarom vrijwel alle auteurs vasthouden aan de opinio juris als het element dat custom tot een gezaghebbende bron maakt. Akehurst beweert bijvoorbeeld: ‘If opinio juris is abandoned, some other criterion for making such distinctions will be needed to take its place.’<sup>14</sup> En volgens Elias zou het afwijzen van opinio juris ertoe leiden dat de baby met het badwater wordt weggegooid; een ‘similar criterion for distinguishing between law and non-law would still be needed’.<sup>15</sup>

Door de opinio juris de taak toe te bedelen om te onderscheiden tussen gewoonten die gezaghebbend zijn en

6. ‘Elementen’ moet dan begrepen worden als datgene wat in het strafrecht ‘bestanddelen’ wordt genoemd en dat eigenlijk logisch gezien niets anders zijn dan voorwaarden.

7. Annual Report International Law Commission 2018, Ch. V, legal.un.org/ilc/reports/2018/, conclusion 9.

8. K. Wolfke, ‘Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law’, *NYIL* 1993, vol. 24, p. 4.

9. Hugh Thirlway, *International Customary Law and Codification*, Leiden: A.W. Sijthoff 1972, p. 47, geciteerd in Final Report Committee International Law Association London Conference 2000, p. 30.

10. Anthea Elizabeth Roberts, ‘Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation’, *AJIL*, CUP, Vol. 95, No. 4 (Oct., 2001), p. 757-791, p. 757, 781 en 788.

11. L.L. Fuller, ‘Human Interaction and the Law’, in: K. Winston (red.), *The Principles of Social Order*, Durham: 1981, p. 226-227.

12. Een van de zeer weinigen die hieraan aandacht besteedt is Postema. Gerald J. Postema, ‘Custom, Normative Practice, And The Law’, *Duke Law Journal*, Vol. 62, No. 3, Special Symposium Issue *Custom And Law* (December 2012), p. 707-738.

13. Hugh Thirlway, *The Sources of International Law*, Oxford: OUP 2014, p. 8.

14. Michael Akehurst, ‘Custom as a Source of International Law’, *BYIL*, Volume 47, Issue 1, 1975, p. 1-53, p. 33.

15. Olufemi Elias, ‘The Nature of the Subjective Element in Customary International Law’, *JCLQ*, Vol. 44, No. 3 (Jul., 1995), p. 501-520.

gewoonten die dat niet zijn kan de rechter worden voorgesteld als de socratische vroedvrouw die het embryonale recht slechts tot leven brengt maar het niet verwekt. Rechterlijke uitspraken kunnen worden voorgesteld als slechts articulatie en explicitering van wat altijd al recht was.<sup>16</sup>

Zo bezien ligt de functie van de *opinio juris* juist in datgene waarvoor het wordt bekritiseerd: het moet suggereren dat iets al recht was voordat het tot recht werd verklaard. De circulariteit van artikel 38 lid b is dwaling noch misverstand, maar haar belangrijkste verdienste! Aan deze circulariteit is het te danken dat de twee-elemententheorie zich nog altijd in voortgaande populariteit mag verheugen. Zonder de gebrekkige formulering van artikel 38 lid b zouden de uitspraken van het Internationaal Gerechtshof te gemakkelijk worden herkend als dat wat zij uiteindelijk zijn: uitspraken van rechters over wat zij denken dat het recht zou moeten zijn en waarvoor zij enige steun kunnen vinden in de opinies van anderen.<sup>17</sup>

---

16. D'Amato 1971.

17. D'Amato heeft messcherp beargumenteerd dat in de uitspraak van het ICJ in de zaak *Nicaragua v. United States* state practice en *opinio juris* geen enkele zelfstandige waarde hebben in de rechtsvinding van het hof aangezien *opinio juris* wordt geïdentificeerd met de ondertekening van verdragen. Het ontbreken van overeenkomstige state practice wordt dan slechts gezien als het overtreden van de aldus geïdentificeerde regel. Zie Anthony d'Amato, 'Trashing Customary International Law', *AJIL*, Vol. 81, no 1, 1987, p. 101-105.